



Análisis de la propuesta de nueva Constitución

Aguas

AGOSTO 2022



**Foro
Constitucional
UC**



Centro UC
Derecho y Gestión
de Aguas

Análisis de la propuesta de nueva Constitución. Aguas ¿Contribución y avance en materia de seguridad hídrica?

Daniela Rivera

Facultad de Derecho

Camilo del Río

Facultad de Historia, Geografía y Ciencia Política

Guillermo Donoso

Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal

Oscar Melo

Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal

María Molinos

Facultad de Ingeniería

Sebastián Vicuña

Facultad de Ingeniería

**Profesores del Centro UC de Derecho
y Gestión de Aguas**



CÓMO CITAR ESTA PUBLICACIÓN:
Rivera, Daniela y otros, 2022: Análisis de la
propuesta de nueva Constitución. Aguas.
Foro Constitucional UC.

I. Marco conceptual: seguridad hídrica

Una meta genéricamente consensuada a nivel global, hacia la cual se estima deberían transitar todos los países, es la seguridad hídrica. Si bien hay diversas definiciones de esta expresión, una de las más aceptadas es la propuesta en la declaración ministerial de cierre del II Foro Mundial del Agua, efectuado en La Haya en el año 2000. Allí se precisa que la seguridad hídrica “consiste en asegurar que el agua dulce, las zonas costeras y los ecosistemas relacionados sean protegidos y mejorados; que se promuevan el desarrollo sostenible y la estabilidad política, que cada persona tenga acceso a suficiente agua potable y a un costo (precio) asequible para permitir una vida saludable y productiva y que la población vulnerable quede protegida de los riesgos relacionados con el agua¹.”

Adicionalmente, cabe considerar que en la normativa interna chilena hay recientes alusiones explícitas a la seguridad hídrica:

- Producto de las modificaciones incorporadas por la Ley N°21.435, de 2022, el Código de Aguas, al regular los planes estratégicos de recursos hídricos en cuencas, asocia a estos instrumentos el objetivo de propiciar la seguridad hídrica en un contexto de cambio climático (artículo 293 bis).
- Por su parte, la Ley N°21.455, de 2022, Marco de Cambio Climático, define a la seguridad hídrica como la “posibilidad de acceso al agua en cantidad y calidad adecuadas, considerando las particularidades naturales de cada cuenca, para su sustento y aprovechamiento en el tiempo para consumo humano, la salud, subsistencia, desarrollo socioeconómico, conservación y preservación de los ecosistemas, promoviendo la resiliencia frente a amenazas asociadas a sequías y crecidas y la prevención de la contaminación” (artículo 3 letra s).

Se trata, entonces, de una noción que no es ajena a la realidad regulatoria nacional. Su introducción en los dos textos legales citados es positiva, ya que confiere un toque de modernidad al régimen jurídico de las aguas.

Para determinar el grado de seguridad hídrica de un país se han identificado una serie de dimensiones², todas las cuales deben ser atendidas para que dicha seguridad hídrica sea sostenible (no sólo de un grupo de actores o sector en particular):

1 Embid (2021).

2 Entre otros, ver Sadoff, C. y Muller, M. (2010); Cook, C. and Bakker, K. (2012); Mason, N. y Calow, R. (2012); Asian Development Bank (2013).

- *Acceso a agua potable y saneamiento (urbano y rural)*. Alude al grado de satisfacción de las necesidades de agua para uso personal y doméstico y para el saneamiento de las personas, directamente asociado con las metas 6.1 y 6.2 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.
- *Uso productivo (consuntivo y no consuntivo) sustentable del agua*. Se refiere al rol del agua como soporte del desarrollo económico de las sociedades, ya sea en la producción de alimentos, en el desarrollo de actividades como la minería y la industria, en la generación de energía, entre otras.
- *Conservación y equilibrio ambiental*. Aborda la gestión de las cuencas para resguardar los servicios ecosistémicos que se vinculan o dependen del agua.
- *Protección y resiliencia frente a eventos extremos (sequías e inundaciones, entre otros)*. Se trata de la capacidad para enfrentar, recuperarse y adaptarse a los impactos de los desastres relacionados con el agua, cuya recurrencia y complejidad se intensifica producto del cambio climático.
- *Gobernanza adecuada y gestión de los recursos hídricos con un bajo nivel de conflictos*. Se focaliza en el sistema de gobernanza hídrica, especialmente en cuanto a su capacidad de prevenir y mejorar la gestión de controversias en torno al agua.

Para revisar y evaluar el estado de estas dimensiones, debe considerarse, entre otros aspectos, el marco jurídico e institucional. Dado que la Constitución encabeza este marco jurídico e institucional, resulta oportuno analizar la propuesta de nueva Constitución de Chile bajo la perspectiva de seguridad hídrica, de manera de determinar si las reglas incluidas en lo relativo al agua son un aporte y representan un avance para el logro de este crucial objetivo.

II. Normas hídricas en la propuesta constitucional

1. Contexto general

En términos esquemáticos, las disposiciones que se refieren explícitamente al agua en la propuesta³ tratan los siguientes temas:

- > derechos al agua y al saneamiento;
- > naturaleza jurídica del agua;
- > usos y asignación de aguas;

3 Se trata de 19 artículos (a lo cual habría que sumar otros varios sobre el medio ambiente y la naturaleza, pero que no aluden al agua de manera expresa): 57, 58, 134, 136, 137, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 197, 220, 224, 226, 241, y disposiciones transitorias 34°, 35° y 36°.

- > protección del agua y ecosistemas asociados;
- > usos y tradiciones de aguas de pueblos y naciones indígenas;
- > institucionalidad y gobernanza;
- > aguas y ordenamiento territorial; y,
- > régimen transitorio para el cambio entre el marco jurídico existente y el que se originaría tras una eventual aprobación de la propuesta y para la materialización de las nuevas normas.

Como una cuestión preliminar, debe destacarse el interés generado en torno a la temática hídrica en el proceso constitucional, dando espacio a una prioridad nacional, que, pese a ese carácter, ha sido ampliamente postergada en la toma de decisiones y ejecución de políticas públicas del país.

En las disposiciones citadas se tratan variados y múltiples aspectos, generando una abultada y, en varios casos, detallada regulación, más propia del dominio legal que del constitucional. A este respecto, no se sigue la tendencia mayoritaria de las Constituciones del mundo que se pronuncian sobre el agua⁴, en que imperan preceptos escuetos y específicos, principios generales, delegando su desarrollo a la legislación o a otras fuentes normativas de inferior jerarquía. Una excepción a esta tendencia se observa en algunos casos puntuales, como las Constituciones de Bolivia, Ecuador y México, que tienen reglas más extensas en lo relativo al agua, recursos naturales y medio ambiente⁵.

2. Derechos humanos al agua y al saneamiento

Es positivo el reconocimiento de los derechos humanos al agua y al saneamiento (no es creación, pues son inherentes a la naturaleza y dignidad de las personas, y existen independientemente de su consagración normativa). De acuerdo a la propuesta⁶, estos son considerados como un mismo derecho, pero, según Naciones Unidas, son dos distintos, con contenido y exigencias relacionadas, pero diversas: el derecho al agua tiene como foco el uso personal y doméstico, que incluye el consumo (bebida y alimentos), la preparación de alimentos, el lavado de ropas y la higiene personal y doméstica; el saneamiento, por su parte,

4 De acuerdo a una revisión de 190 Constituciones vigentes, el 80,5% incluye el agua, normalmente de modo implícito, en preceptos genéricos sobre recursos naturales o medio ambiente (República Checa, Suecia, Argentina, por ejemplo), mientras que un 31% no tiene menciones específicas al agua (Estados Unidos, Francia, Japón, por ejemplo). Más antecedentes en Rivera et al. (2021).

5 Rivera et al. (2021).

6 Artículo 57

“1. Toda persona tiene derecho humano al agua y al saneamiento suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible. Es deber del Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones.

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

se traduce en contar con sistemas de evacuación de excretas y de disposición y tratamiento de aguas servidas o residuales.

Además de efectuar esta distinción entre agua y saneamiento, que tiene consecuencias prácticas evidentes, hubiese sido apropiado delimitar el contenido de dichos derechos, sobre todo del derecho al agua, que cubre sólo el uso personal y doméstico de las personas, por lo que no es agua para cualquier fin. Éste es el piso mínimo que debe ser garantizado por los Estados, siendo posible que cada uno decida darle un contenido más amplio.

De todos modos, lo clave en este asunto no es la consagración normativa⁷, sino la implementación de estos derechos, las cuales no necesariamente avanzan simultánea y coordinadamente⁸. Lo anterior cobra especial relevancia hoy en Chile, pues el Código de Aguas, tras la modificación incorporada por la Ley N°21.435, de 2022, ya los reconoce expresamente⁹. Sólo resta esperar que la jerarquía constitucional del reconocimiento propuesto, además de fortalecerlo, contribuya efectivamente a destrabar y reducir las brechas de acceso en este ámbito, que se concentran particularmente en localidades rurales. En efecto:

- En las áreas concesionadas urbanas hay coberturas de un 99,94% de agua potable, 97,4% de alcantarillado y 99,98% de tratamiento de aguas servidas¹⁰.
- A nivel rural, sólo el 53% de las viviendas se abastece por red pública, el 28% por pozo o noria, el 12% a través de río, vertiente, estero, canal, lago, etc. y el 7% por camión aljibe¹¹; y no se dispone de información certera sobre la cobertura real del saneamiento, aunque se sabe que es incipiente.

Relacionado a lo anterior, la propuesta precisa que debe promoverse la gestión comunitaria del agua potable y saneamiento, especialmente en localidades rurales y extremas (estas expresiones (rurales y extremas) no son claras o unívocas)¹². Sin

7 Del análisis de 190 textos constitucionales vigentes, un 13,6% reconoce explícitamente los derechos al agua y/o al saneamiento, concentrándose mayoritariamente en países de África (por ejemplo, Egipto, Marruecos y Sudáfrica) y América (por ejemplo, Costa Rica, México y Perú). Ver Rivera et al. (2021).

8 Esto se puede constatar en la realidad de algunos países latinoamericanos que, pese a incluir los derechos al agua y/o al saneamiento en sus textos constitucionales, tienen importantes falencias de cobertura en la práctica. Así, por ejemplo, Perú (85% agua potable y 33% saneamiento), Bolivia (85% agua potable y 55% saneamiento), Ecuador (74% agua potable y 54% saneamiento), Uruguay (99% agua potable y 72% saneamiento) y México (95% agua potable y 67% saneamiento). Ver Donoso y Sanin (2020).

9 El artículo 5 inciso 4° del Código de Aguas establece que *“El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.”*

10 Superintendencia de Servicios Sanitarios (2022).

11 Fundación Amulén et al. (2019); Ministerio de Obras Públicas et al. (2020).

12 Artículo 141

“El Estado deberá promover y proteger la gestión comunitaria de agua potable y saneamiento,

perjuicio de admitir que la gestión comunitaria ha sido clave en el agua potable rural, aunque necesita un apoyo estatal mucho más intenso, no se comprende por qué debería impulsarse también en áreas concesionadas a prestadores sanitarios, en que el actual sistema ha permitido alcanzar niveles de cobertura de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas prácticamente universales. Con este deber de promoción de la gestión comunitaria que se asigna al Estado no se ataca el principal déficit o falencia de Chile en este campo, que es la acentuada diferencia existente entre áreas concesionadas y no concesionadas de prestación de servicios de agua potable y saneamiento.

3. Naturaleza jurídica del agua: bien común natural

La propuesta alude a distintos tipos de bienes: aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, bienes nacionales de uso público (carácter que han tenido tradicionalmente las aguas en nuestro sistema jurídico, y es también la línea que se sigue a nivel comparado)¹³, bienes fiscales, bienes privados, y bienes comunes naturales¹⁴. De estos últimos se mencionan varios ejemplos, bastante diversos entre sí, siendo una enumeración no cerrada o taxativa¹⁵. Entre ellos, el agua en todos sus estados y otros se definen como “inapropiables”¹⁶. Este último atributo implica que estos bienes, en su estado natural, no pueden ser objeto de dominio o apropiación, ni por el Estado ni por los particulares, lo cual no constituye ninguna novedad respecto al régimen de los bienes públicos o de dominio público, pues la inapropiabilidad es uno de sus rasgos característicos.

especialmente en áreas y territorios rurales y extremos, en conformidad a la ley.”

13 De un total de 190 textos constitucionales, un 26,3% especifica la naturaleza jurídica del agua, siendo el dominio público el carácter utilizado en casi todos esos casos. Ver Rivera et al. (2021).

14 Artículo 134

“1. Los bienes comunes naturales son elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras.

[...] 4. Tratándose de los bienes comunes naturales que sean inapropiables, el Estado debe preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Debe, asimismo, administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa. Respecto de aquellos bienes comunes naturales que se encuentren en dominio privado, el deber de custodia del Estado implica la facultad de regular su uso y goce, con las finalidades establecidas en el inciso 1.

[...] 6. Cualquier persona podrá exigir el cumplimiento de los deberes constitucionales de custodia de los bienes comunes naturales. La ley determinará el procedimiento y los requisitos de esta acción.”

15 Artículo 134

“[...] 2. Son bienes comunes naturales el mar territorial y su fondo marino; las playas; las aguas, glaciares y humedales; los campos geotérmicos; el aire y la atmósfera; la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos; el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley.”

16 Artículo 134

“[...] 3. Entre estos bienes son inapropiables el agua en todos sus estados, el aire, el mar territorial y las playas, los reconocidos por el derecho internacional y los que la Constitución o las leyes declaren como tales.”

Distinta es la situación de los volúmenes de agua que han sido extraídos de su fuente natural, y que se encuentran en embalses, en botellas, en camiones aljibe, entre otros, los que ya no pueden seguir siendo catalogados como inapropiables (ni como bienes públicos ni naturales comunes), pues la apropiación y posterior utilización es precisamente lo que ocurre, por ejemplo, cuando un agricultor recibe una porción de aguas embalsadas y la destina al regadío de sus cultivos, cuando bebemos el agua embotellada o cuando las personas reciben en sus hogares, a través de camiones aljibe, una determinada cantidad de agua para satisfacer sus necesidades más básicas.

Es decir, debe distinguirse entre sistemas de recurso (en materia hídrica, fuentes naturales de agua) y las unidades de recurso que produce ese sistema (en materia hídrica, volumen de agua que se extrae desde dicha fuente)¹⁷, y esta diferenciación implica la necesidad de diversas reglas desde la óptica normativa, incluyendo la definición de su naturaleza jurídica. Otra forma de entenderlo complejiza e incluso imposibilita el desarrollo de las múltiples actividades en que se usa el agua cotidianamente.

Originalmente, y sin perjuicio de su posterior empleo por otras disciplinas, la lógica de los bienes comunes proviene de la teoría económica, y responde principalmente a los problemas de gestión derivados de sus características de no-exclusión (libre acceso) y rivalidad, que requieren de una gobernanza para una gestión sostenible. En este campo, autores como Hardin y Ostrom han realizado aportes sustanciales; ahora bien, hay que tener presente que sus postulados se plantean en sistemas anglosajones, en que el esquema de propiedad pública no existe o es muy débil, a diferencia de lo que ocurre en el sistema continental, al que pertenece nuestro país. Además, el foco de la teoría de Ostrom es delimitado: recursos de uso común (como ella los denomina) de pequeña escala, con un número restringido de individuos involucrados, como pesquerías, pequeñas áreas de pastoreo, cuencas subterráneas, sistemas de irrigación y bosques comunales¹⁸. Igualmente, advierte que hay casos de éxito y de fracaso en la gestión comunitaria de estos bienes; el éxito estaría definido, en importante medida, por la concurrencia de principios de diseño, como límites claramente establecidos, arreglos de elección colectiva, monitoreo, sanciones graduadas y mecanismos de resolución de conflictos¹⁹, de no simple cumplimiento.

Desde hace años se está tratando de traducir esta lógica económica a clave jurídica, sin resultados certeros aún. La propuesta constitucional sólo proporciona una definición genérica sobre los deberes del Estado respecto a estos bienes comunes

17 Ostrom (2011).

18 Ostrom (2011).

19 Ostrom (2011).

naturales. El hito crítico ahora es precisar jurídicamente su significado, pues el hecho de que un concepto figure en la Constitución no lo llena automáticamente de contenido ni es sinónimo de inmediata ejecución. Lo que puede afirmarse desde ya es que no estamos frente a un tema de titularidad de bienes, pues en los comunes no hay un dueño definido, ya que no son del Estado o de la nación (como son los bienes nacionales de uso público), sino que son de todos. Pese a ello, y a que la “no regulación” es la regla en los bienes comunes, la propuesta encomienda al Estado-Administración la tarea de determinar la forma de uso y asignación del agua, lo cual corresponde más bien a la tipología de bien nacional de uso público. Esto último constituye una notoria contradicción conceptual de la propuesta.

Por éstas y otras razones, esta nueva categoría jurídica no parece ser el mejor mecanismo para el resguardo, uso y gestión sostenible del agua, y puede resultar, contrariamente a lo esperado, en una obstaculización o atenuación de la protección que precisamente se busca potenciar, dadas las incertezas que rodean su configuración y las consecuentes dificultades que puede producir su aplicación.

4. Usos y asignación de aguas

Se prioriza, en igualdad de condiciones, el uso del agua para el derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas²⁰. Los demás usos, que son múltiples, variados y también esenciales (como los productivos, paisajísticos, culturales, entre otros), no se mencionan, sino que deben ser determinados por la ley. ¿Cómo se resuelve una eventual colisión entre el uso humano y el uso ecosistémico? ¿Cómo se compatibilizan estos usos priorizados con los restantes usos y estos últimos entre sí? Dado que la propuesta decidió priorizar algunos usos sobre otros, sin entregar ningún lineamiento para resolver interrogantes como las recién planteadas, y además reconocer no sólo a las personas como sujetos de derechos, sino también a la naturaleza (artículos 18 y 103), surge acá un relevante potencial foco de conflictividad.

Además, se propugna un uso “razonable” del agua²¹, sin precisar qué significa ello. El concepto de uso “racional” del agua, que, si bien tampoco es absolutamente claro y admite varias interpretaciones, es una noción más habitual en normativas ambientales; de hecho, la misma propuesta constitucional le entrega a la región autónoma la tarea de velar por el uso racional del agua. Por lo tanto, el Estado tiene que velar por un uso razonable, y la región autónoma por uno racional, no siendo

20 Artículo 140

[...] 2. Siempre prevalecerá el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas. La ley determinará los demás usos.”

21 Artículo 142

“El Estado velará por un uso razonable de las aguas. [...]”

nítido si se trata de expresiones análogas o diferentes. Además, tampoco se alude a la cuestión intergeneracional en la configuración de estos deberes puntuales.

En cuanto a la asignación de una determinada cantidad de agua para desarrollar cualquier actividad (agricultura, abastecimiento a la población, etc.), el título o situación jurídica que se crea es la autorización de uso, que reemplaza a la figura de la concesión, de la cual emanan derechos reales administrativos, denominados derechos de aprovechamiento de aguas. Tales derechos, tras la reforma realizada al Código de Aguas por la Ley N°21.435, de 2022, tienen un estatuto bastante restringido, pues, entre otras condiciones, están sujetos a extinción, caducidad, a la obligación de uso efectivo del agua y a la posibilidad de limitación, reducción temporal de ejercicio y suspensión por parte de la Dirección General de Aguas (por ejemplo, artículos 6, 6 bis, 17, 62, 134 bis del Código de Aguas y 2 transitorio de la Ley N°21.435, de 2022).

Entre otros atributos, las autorizaciones de uso de aguas se definen como temporales, caducables, extinguidos, revocables, intransferibles, se conceden en base a la disponibilidad efectiva y obligan al uso que justifica su otorgamiento²². Varias preguntas surgen de estas reglas, todas las cuales carecen, por ahora, de respuesta unívoca; entre ellas, qué es y cómo se define la disponibilidad efectiva, qué se entiende por justificación del otorgamiento de una autorización, las cuales, es de esperar, deberían ser abordadas correctamente por la ley. A su vez, y dado que estamos hablando de la situación jurídica sobre cierto volumen de agua, no sobre el agua en su fuente natural, ¿qué sentido tiene prohibir el intercambio o comerciabilidad de las autorizaciones y por qué sólo las relativas al agua tienen esta prohibición constitucional?

Sobre este último punto, hay que constatar que la introducción de mecanismos de reasignación basados en el mercado ha sido una de las herramientas adoptadas por distintos países para gestionar de un modo más adaptativo y flexible las sequías y otros efectos del cambio climático. Por cierto que un mercado que no tenga una adecuada regulación legal genera problemas, como la especulación, el acaparamiento y los cambios en la tasa de uso previsible, por lo que es fundamental

22 Artículo 134

“[...] 5. El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad.”

Artículo 142

“[...] Las autorizaciones de uso de agua serán otorgadas por la Agencia Nacional del Agua, de carácter intransferible, concedidas basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas, y obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento.”

diseñar sus reglas en base a las lecciones derivadas de la experiencia práctica, que existen y están bien documentadas²³, para propender a su funcionamiento exitoso. En esa línea, prohibir la comerciabilidad de estos títulos jurídicos desde la misma Constitución es improcedente y perjudicial para la gestión hídrica y ambiental.

5. Protección de aguas y ecosistemas asociados

Se encomiendan al Estado deberes generales de resguardo del agua y su ciclo hidrológico²⁴, de humedales, bosques nativos y suelo²⁵, de glaciares, entorno glaciar y otras áreas en función de la protección hidrográfica que precise la ley²⁶.

Dichos deberes de protección, que debieran entenderse extensivos a todos los ecosistemas y componentes ambientales, son mandatos a simple vista razonables, pero envuelven asuntos de inmensa dificultad. Por ejemplo, el “asegurar la integridad” de estos ecosistemas, funciones y procesos es una tarea que debe abordarse con atención, pues no puede asimilarse a una prohibición automática de toda actividad, sino que ello debe determinarse en función de su compatibilidad con la conservación de tales ecosistemas, funciones y procesos. En ese sentido, el necesario desarrollo legal de estos deberes debe realizarse sobre la base del concepto de desarrollo sostenible, el que, inexplicablemente, tiene una débil recepción en la propuesta²⁷.

Sobre la obligación estatal de proteger el agua en todos sus estados y fases, cabe precisar que los estados son tres (sólido, líquido y gaseoso), mientras que la noción “fases” corresponde al ciclo hidrológico. Si bien puede parecer una simple declaración, alguna confusión puede generarse en su interpretación y aplicación.

23 Ver, entre otros, Grafton et al. (2011).

24 Artículo 140

“1. El agua es esencial para la vida y el ejercicio de los derechos humanos y de la naturaleza. El Estado debe proteger las aguas, en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico. [...]”

25 Artículo 136

“El Estado, como custodio de los humedales, bosques nativos y suelos, asegurará la integridad de estos ecosistemas, sus funciones, procesos y conectividad hídrica.”

26 Artículo 137

“El Estado garantiza la protección de los glaciares y del entorno glaciar, incluyendo los suelos congelados y sus funciones ecosistémicas.”

Artículo 146

“Quedan excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley y las demás que ella declare.”

27 En el artículo 184 N°1 se dispone que, en el ámbito de sus competencias financieras, el Estado debe establecer una política permanente de desarrollo sostenible y armónico con la naturaleza. Otras alusiones sectoriales se encuentran en funciones y competencias de las entidades territoriales (artículo 188 N°2 y 193), comunas autónomas (artículo 202 letra d) y región autónoma (artículo 220 letra j).

6. Usos tradicionales de aguas de pueblos y naciones indígenas

La propuesta incorpora un reconocimiento especial respecto a las aguas ubicadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas, sin aludir a la articulación de estos usos con otros que puedan estar territorial o hidrológicamente vinculados²⁸. Ello se ve acentuado por la indefinición que existe en cuanto a límites de esos territorios o autonomías territoriales indígenas.

¿Qué implica que el Estado “reconozca” estos usos tradicionales? ¿Cómo se concilian estos usos indígenas con otros usos que existan en el mismo territorio o en otros contiguos o relacionados? ¿Cómo se logra la gestión integrada que se promueve en otras disposiciones de la propuesta con este reconocimiento especial que, más bien, da la idea de una desintegración o gestión autónoma? ¿Por qué no se habla en este supuesto de “autorización”, que es el título que se crea en torno al uso del agua, sino de “usos tradicionales”? ¿Se entiende que en estos casos hay otro tipo de relación entre el titular (indígena) y el agua? Por otro lado, ¿qué conlleva la “protección”, “integridad” y “abastecimiento” que debe asegurar el Estado respecto a estos usos tradicionales?

Cabe añadir que en el estatuto indígena general de la propuesta se consagran amplios derechos al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos (artículo 34 y 79.1) y a la utilización de los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentren en sus tierras y sean indispensables para su existencia colectiva (artículo 79.4), entre otros; y hay también normas de consulta y consentimiento previo abordadas en el siguiente apartado de este documento, sobre institucionalidad y gobernanza. Todo ello genera complejidades relevantes para la gestión hídrica y otro potencial foco de conflictividad.

7. Institucionalidad y gobernanza hídrica

En la propuesta se crea un esquema institucional que involucra distintos niveles, organismos y competencias:

- *Nivel nacional: Agencia Nacional del Agua.* La idea de crear un ente autónomo que ejerza la administración pública del agua es acertada y necesaria para ayudar a superar las deficiencias de la institucionalidad nacional. En términos prácticos, su aporte será positivo si se le dota de las potestades correctas, si logra coordinar las principales funciones que hoy están diseminadas en

28 Artículo 58

“La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas. Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento.”

diferentes organismos, si evita el enfoque de corto plazo asociado a los ciclos políticos en la adopción de decisiones, si dispone de un financiamiento adecuado para todas las tareas que se le asignen y si tiene una conformación apropiada (que debiese ser colegiada a nuestro juicio). Ahora bien, una total desvinculación e independencia política, si no es bien manejada, también puede representar una debilidad para llevar a cabo políticas públicas que requieren el apoyo de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Nos parece que lo más idóneo hubiese sido encargar a la ley, bajo ciertas directrices constitucionales, la completa creación de este órgano; de este modo, se atenúa la rigidez de una determinación orgánica y competencial en sede constitucional, otorgando un espacio de mayor flexibilidad para hacer frente a los cambiantes y complejos desafíos del escenario hídrico y ambiental. No obstante ser una autonomía constitucional, su composición y funciones son delegadas a la ley, pero, en el caso de las funciones, la propuesta entrega un detallado marco al legislador, atribuyéndole potestades muy amplias y diversas entre sí, sin una línea común ni propósito claro, varias de las cuales actualmente ejercen entes sectoriales especializados²⁹, sin poder discernir nítidamente cuáles de ellos se mantendrían y cuáles serían absorbidos por el nuevo ente. Visualizando este cúmulo tan dispar de funciones se advierte la dificultad que tendrá el legislador para diseñar su regulación, lo cual exige un riguroso estudio de todas las funciones del área hídrica. Esto hará surgir recomendaciones que podrían no ser coincidentes con los atributos

29 Artículo 144

“1. La Agencia Nacional del Agua es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que funciona de forma desconcentrada y está encargada de asegurar el uso sostenible del agua para las generaciones presentes y futuras, el acceso al derecho humano al agua y al saneamiento y la conservación y preservación de sus ecosistemas asociados. Para ello, se encarga de recopilar información, coordinar, dirigir y fiscalizar la actuación de los órganos del Estado con competencias en materia hídrica y de los particulares en su caso.

2. La Agencia Nacional del Agua tiene las siguientes atribuciones:

- a) Liderar y coordinar a los organismos con competencias en materia hídrica.*
- b) Velar por el cumplimiento de la Política Nacional Hídrica que establezca la autoridad respectiva.*
- c) Otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar autorizaciones de uso de agua.*
- d) Implementar y monitorear los instrumentos de gestión y protección ambiental en materia hídrica.*
- e) Coordinar y elaborar un sistema unificado de información de carácter público.*
- f) Impulsar la constitución de los consejos de cuenca. Les prestará asistencia para que realicen la gestión integrada, gobernanza participativa y planificación de las intervenciones en los cuerpos de agua y los ecosistemas asociados a las o las respectivas cuencas.*
- g) Fiscalizar el uso responsable y sostenible del agua.*
- h) Imponer las sanciones administrativas que correspondan, las que podrán ser reclamadas ante los tribunales de justicia.*
- i) Determinar la calidad de los servicios sanitarios.*
- j) Las demás que establezca la ley.*

3. La ley regulará la organización, la designación, la estructura, el funcionamiento y las demás funciones y competencias de la Agencia Nacional del Agua.”

ya trazados en la propuesta, y que son propios de una especie de contraloría de aguas, de entes públicos y privados, y que, además, dirige, coordina, sanciona, implementa distintos instrumentos; todo, en las mismas manos.

Si todo lo anterior no se trabaja de manera correcta, la institucionalidad hídrica se puede burocratizar aún más, en circunstancias de que se necesita exactamente lo contrario: vigorizar y articular la institucionalidad a escala nacional y de cuencas, pero con claridad y precisión, y no agregando un actor más a la ya abultada y fragmentada orgánica existente.

■ *Nivel regional: región autónoma, asamblea regional y gobierno regional.* Entre otras múltiples tareas, la región autónoma tiene a su cargo velar por el uso racional del agua y el manejo integrado de cuencas³⁰.

Por su lado, a la asamblea regional se le asignan las labores de aprobación, modificación o rechazo del plan regional de manejo integrado de cuencas, que le presenta el gobierno regional y que es elaborado por el respectivo consejo de cuenca³¹. Así, esta herramienta de planificación adquiere un carácter eminentemente político, que le resta tecnicidad y objetividad, y que demuestra que los consejos de cuenca, que se revisan seguidamente, no tienen autonomía en el cumplimiento de la que debería ser una de sus principales atribuciones.

Adicionalmente, la propuesta establece que los pueblos y naciones indígenas debenser consultados en forma previa a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afecten (artículo 66), y deben ser consultados y otorgar su consentimiento, en las entidades territoriales (regiones autónomas, comunas autónomas y autonomías territoriales indígenas), en los asuntos que afecten los derechos que se les otorgan en el mismo texto (artículo 191 N°2). Esta causal es muy amplia e indeterminada, ya que, en la práctica, cualquier decisión de las entidades territoriales tiene el potencial de afectar derechos³².

30 Artículo 220

“Son competencias de la región autónoma:

[...] g) La conservación, preservación, protección y restauración de la naturaleza, del equilibrio ecológico y uso racional del agua y los demás elementos naturales de su territorio.

[...] i) La planificación, el ordenamiento territorial y el manejo integrado de cuencas. [...]”

31 Artículo 226

“Son atribuciones de la asamblea regional:

[...] k) Aprobar, rechazar o proponer modificaciones al plan de manejo integrado de cuencas. [...]”

Artículo 224

“Son atribuciones esenciales de los gobiernos regionales las siguientes:

[...] e) Presentar ante la asamblea regional los planes de manejo integrado de cuencas acordados en los respectivos consejos de cuencas, en conformidad a la ley. [...]”

32 Donoso (2022).

Así, la planificación, el ordenamiento territorial y el manejo integrado de cuencas, entre muchos otros, son parte de los instrumentos que requerirán la referida consulta y consentimiento previo.

Otro elemento a considerar es que, dada la falta de coincidencia entre los límites territoriales de las cuencas y los de las regiones, surge la duda sobre cómo proceder frente a cuencas hidrográficas limítrofes o compartidas entre dos o más regiones o cuando haya más de una cuenca en una misma región.

Es igualmente poco nítida la forma en que se articulará la relación entre todas estas instancias y autoridades regionales, la Agencia Nacional del Agua, los consejos de cuenca, los pueblos y naciones indígenas y las organizaciones de usuarios de aguas existentes en gran parte del país desde tiempos muy antiguos. Se vislumbra acá una posibilidad cierta e inminente de conflictos por el agua entre las regiones y, además, entre éstas y los otros organismos y actores mencionados.

■ *Nivel de cuencas: consejos de cuencas.* Los consejos de cuenca son una positiva instancia, ya que reconocen a la cuenca como unidad básica de gestión de los recursos hídricos, cuestión en que Chile ha sido prolífico en diagnósticos, pero con nulos avances concretos hasta ahora. Sin perjuicio de lo anterior, la forma en que los regula la propuesta constitucional origina muchas dudas, sin respuesta clara³³. Por ejemplo, ¿qué se entiende por la función o responsabilidad central de “administración” de las aguas? ¿Cómo se concilia ella con las tareas que en este mismo ámbito de administración hídrica cumplen organismos administrativos, como la Dirección General de Aguas, y las tradicionales organizaciones de usuarios de aguas? ¿Cómo se vinculan los consejos de cuenca con las otras autoridades nacionales y regionales antes mencionadas? ¿Quién toma las decisiones finalmente? ¿Qué grado de autonomía tienen los consejos de cuenca?

33 Artículo 143

“1. El Estado asegurará un sistema de gobernanza de las aguas participativo y descentralizado, a través del manejo integrado de cuencas. La cuenca hidrográfica será la unidad mínima de gestión.

2. Los consejos de cuenca serán los responsables de la administración de las aguas, sin perjuicio de la supervigilancia y demás atribuciones de la Agencia Nacional del Agua y de las competencias asignadas a otras instituciones.

3. La ley regulará las atribuciones, el funcionamiento y la composición de los consejos. Estos deben integrarse, a lo menos, por los titulares de autorizaciones de uso de agua, la sociedad civil y las entidades territoriales con presencia en la respectiva cuenca, velando que ningún actor pueda alcanzar el control por sí solo.

4. Los consejos podrán coordinarse y asociarse cuando sea pertinente. En aquellos casos en que no se constituya un consejo, la administración será determinada por la Agencia Nacional del Agua.”

En cuanto a la integración de los consejos de cuenca, cuya determinación se encarga a la ley, la propuesta constitucional demarca el camino, siendo llamativo que no se haya mencionado explícitamente a las organizaciones de usuarios de aguas; se habla de titulares de autorizaciones de aguas, pero ellos (actuales titulares de derechos de aprovechamiento) por regla general no actúan de manera individual, sino que colectivamente a través de las citadas organizaciones, salvo el caso generalizado de las aguas subterráneas. De las organizaciones de usuarios de aguas se habla sólo en las disposiciones transitorias de la propuesta, lo que es incomprensible dado el papel histórico que han tenido estos entes en el manejo y distribución de aguas. En este mismo tema de la composición de los consejos de cuenca, no se entiende a qué se refiere la frase “entidades territoriales” con presencia en la cuenca, pues bajo esa ambigua expresión podría entenderse aludido cualquier actor, no necesariamente asociado a la gestión hídrica.

Nuevamente, y aunque la idea de los consejos de cuenca es valiosa, la propuesta va más allá de lo que se espera de una Constitución, rigidizando innecesariamente un futuro diseño institucional que, a través de la legislación o reglamentación correspondiente, y con mayor conocimiento de la práctica, podría abordar en detalle y con mayor sentido de realidad estos retos.

8. Aguas y ordenamiento territorial

La propuesta contiene disposiciones que incluyen a las cuencas en la planificación territorial, y que priorizan en ese ámbito sus cabeceras, glaciares y áreas de recarga de acuíferos y ecosistemas³⁴; por otro lado, hay también una promoción de la vinculación entre agua y ruralidad³⁵. Se trata de obligadas y satisfactorias vinculaciones, escasamente abordadas hasta ahora en nuestro país, en que no sólo la falta de planificación hidrológica, sino que también la coordinación entre ésta y la planificación territorial, son desafíos que deben ser abordados prioritariamente.

34 Artículo 197

“1. El Estado, a través de la Administración central, los gobiernos regionales y locales, tienen el deber de ordenar y planificar el territorio. Para esto, utilizarán unidades de ordenación que consideren las cuencas hidrográficas.

[...] 3. Los planes de ordenamiento y planificación ecológica del territorio priorizarán la protección de las partes altas de las cuencas, glaciares, zonas de recarga natural de acuíferos y ecosistemas. Estos podrán definir áreas de protección ambiental o cultural y crear zonas de amortiguamiento para estas. Asimismo, contemplarán los impactos que los usos de suelos causen en la disponibilidad y calidad de las aguas. [...]”

35 Artículo 241

“1. El Estado promueve el desarrollo integral de los territorios rurales y reconoce la ruralidad como una expresión territorial donde las formas de vida y producción se desarrollan en torno a la relación directa de las personas y comunidades con la tierra, el agua y el mar. [...]”

Estas normas tienen una función orientadora, por lo que su completa evaluación deberá hacerse en función de las leyes, reglamentos e instrumentos concretos de planificación que se generen al respecto.

9. Régimen transitorio

El Derecho transitorio no tiene por objeto regir directamente la vida en sociedad, pues no es un Derecho sustancial. Es aquél que persigue resolver las dificultades que se producen ante alteraciones del Derecho sustancial, escenario en que una de las tareas primordiales es determinar cómo se regularán aquellas situaciones preexistentes que sigan desplegando sus efectos después de entrado en vigor el nuevo régimen.

Las disposiciones transitorias deben ser elaboradas con gran rigor y cuidadoso análisis³⁶, pues se requiere una adecuada ponderación de todas las circunstancias, implicancias y dificultades de las situaciones jurídicas preexistentes, y, luego, con la mayor claridad y detalle posible, se debe definir el régimen que les resulta aplicable. Por ello, puede sostenerse que la parte más difícil de una norma son precisamente las disposiciones transitorias, pues en este ámbito el legislador/constituyente debe demostrar su capacidad de componer y adecuar intereses³⁷.

Toda innovación normativa que conlleve una alteración importante de la situación preexistente tiene un altísimo costo si no se lleva a cabo con prudencia y otorgando un tiempo suficiente para la adaptación³⁸. Es fundamental, además, conocer debidamente la realidad a la que van a aplicarse las nuevas normas³⁹.

Estas directrices conceptuales parecen no haberse observado en la propuesta constitucional de aguas, que incluye las siguientes disposiciones transitorias específicas:

- *Ley sobre institucionalidad, nuevo régimen jurídico, agua potable y saneamiento y gobernanza*⁴⁰. Se dispone que, en un plazo de 12 meses, deberá presentarse

36 Bergel (2005).

37 González-Berenguer (1985).

38 Ariño (1985).

39 Moisset de Espanés (2002).

40 Trigésima cuarta disposición transitoria

“1. En un plazo de doce meses, el Presidente de la República deberá enviar un proyecto de ley para la creación de la Agencia Nacional del Agua y la adecuación normativa relativa a las autorizaciones de uso de aguas. Asimismo, deberá regular la creación, la composición y el funcionamiento de los consejos de cuenca y la adecuación de estatutos y participación de las organizaciones de usuarios de agua en dicha instancia.

2. Mientras no entre en vigencia dicha ley, las funciones de la Agencia Nacional del Agua serán asumidas, en lo que respecta a sus competencias, por la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas,

un proyecto de ley que regule la creación de la Agencia Nacional del Agua, la adecuación normativa de las autorizaciones de usos de agua, la creación, composición y funcionamiento de los consejos de cuenca, la adecuación de estatutos y participación de organizaciones de usuarios de aguas en consejos de cuenca y todo lo referente al agua potable y el saneamiento⁴¹. Varias interrogantes surgen de inmediato: ¿Qué es “adecuación normativa” de las autorizaciones? ¿Qué implica la “adecuación de los estatutos” de las organizaciones de usuarios de aguas?

Asimismo, se establece que, mientras no se cree la Agencia Nacional del Agua, sus funciones serán asumidas por la Dirección General de Aguas, en lo que proceda dentro de sus competencias. Al observar las amplias y diversas potestades que se asocian a la Agencia, queda en evidencia que éstas exceden con creces las de la Dirección General de Aguas. Además, esta última entidad no tiene los recursos humanos ni presupuestarios para asumir todo este cúmulo de responsabilidades. Esta constatación ha sido destacada y reiterada en múltiples diagnósticos e informes de la institucionalidad pública del agua en Chile⁴². En este sentido, por ejemplo, en 2014 el Banco Mundial identificó la necesidad de incorporar 98 personas adicionales en el equipo de recursos humanos de la Dirección General de Aguas para cumplir sus distintas funciones, las cuales se incrementaron y potenciaron tras la modificación incorporada al Código de Aguas por la Ley N°21.435, de 2022; a su vez, se sugirió realizar no sólo cambios cuantitativos, sino también cualitativos, en lo relativo a los niveles de experiencia de los cuadros profesionales de la citada entidad⁴³. Desde el punto de vista financiero, cabe agregar que, si bien desde el año 2020 se ha producido un aumento del presupuesto de la Dirección General de Aguas (respecto del año anterior, se incrementó en un 7,92% en 2020, un 53,61% en 2021 y un 2,08% en 2022), ese monto representa sólo un 0,049% del presupuesto nacional de 2022 y un 0,801% de la partida del Ministerio de Obras Públicas en el presupuesto de 2022⁴⁴.

■ *Vigencia de derechos preexistentes y su automática conversión en autorizaciones*⁴⁵. Todos los derechos de aprovechamiento preexistentes

que actuará en coordinación con los organismos públicos competentes y con el apoyo de los gobiernos regionales.

3. En el caso de que no se dicte esta ley en el plazo de dos años, el Poder Legislativo tramitará el proyecto de ley según las reglas de discusión inmediata vigentes al cumplimiento de dicho plazo.”

41 Esta última arista se menciona en la disposición transitoria trigésimo quinta.

42 A título ejemplar, ver Banco Mundial (2011) y (2013); Mesa Nacional del Agua (2022).

43 Banco Mundial (2014).

44 Información disponible en: <https://www.bcn.cl/presupuesto/periodo/2022/partida/12/capitulo/04>

45 Trigésimo quinta disposición transitoria

“1. Con la entrada en vigencia de esta Constitución todos los derechos de aprovechamiento de aguas

se mantienen vigentes, aunque sujetos a una serie de restricciones, y se transforman en autorizaciones de usos de aguas con la mera entrada en vigencia de la nueva Constitución. No se contempla ningún espacio ni regla para su adaptación o ajuste, lo cual, pese a la declaración de inmediatez de la propuesta, conlleva un complejo proceso que está lejos de ser automático; tampoco se incluyen mecanismos de compensación para quienes verán alterada su titularidad jurídica.

Mientras no se dicte la ley mencionada en el acápite anterior: i) se aplicará el Código de Aguas en lo relativo a la constitución y extinción de autorizaciones, sin perjuicio del proceso de redistribución que se explica en un próximo

otorgados con anterioridad se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en esta Constitución. Mientras no se dicte la legislación ordenada en la disposición transitoria anterior, se aplicarán las reglas que prescribe el Código de Aguas en materia de constitución y extinción de autorizaciones de conformidad con esta Constitución, sin perjuicio de los procesos de revisión y ajuste de los caudales a ser redistribuidos en cada cuenca. En ningún caso se podrán aplicar las reglas relativas a la constitución de estas autorizaciones por remate.

2. Los derechos de aprovechamiento otorgados, regularizados, reconocidos o constituidos por acto de autoridad competente antes del 6 de abril de 2022 se sujetarán a lo dispuesto en las disposiciones transitorias de la ley N°21.435, que reforma el Código de Aguas. No se aplicará lo establecido en los incisos primero y cuarto del artículo segundo transitorio de dicho cuerpo legal a los derechos de aprovechamiento constituidos por acto de autoridad, reconocidos, adquiridos u otorgados a las personas, asociaciones y comunidades indígenas, de conformidad con los artículos 2, 9 y 36 de la ley N°19.253, los que serán inscritos como autorización de uso tradicional de manera automática en el registro respectivo. Mientras no se dicte la normativa pertinente, o en el plazo máximo de tres años a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Solo previa autorización de la Dirección General de Aguas, o su sucesor jurídico, se podrán autorizar cambios de titularidad en las autorizaciones administrativas de uso de agua o actos jurídicos que impliquen que una persona distinta de la titular las ejerza, siempre que estén fundadas en la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento o la disponibilidad efectiva de las aguas en conformidad con lo establecido en los artículos 57 y 142 de esta Constitución. Dicho acto administrativo deberá ser fundado y deberá inscribirse en el Catastro Público de Aguas a que se refiere el artículo 112 del Código de Aguas.

b) Los gravámenes constituidos conforme al artículo 113 del Código de Aguas antes de la fecha de publicación de esta Constitución seguirán vigentes en los términos que establece su inscripción, hasta la regulación de esta materia en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior.

c) Las autorizaciones de uso de aguas otorgados, constituidos, regularizados o reconocidos antes de la entrada en vigencia de esta Constitución se sujetarán a las normas del derecho común para efectos de su transmisibilidad por causa de muerte, hasta la regulación de esta materia en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior.

3. Con el objeto de asegurar la continuidad del servicio y el cumplimiento del derecho humano al agua y saneamiento establecidos en el artículo 57, y mientras no se dicte la ley indicada en la disposición transitoria anterior, se mantendrán en vigor los actos jurídicos que tengan por objeto contar con agua para abastecer sectores urbanos, asentamientos rurales, cooperativas y comités de agua potable rural, destinados exclusivamente al consumo humano o al saneamiento, suscritos con titulares de autorizaciones de aguas o con organizaciones de usuarios de aguas, sin perjuicio de la revisión y autorización de la Dirección General de Aguas. Las materias relativas a agua potable y saneamiento serán reguladas en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior. Una vez concluidos los plazos contemplados en el artículo segundo transitorio de la ley N°21.435, los registros de aguas de los conservadores de bienes raíces se traspasarán a la Agencia Nacional del Agua o a la Dirección General de Aguas en caso de no estar aún implementada.”

apartado⁴⁶; ii) en el plazo máximo de tres años desde que entra en vigencia la Constitución, sólo previa autorización de la Dirección General de Aguas, o de la autoridad que la reemplace, se autorizarán cambios en la titularidad de autorizaciones de uso de aguas o actos que impliquen que una persona distinta a su titular las ejerza, siempre que se funden en la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento o en la disponibilidad efectiva de agua, lo cual constituye una norma excepcional, pues la regla es la incomerciabilidad de las autorizaciones de uso, según lo dispuesto en los artículos permanentes de la propuesta; iii) los gravámenes previos seguirán vigentes hasta que se dicte la ley ya referida, declaración que en todo caso debe compatibilizarse con la nueva naturaleza de autorizaciones de uso de aguas incomerciables; y, iv) la transmisión por causa de muerte de las autorizaciones se regirá por las reglas del Derecho común hasta su regulación en la ley antes citada.

A su vez, y en tanto no se dicte la señalada ley, se mantiene la vigencia de los actos jurídicos que permitan contar con agua para el abastecimiento a la población en sectores urbanos y rurales, no obstante su revisión y autorización por parte de la Dirección General de Aguas.

Se precisa también que, una vez concluidos los plazos para inscribir los derechos de aguas en el Conservador de Bienes Raíces otorgados por la Ley N°21.435, modificatoria del Código de Aguas, los registros correspondientes se traspasarán a la Agencia Nacional del Agua o a la Dirección General de Aguas, desapareciendo con ello la histórica labor de inscripción conservatoria de estas titularidades, en línea con su nuevo carácter de autorizaciones no objeto de propiedad. Como antecedente, cabe recordar que la Ley de Reforma Agraria, de 1967, suprimió la función conservatoria-registral de los derechos de aprovechamiento, originando un paréntesis registral que sólo se revirtió en 1981, y que es una de las causas de la falta de completa información sobre la titularidad de derechos de aprovechamiento que, pese a los mecanismos de regularización incorporados por la normativa, subsiste en varios casos hasta el día de hoy⁴⁷.

46 Esta norma debe complementarse con lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la propuesta, que prescribe que toda la normativa en vigor (como el Código de Aguas) seguirá vigente mientras no sea derogada, modificada, sustituida o declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional. Igualmente, a partir de la publicación de la nueva Constitución, los jefes de los órganos del Estado deben adaptar su normativa interna, en virtud del principio de supremacía constitucional.

47 Rivera (2013).

■ *Redistribución de caudales*⁴⁸. La autoridad del agua (Agencia Nacional del Agua o Dirección General de Aguas) debe efectuar un proceso gradual, progresivo y con urgencia de “redistribución” de caudales de cuencas, con apoyo de los gobiernos regionales, para asegurar los usos priorizados en la Constitución (derechos al agua y saneamiento y equilibrio de los ecosistemas).

¿Qué es y qué implica esta “redistribución”? ¿Se tratará, como se entiende del tenor literal de esta disposición transitoria, de un procedimiento administrativo escuetamente regulado, y, por tanto, con amplio espacio de actuación a la discrecionalidad de la autoridad administrativa de turno? ¿En qué se traduce el apoyo que prestarán los gobiernos regionales? ¿Habrán leyes que definan criterios para esta redistribución, dado que la lógica indica que ella podría traducirse en la privación o reducción de volúmenes de agua usados actualmente por quienes detentan derechos de aprovechamiento? La propuesta no hace ningún reenvío al legislador en este punto, lo que aumenta el riesgo de decisiones arbitrarias y abusivas y que podrían causar serios perjuicios para la seguridad hídrica y el desarrollo sostenible de las cuencas.

En el articulado permanente de la propuesta no se habla de “redistribución”, por lo que en esta disposición transitoria hay en realidad una norma sustantiva, de fondo, que introduce una nueva figura en el sistema regulatorio y de gestión de aguas, lo que es del todo ajeno al objeto de las disposiciones transitorias.

Esta redistribución debe aplicarse en primer lugar en cuencas con “crisis hídrica” y con “sobretorgamiento de derechos”, siendo indeterminado cómo se calificará la crisis hídrica y quién y cómo se define el sobretorgamiento.

Se establece que la referida “redistribución” (cuyo primer proceso regional se iniciará en seis meses) no se aplicará a pequeños agricultores, comunidades, asociaciones y personas indígenas, gestores comunitarios de agua potable rural y otros pequeños autorizados. Se asume que la justificante de estas excepciones es que en todas estas hipótesis debiera tratarse de volúmenes limitados, pero no hay una precisión en ese sentido, por lo que surge la duda

48 *Trigésima sexta disposición transitoria*

“1. La Dirección General de Aguas o la Agencia Nacional del Agua, según corresponda, de manera gradual, progresiva y con sentido de urgencia, realizará el proceso de redistribución de los caudales de las cuencas con el apoyo respectivo de los gobiernos regionales, para garantizar los usos prioritarios reconocidos en la Constitución.

2. Este proceso comprende la elaboración de informes de diagnóstico y evaluación a nivel regional, que se desarrollará por etapas y priorizando aquellas cuencas en crisis hídrica y con sobretorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas. Dentro del plazo de seis meses, se iniciará el primer proceso regional. Esta redistribución no se aplicará a pequeños agricultores; comunidades, asociaciones y personas indígenas, gestores comunitarios de agua potable rural y otros pequeños autorizados.”

de si debiera regir independientemente de los caudales de aguas que tengan asociados estos usuarios, del uso que efectivamente estén haciendo de ellos o de la situación particular de la cuenca respectiva.

III. Evaluación de la propuesta constitucional sobre aguas bajo la óptica de la seguridad hídrica

Sin perjuicio que la situación de un país en materia de seguridad hídrica se define y debe medirse en función de múltiples indicadores (cuya determinación es, per se, una tarea desafiante), y no sólo desde la perspectiva de la regulación constitucional, la evaluación de la propuesta de nueva Constitución en materia de aguas es un ejercicio necesario para determinar, conforme a parámetros objetivos y generalmente aceptados, si las reglas allí contenidas son o no una contribución y avance en este campo. Con este propósito, y en base a los desarrollos del capítulo previo, a continuación precisamos qué grado de recepción tiene cada dimensión de la seguridad hídrica en las disposiciones ya identificadas:

1. Seguridad hídrica para el acceso a agua potable y saneamiento (urbano y rural)

Con las prevenciones esgrimidas en los apartados correspondientes⁴⁹, se estima que, respecto a esta dimensión, hay una contribución positiva de la propuesta constitucional, manifestada en el reconocimiento constitucional expreso y priorización de los derechos humanos al agua y al saneamiento. En todo caso, esta consagración normativa debe articularse con medidas presupuestarias y otras políticas públicas sectoriales para su materialización en un efectivo avance en la satisfacción real de los mencionados derechos.

2. Seguridad hídrica para el uso productivo (consuntivo y no consuntivo) sustentable del agua

En la propuesta no se incluyen los usos productivos dentro de las posibles funciones del agua, pese a que parte importante de la actividad económica que permite el desarrollo del país depende de este elemento. Los usos identificados se concentran exclusivamente en aquellos priorizados, que son los derechos al agua y al saneamiento, el equilibrio de los ecosistemas y los usos tradicionales indígenas; estos últimos, si bien no se incorporan expresamente en la disposición que señala los usos priorizados, tienen un estatuto que los coloca en una posición de especial protección. El resto de potenciales usos (múltiples) es omitido y se deja su determinación a la ley, lo que genera incertidumbre y denota la ausencia de la sostenibilidad como principio articulador en esta materia.

49 Ver numerales 2 y 4 del capítulo II. Normas hídricas en la propuesta constitucional.

Paralelamente, se precariza notoriamente el estatuto de los títulos que permiten el uso de un determinado volumen de agua por parte de particulares, tras la transformación inmediata de derechos de aprovechamiento en autorizaciones de uso, con límites muy acentuados, como su incomerciabilidad. Inevitablemente, esto produce impactos a nivel de inversiones, afectando la producción de bienes y servicios trascendentales que dependen de ello.

En función de lo anterior, se considera que esta dimensión del uso productivo sustentable del agua no está óptimamente abordada en la propuesta y no constituye un aporte o avance en seguridad hídrica.

3. Seguridad hídrica para la conservación y el equilibrio ambiental

Con las prevenciones y comentarios esgrimidos en los apartados respectivos⁵⁰, se estima que la propuesta contribuye positivamente al avance de esta dimensión, al priorizar el equilibrio ecosistémico (que está en una misma posición que el consumo humano y el saneamiento, lo que podría producir conflictos), al encargar al Estado la tarea de proteger las aguas, su ciclo hidrológico y los ecosistemas asociados, y al promover la vinculación entre aguas y planificación territorial.

4. Seguridad hídrica para la protección y resiliencia frente a eventos extremos (sequías e inundaciones, entre otros)

Pese a la detallada regulación hídrica de la propuesta, especialmente de las funciones y competencias de las distintas autoridades del sector, no hay ninguna alusión a la gestión proactiva de sequías, inundaciones y otros efectos del cambio climático. No se pretende que la Constitución aborde completamente estos temas, lo que sería improcedente, pero dado que se trata una gran cantidad de aspectos sobre el agua, llama la atención que no se incorpore ninguna directriz sobre este trascendental tema, en particular en el escenario de severa sequía que experimenta el país.

En consecuencia, se considera que la dimensión de la protección y resiliencia frente a eventos extremos no se aborda apropiadamente en la propuesta y no constituye un aporte o avance en seguridad hídrica.

5. Seguridad hídrica para la gobernanza adecuada y gestión de los recursos hídricos con un bajo nivel de conflictos

La idea de la Agencia Nacional del Agua y los consejos de cuenca, con las prevenciones y comentarios planteados en el apartado correspondiente, especialmente en lo

50 Ver numerales 4, 5 y 8 del capítulo II. Normas hídricas en la propuesta constitucional.

referente a la composición y funciones de estos entes⁵¹, se estima una contribución positiva a la dimensión de gobernanza y gestión de recursos hídricos.

No obstante, la propuesta también tiene elementos problemáticos en esta área, pues introduce nociones ajenas, sin traducción jurídica clara, sobre la naturaleza del agua, y origina varios focos de potencial conflicto: entre los dos usos que son priorizados, sin una prelación entre ellos ante una eventual colisión; entre la Agencia Nacional del Agua, la región autónoma, la asamblea regional, los consejos de cuenca, los pueblos y naciones indígenas y las organizaciones de usuarios de aguas, por las superposiciones y contiendas de competencias que pueden surgir entre ellos; a propósito de los usos de aguas tradicionales indígenas y su compleja inserción en un esquema de gestión integrada; en lo referente al cambio de situación de los actuales titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, la que se precariza considerablemente, sin instancias de adaptación y compensación, entre otros. Todo ello probablemente desencadenará una excesiva judicialización, tanto a escala nacional como internacional.

Por ende, se estima que la dimensión de gobernanza adecuada y gestión de los recursos hídricos con un bajo nivel de conflictos se aborda con algunos aspectos favorables y otros desfavorables, siendo un aporte o avance parcial a la seguridad hídrica.

6. Corolario

La gestión hídrica tiene relevantes falencias en Chile, y requiere acciones muy bien pensadas, gradualmente implementadas, pero con exigencias que deben resolverse con inmediatez, a través de un sólido y sostenible marco normativo, institucional y financiero.

La lógica sobre la cual se construye la propuesta de nueva Constitución supone una decisión evidente de delimitar el rol de los privados en dicha gestión. Algunas consecuencias de ello son la mayor precariedad de los títulos de quienes usan aguas en diversas actividades, lo que queda expresamente de manifiesto en varias disposiciones comentadas en este trabajo; y, una cuestión más implícita, pero igual de obvia: la necesidad de mayor intervención e inversión estatal, desafío que, históricamente, el Estado no ha estado en condiciones de asumir, como ha sido constatado en numerosas oportunidades⁵².

51 Ver numerales 6 y 7 del capítulo II. Normas hídricas en la propuesta constitucional.

52 Entre otros, ver Banco Mundial (2011) y (2013); Contraloría General de la República (2021); Mesa Nacional del Agua (2022).

En ese sentido, la propuesta desaprovechó el camino recorrido y las lecciones aprendidas en el proceso de reforma al Código de Aguas, materializado a través de la Ley N°21.435, de 2022, y que requirió 11 años de tramitación parlamentaria para alcanzar consensos. Sin perjuicio que aún deben perfilarse bien las implicancias de sus reglas y del renovado enfoque de este texto legal, y de las mejoras que puedan sugerirse a su respecto, nos parece que su esquema actual⁵³ ofrece una senda más idónea, segura y apegada a la realidad nacional que la contenida en la propuesta de nueva Constitución para avanzar en seguridad hídrica, la cual, no olvidemos, no puede ser seguridad hídrica sólo para algunos usos, dimensiones o funciones del agua, sino que debe lograrse bajo el estándar y principio de la sostenibilidad.

Resumen de la evaluación de la propuesta constitucional bajo la perspectiva de la seguridad hídrica (SH)

Dimensión de seguridad hídrica	Recepción en la propuesta constitucional de aguas
SH para el acceso a agua potable y saneamiento (urbano y rural)	✓
SH para el uso productivo (consuntivo y no consuntivo) sustentable	✗
SH para la conservación y el equilibrio ambiental	✓
SH para la protección contra eventos extremos	✗
SH para una gobernanza adecuada y gestión de los recursos hídricos con un bajo nivel de conflictos	✓ ✗

53 Los principales pilares del Código de Aguas vigente, estructurados bajo directrices transversales como el interés público y la sustentabilidad de la fuente hídrica, son los siguientes: a) naturaleza jurídica pública de las aguas (artículo 5 Código de Aguas); b) reconocimiento de la polifuncionalidad de las aguas, con priorización del consumo humano, doméstico de subsistencia y saneamiento (entre otros, artículos 5, 5 bis, 5 ter y 27 Código de Aguas); c) definición del sistema concesional y de reconocimiento legal como mecanismos de asignación originaria de derechos de aprovechamiento (entre otros, artículos 5, 6 y 20 Código de Aguas); d) derechos de aprovechamiento como derechos reales limitados (entre otros, artículos 6, 6 bis, 17, 62 y 134 bis Código de Aguas y segundo transitorio Ley N°21.435); administración pública centralizada: Dirección General de Aguas (entre otros, artículos 298 y siguientes Código de Aguas); gestión local del agua, con organizaciones de usuarios de aguas y planes estratégicos de recursos hídricos por cuencas (entre otros, artículos 186 y siguientes y 293 bis Código de Aguas y 13 Ley N°21.455, de 2022); y, protección y conservación de recursos hídricos (entre otros, artículos 5, 47, 58, 63, 129 bis 1 y 129 bis 1 A Código de Aguas).

Referencias

Asian Development Bank (2013). *Asian Water Development Outlook 2013. Measuring water security in Asia and the Pacific* (Manila, ADB).

Ariño, G. (1985). “Informe jurídico”, en Llamas, M., Custodio, E. y Ariño, G., *Informes. El proyecto de ley de aguas* (Madrid, Ediciones Instituto de Estudios Económicos), pp. 82-166.

Banco Mundial (2011). *Chile. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos* (Santiago, Banco Mundial).

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

Banco Mundial (2014). *Plan para la mejora del marco institucional del agua en Chile: Etapa 1 - Propuesta para el fortalecimiento de la DGA* (Banco Mundial).

Bergel, J. L. (2005). “Dispositions transitoires et méthode législative”, *Revue de la Recherche Juridique*, N° especial, pp. 2737-2747.

Contraloría General de la República (2021). *Informe final. Dirección General de Aguas, Ministerio de Obras Públicas. Informe N° 265/2021* (Santiago, Departamento de Medio Ambiente, Obras Públicas y Empresas, Unidad de Obras Públicas, Contraloría General de la República).

Cook, C. and Bakker, K., (2012). “Water security: debating an emerging paradigm”, *Global Environmental Change*, 22 (1), pp. 94-102.

Donoso, G. y Sanin, M. E. (2020). *Análisis crítico de las políticas aplicadas en Latinoamérica en el sector agua y saneamiento* (Banco Interamericano de Desarrollo).

Donoso, S. (2022). *Análisis de la propuesta de nueva Constitución. Pueblos indígenas* (Santiago, Foro Constitucional UC).

Embid, Antonio (2021). “El concepto de seguridad hídrica: contenidos y funcionalidad”, en; Embid, Antonio (Dir.). *La seguridad hídrica. Desafíos y contenido* (Navarra, Editorial Aranzadi), pp. 27-70.

Fundación Amulén; Centro de Derecho y Gestión de Aguas UC y Centro de Cambio Global UC (2019). *Pobres de Agua. Radiografía del agua rural de Chile. Visualización de un problema oculto* (Santiago, Fundación Amulén, Centro de Derecho y Gestión de Aguas UC y Centro de Cambio Global UC), 99 pp.

Grafton, R. Q., Libecap, G. D., Edwards, E. C., O'Brien, R. J., & Landry, C. (2011). "Comparative assessment of water markets: insights from the Murray–Darling Basin of Australia and the Western USA", *Water Policy*, 14 (2), pp. 175-193.

González-Berenguer, J. (1985). *Comentarios a la ley de aguas* (Madrid, Publicaciones Abella), 437 pp.

Mason, N. & Calow, R. (2012). *Water security: from abstract concept to meaningful metrics. An initial overview of options*. Working Paper 357 (London, ODI).

Mesa Nacional del Agua (2022). *Informe final, Mesa Nacional del Agua* (Santiago). Disponible en: <https://www.mop.cl/MesaAgua/docs/informeFinal2022.pdf>

Ministerio de Obras Públicas; Escuela de Ingeniería Pontificia Universidad Católica de Chile; Quiñenco S.A.; Huella Local; y Fundación Superación de la Pobreza (2020): *Mesa 1. Personas que residen en una vivienda sin servicios sanitarios básicos (agua potable y/o baño)*. (Santiago, Ministerio de Obras Públicas y otros). Disponible en: <http://www.compromisopais.cl/assets/files/Mesa1-ServiciosSanitariosBasicos.pdf>

Moisset De Espanés, L. (2002): "Cambio social y cambio legislativo", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N°320, pp. 59-83.

Rivera, D., Alburquenque, W., Cortés, S., Donoso, G., Melo, Ó., Molinos, M., Parodi, A., Reyes, F., Soto, R. y Vicuña, S. (2021). [Aguas y nueva Constitución. Perspectivas y propuestas](#) (Santiago, Foro Constitucional UC).

Rivera, D. (2013). *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste* (Santiago, Thomson Reuters).

Ostrom, E. (2011). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Traducción de Merino, L., 2° edición en español (México D.F., Fondo de Cultura Económica).

Sadoff, C. y Muller, M. (2010). *La gestión del agua, la seguridad hídrica y la adaptación al cambio climático: efectos anticipados y respuestas esenciales*. Tec Background Papers N° 14 (Global Water Partnership).

Superintendencia de Servicios Sanitarios (2022): *Informe de gestión del sector sanitario 2021* (Santiago, Superintendencia de Servicios Sanitarios). Disponible en: https://www.siss.gob.cl/586/articles-19743_recurso_1.pdf