

Santiago, 31 de enero de 2022

**A: MESA DIRECTIVA DE LA CONVENCIÓN
CONSTITUCIONAL.**

**REF.: INICIATIVA CONVENCIONAL
CONSTITUYENTE QUE ESTABLECE EL
DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS.**

En uso de la facultad que nos confiere el artículo 81 del reglamento general de la Convención Constitucional, y encontrándonos dentro del plazo establecido en el artículo 84 de dicho cuerpo reglamentario, el grupo de convencionales constituyentes que suscriben esta iniciativa tenemos la honra someter a su consideración la siguiente propuesta de normas constitucionales que establece las bases constitucionales del dominio público de las aguas.

I. SUGERENCIA EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN:

Para los efectos previstos en los artículos 86 y 88 del reglamento general, tenemos a bien sugerir a la Mesa Directiva clasificar la presente iniciativa convencional constituyente dentro de aquellas a ser analizadas por la comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico, al encontrarse dentro del catálogo de temas que corresponde abordar a dicha comisión.

Para ello, solicitamos se tenga a la vista lo dispuesto en los literales d) del artículo 66 del reglamento general de la Convención Constitucional.

II. FUNDAMENTACIÓN:

El derecho humano al agua se basa en el derecho humano a un nivel de vida adecuado. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que la cantidad mínima de agua requerida para mantener la vida de una persona es de 25 litros por día, pero esto no es satisfactorio para otras necesidades como la higiene personal (Hutton y Haller, 2004). En el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por las Naciones Unidas (ONU), se ha propuesto la meta 6.1 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (acceso universal y equitativo a agua potable asequible para todos) y la meta 6.2 (acceso a un saneamiento adecuado y equitativo para todos). Se espera que la consecución progresiva de estas metas dependa de la consecución de la meta 6.4 de los ODS:

“De aquí a 2030, aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua.” (Agenda 2030, 2015).

El uso del agua en el sector agrícola es particularmente relevante a este respecto. La agricultura utiliza el 70% del promedio mundial de extracciones anuales de agua dulce (que suman casi 4.000 millones de m³) (Banco Mundial, 2017), mientras que, en los países menos desarrollados, la agricultura representa más del 90% de las extracciones de agua dulce (FAO, 2011). Para el 2050, las extracciones mundiales de agua dulce para la agricultura podrían aumentar en un 90% (WWAP, 2012), debido, por una parte, al crecimiento de la población,

la intensificación agrícola, los patrones dietéticos cambiantes y, por otra, porque los recursos hídricos del planeta se encuentran sometidos a un estrés cada vez mayor debido a la presión sobre la tierra derivada de la extracción de recursos naturales, la generación de energía, la creciente industrialización y el cambio climático (WWAP 2012; HLPE, 2015).

El cambio climático antropogénico aumentará la incertidumbre en la disponibilidad, confiabilidad y calidad de los recursos de agua dulce (Jiménez Cisneros et al., 2014). El Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC) señaló que “el agua es el agente que genera muchos de los impactos del cambio climático en la sociedad” (Jiménez Cisneros et al., 2014, p. 234). En particular, el cambio climático puede aumentar la incertidumbre en el acceso al agua para la agricultura. El IPCC afirma que, debido al cambio climático, “se prevé que la demanda de riego futura supere la disponibilidad local de agua en muchos lugares” y la agricultura de secano es vulnerable al cambio creciente en las precipitaciones (Jiménez Cisneros et al., 2014, págs. 251-2). Según la FAO, es fundamental mejorar la resiliencia de los sistemas agrícolas para reducir los riesgos actuales y probables de la variabilidad climática en las estrategias de adaptación y mitigación (FAO, 2011).

El derecho humano al agua en el Convenio sobre la Biodiversidad

Las Partes del CDB han subrayado las interconexiones entre ecosistemas agrícolas y actividades de uso del agua, y la necesidad de una implementación coherente de los Programas de Trabajo del CDB sobre Diversidad Biológica Agrícola y sobre Diversidad Biológica de Aguas Continentales en consonancia con el enfoque por ecosistemas (CDB COP Decisión X/34, 2010, párr. 15).

El enfoque por ecosistemas es la piedra angular del CDB y tiene varias dimensiones (Morgera, 2017), una de ellas apunta a integrar la gestión de la tierra, el agua y los recursos vivos (CDB COP Decisión V/6, 2000, Anexo, párr. 1 y Principio 5), priorizando la conservación y compartiendo beneficios *justos y equitativos* en la custodia del ecosistema, como recompensa por la integración de los conocimientos tradicionales de las comunidades en su planificación y gestión (Morgera y Tsioumani, 2010; Morgera, 2016). Esto implica que se espera que el Estado brinde garantías procesales para la comunidad, especialmente a los pueblos indígenas, para que pueda participar en la toma de decisiones y en la planificación de la gestión del uso del agua para la alimentación y la agricultura.

De la experiencia chilena

En Chile, desde antiguo se manifestó la necesidad de contemplar a las aguas dentro del estatuto de las cosas públicas y logra ser legislado en el año 1855, cuando se publica el Código Civil chileno que consideró, en sus artículos 595, 596, 837 y 838 de su texto original, que el dominio público estaría integrado por las siguientes aguas: los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, los grandes lagos navegables, y las aguas pluviales no canalizadas.

Pasarían más de cien años para que este panorama se modificara, el cual también fue recogido por el primer Código de Aguas -en adelante “CA”- chileno de 1951. Así, solamente en el año 1967, a través de la Ley N° 6.640 de 28 de julio de 1967, sobre Reforma Agraria (actualmente derogada), se dispuso por vez primera que las aguas del territorio nacional pasarían a ser consideradas como “bienes nacionales de uso público” (art. 94 inc.1°), modificación que también se incluyó en el segundo CA de 1969, en su artículo 9°.

Respecto a su regulación constitucional, la Constitución de 1925 tuvo que ser rectificada para incluir también la modificación propugnada por la señalada Ley sobre Reforma Agraria. En tal sentido, disponía en su artículo 10º inc. 6º que “*La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular...*”. Finalmente, consagró a las aguas como bienes de dominio público.

Una vez instaurada la dictadura militar, la Constitución de 1925 deja de regir y se procede a nombrar una comisión de estudio para la confección de una nueva Constitución. En sus anales, se puede verificar que esta comisión tuvo en consideración el informe que había solicitado a la subcomisión de Derecho de propiedad la que terminó por considerar que la publicación de todas las aguas no debería estar contemplada en la nueva Constitución, atendiendo a que en Derecho comparado las respectivas Constituciones guardan silencio al respecto (opinión de Guzmán Errázuriz). De este modo, la Comisión dejó fuera del nuevo texto constitucional dicha mención, considerando que esta materia continuaría siendo regida por las leyes comunes que ya la contemplaban, de manera indefinida, con la posibilidad de ser modificada cuando el legislador lo considerase necesario.

No obstante, la CPR actualmente vigente, si bien omite el carácter público de las aguas, como regla general, podemos interpretar que igualmente las integra mediante una excepción contenida en su artículo 19 N° 23 que dispone: “*La Constitución asegura a todas las personas (...) La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así...*”. Esta disposición, contiene dos exclusiones frente a la libertad para adquirir toda clase de bienes: los bienes aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, por una parte, y aquellos que deban pertenecer a la Nación toda y que la ley lo declare así, por otra. En consecuencia, las aguas encajarían en la segunda exclusión por cuanto se trata de un bien que debe pertenecer a la Nación toda, habiendo sido así declarado por el CC y el CA.

Indudablemente, a efectos de recoger las actuales demandas sociales, se instó por un sector legislativo, reincorporar la mención expresa de las aguas como bien nacional de uso público, especialmente con el fin de fortalecer no solo su carácter de recurso natural, sino que también el derecho humano que existe sobre ellas, cuyo tratamiento lo ha establecido el Derecho Internacional y el Derecho comparado. Desafortunadamente, a principio de este año su tramitación no prosperó en el Senado, la que rechazó el Proyecto (Boletín N° 6124-09).

Sin perjuicio de lo anterior, al consagrar la CPR que estos bienes deban pertenecer a la Nación toda, no confiere derechos de propiedad de índole patrimonial sobre los mismos, por lo que es indudable que estos bienes se excluyen del dominio de los particulares y, a nuestro juicio, también se excluyen del dominio patrimonial de cualquier otro ente público-jurídico, cualquiera que sea la denominación que se le asigne: nación, colectividad, pueblo (siguiendo a Sainz: 1999, 488), e incluso administración pública o Estado. Lo que sí existe es una especie de potestad o titularidad (no de propiedad) conferida a los poderes del Estado para que estos sean efectivamente destinados al uso directo del público. Es lo que se ha denominado como *publicatio*. Esto implica que la potestad estatal excluye ciertos bienes del ámbito de susceptibilidad de adquisición por parte de los particulares, configurándolos como bienes inapropiables y, por ende se encuentran fuera del comercio, con el fin de establecer un

régimen de protección especial en atención a que están intrínsecamente vinculados al interés público y a la persecución del bien común y de la protección del medio ambiente.

Las críticas de fondo planteada al sistema de regulación de aguas chileno, apuntan más bien a la consagración del derecho de propiedad respecto del derecho de aprovechamiento de las aguas que, en efecto, han impedido su gestión de forma equitativa, impidiendo la efectivización del derecho humano al agua y sus implicaciones.

Como consecuencias de este blindaje del derecho de aprovechamiento de las aguas a través de su propietarización establecida por el artículo 19 N° 24 inciso final de la actual CPR, su correspondiente titular gozar libremente de todas las facultades del dominio respecto de la cosa sobre la cual recae el derecho: uso, goce y disposición. De ahí, entonces, la posibilidad que tienen los particulares de destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen lo que implica que, “cuando se pide un derecho de aprovechamiento no se exige indicar a qué finalidad se van a destinar las aguas, ni acreditar dominio alguno sobre un predio, industria o establecimiento que va a hacer uso de ellas” (Segura: 2009, 49). Asimismo, cuando se transfiere un derecho de aprovechamiento, el adquirente tampoco está obligado a darle al recurso hídrico el mismo uso que constaba en el título originario. La única limitación existente, es la relacionada con la cantidad de agua que se puede extraer de la fuente natural, debiendo el titular del derecho respetar la condición del derecho que se trate. Por tanto, se permitirá el consumo del agua extraída para el caso de los derechos consuntivos y solamente el mero uso si se trata de derechos no consuntivos.

Esta situación es posible porque en la legislación de aguas no se establece un orden de prelación de usos de los recursos hídricos, suponiendo el legislador, acorde a las teorías de libre mercado, que los derechos de aprovechamiento se emplearán en el uso o destino que tenga la mayor rentabilidad económica, el más eficiente, y que, en consecuencia, satisfaga la real necesidad de la sociedad en su conjunto.

Según Vergara Blanco, “la legislación vigente, en virtud de su deseo de dar libertad de acción a los particulares en materia económica, no obliga a los titulares de derechos de aguas a utilizar efectivamente los caudales a que tienen derecho, ni a construir las obras necesarias para hacerlo. Los particulares libremente usarán o no tales aguas y esperarán también libremente, de acuerdo a las condiciones de mercado, el momento apropiado para usarlas, o para enajenarlas a quien desee usarlas. Incluso es posible obtener el derecho de aguas nada más que para esperar, a su vez, en forma especulativa, una mejor condición de mercado y transferirlo a quien desee adquirirlo” (Vergara: 1998, 269).

Esta característica, que dio lugar al acaparamiento del recurso hídrico, especialmente por parte de empresas generadoras eléctricas, suscitó mucha controversia en los distintos ámbitos de actuación social (económico, político, social y académico).

Dicha situación se vio atenuada con una modificación incluida en la Ley N° 20.017, que introdujo la obligación de los peticionarios de nuevos derechos de aprovechamiento, cuando se solicite un volumen de agua determinado, de acompañar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará. Si manifiestamente no hubiera equivalencia entre la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el peticionario en la Memoria Explicativa, se podrá limitar, es decir, reducir el caudal de una solicitud de derechos de aprovechamiento al momento de

su resolución. En consecuencia, las nuevas solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas que se presenten necesariamente deberán cumplir con el requisito de justificación de uso, intentando así poner fin a las constantes críticas de los distintos sectores sociales respecto a este tema.

Desafortunadamente, esta afirmación dista mucho de la realidad. La normativa únicamente faculta a la autoridad hidráulica, para que, en determinados casos, en atención al volumen solicitado, pueda limitar el caudal solicitado en atención a una tabla que establece las equivalencias entre caudales de agua y usos, conforme las prácticas habituales en Chile en materia de aprovechamiento de aguas. La ley no expresa, en ninguna disposición, la obligación de justificación de uso.

Por otra parte, el titular de un derecho de aprovechamiento, al adquirirlo originariamente mediante el acto de autoridad, no está obligado a pagar un precio por él, se trata de un derecho obtenido a título gratuito. La administración hidráulica, en consecuencia, frente a una solicitud de derechos de aprovechamiento deberá concederlo poniendo únicamente atención al cumplimiento de ciertos requisitos: i) que la solicitud sea legalmente procedente, ii) que se constate técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural y iii) que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes.

La conservación del derecho de aprovechamiento de las aguas tampoco está sujeta al pago de impuestos o gravámenes de ninguna naturaleza. Ello constituye una situación de excepción de la legislación impositiva chilena ya que derecho de propiedad que recae sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas es el único cuyo mantenimiento no implica coste alguno para su titular.

Se advierte, asimismo, que los derechos de aprovechamiento son otorgados por la autoridad hidráulica a perpetuidad, es decir, la ley no establece ni plazos ni condiciones extintivas en el ejercicio de este derecho. Por tanto, no estará sujeto a una fecha de vencimiento y tampoco a causa de caducidad. “Esta situación constituye una transferencia de riqueza a los particulares, de un Bien Nacional de uso Público, claramente anómala” (Peña: 1997, 10).

De este modo, “como era previsible, un sistema de asignación (único en el mundo) mediante el cual un bien económico de la importancia del agua es entregado a perpetuidad a quien lo solicite, sin ninguna obligación ni costo, conduce a la transferencia masiva a manos de aquellos que, conociendo el vacío legislativo existente, están en condiciones de apreciar la enorme importancia estratégica de los recursos hídricos para el desarrollo nacional” (ibíd.).

En consecuencia, y verificándose una serie de análisis empíricos acerca del funcionamiento de este método de asignación de recursos hídricos es posible resaltar que, en la mayoría de los casos, se produjeron prácticas especulativas constituidas por el acaparamiento de los derechos de aprovechamiento cuyos titulares no tenían ninguna intención de hacer un uso efectivo del recurso, únicamente perseguían la obtención de lucro con las eventuales fluctuaciones al alza que obtuvieran las aguas.

Esta situación significó trabas artificiales para el uso de los recursos hídricos por parte de los verdaderos interesados en el aprovechamiento de las aguas, desvirtuando así la teoría propuesta por los ideólogos de este nuevo sistema de asignación de recursos hídricos, obteniendo como resultado un mercado de aguas que en la práctica, y en la mayor parte de

los casos, ha resultado ser ineficiente, ineficaz e inflexible, además de las innumerables externalidades negativas que derivaron de su aplicación.

III. PROPUESTA NORMATIVA:

Artículo X.-

El acceso al agua en cantidad y calidad suficientes para consumo humano y saneamiento es un derecho fundamental.

Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes de dominio público esenciales para la vida y el funcionamiento de los ecosistemas. El uso ambiental y social será prioritarios y garantizados a nivel nacional, el cual incluye el uso para la pequeña y mediana producción familiar campesina y usos ancestrales, considerando la seguridad y soberanía alimentaria.

Sin perjuicio de la institucionalidad que esta Constitución y las leyes definan para la gestión estatal de las aguas, ésta deberá tener como unidad mínima de gestión cada cuenca hidrográfica. Dicha gestión, a su vez, deberá realizarse de forma participativa e integrada y definir la prioridad de los demás usos locales y productivos una vez cubiertos los usos ambientales y sociales.

Es deber del Estado cuidar y preservar las aguas, asegurando para ello el manejo integrado de cuencas, la generación y disponibilidad pública de información y monitoreo de estas, así como propender a la reducción de la brecha entre los requerimientos y la disponibilidad de agua.

Toda concesión, permiso o título sobre las aguas será otorgada por la autoridad en su calidad de custodio, de manera temporal y en principio onerosa; y estarán sujetas a causales de caducidad y revocación, con obligaciones específicas de protección, uso racional y eficiente y otras limitaciones o restricciones justificadas en el interés público y el beneficio colectivo de las generaciones presentes y futuras.

Toda persona tendrá un derecho irrenunciable de exigir judicialmente el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.”

Propuesta de Artículo Transitorio:

Al aprobarse esta Constitución, se extinguirá la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de agua. Una ley de transición hídrica regulará el procedimiento de transformación de estos derechos de aprovechamiento hacia concesiones temporales, onerosas, revisables cada 5 años en cuanto a los caudales autorizados a usar y sujetas a causales de extinción, caducidad y revocación, con obligaciones de protección, uso racional y eficiente del agua, y toda otra limitación o restricción justificada en el interés público y el beneficio colectivo de las generaciones presentes y futuras.

Será responsabilidad de la autoridad hídrica:

- 1) Confeccionar un diagnóstico y evaluación de la situación ecológica, social y jurídica de las cuencas incluyendo sus zonas costeras, Este diagnóstico, elaborado de manera participativa y de acceso público, será elaborado por etapas, priorizando aquellas cuencas con mayor estrés hídrico y/o con sobre otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas. Este diagnóstico y evaluación deberá incluir la caracterización y estado de la cuenca en términos de cantidad y calidad del agua y sus ecosistemas asociados, un plan de restauración ecológica en caso de ser necesario, la identificación de los actuales titulares de derechos de aprovechamiento de agua, los usuarios irregulares y sus obras de captación; así como la identificación de los usuarios

actuales y potenciales del agua para consumo y saneamiento, el caudal ecológico actual y futuro; y la identificación de los pueblos originarios que tengan vínculo consuetudinario con el agua.

- 2) A partir de este diagnóstico y evaluación, la autoridad deberá presentar un informe que establezca, para un escenario actual y proyectado, los caudales necesarios para el equilibrio ecológico de cada cuenca, para consumo humano y saneamiento, y para usos tradicionales de los pueblos indígenas.
- 3) Según lo establecido en el informe, la autoridad procederá a reasignar las autorizaciones de uso de aguas, mediante la reducción del uso efectivo de los derechos de aprovechamiento de los usuarios de mayor caudal, en igual proporción a sus usos autorizados, hasta alcanzar el caudal necesario para satisfacer las funciones sociales y ecológicas del agua definidas en el informe.

Sin perjuicio de lo que la ley de transición hídrica disponga, los dueños de los derechos de aprovechamiento de aguas continuarán usándolas en calidad de concesionarios y solo tendrán derecho a una indemnización, cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad, en base al uso efectivo que tenían del agua, siempre que los respectivos derechos de aprovechamiento estén inscritos y los usos efectivos reportados por sus titulares a la autoridad.

Asimismo, aquellos derechos de aprovechamiento de agua que no tengan regularizados sus pagos por patente de no uso caducarán de pleno derecho.

IV. PATROCINANTES:



Julio Alvarez D.26



Andrés Cruz D.20



Trinidad Castillo D.5



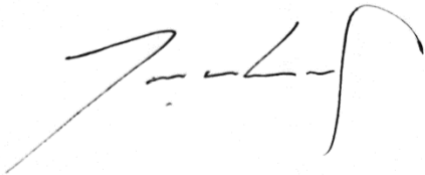
Claudio Gómez D.6



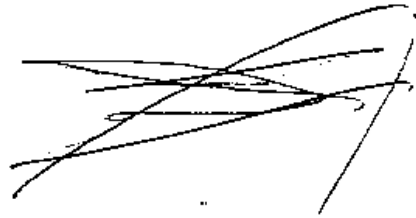
Maximiliano Hurtado D.4



Pedro Muñoz D.24



Tomás Laibe D.27



Mario Vargas D.25