

/ N°21

/ Agosto • 2022

# Derecho Administrativo Económico en la Propuesta de Nueva Constitución

Telecomunicaciones, Energía, Bosque  
Nativo, Aguas, Expropiación,  
Responsabilidad y Empresas Públicas

*Crónica*  
*Tercer seminario de análisis*



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

# **Derecho Administrativo Económico en la Propuesta de Nueva Constitución**

**Telecomunicaciones, Energía, Bosque Nativo,  
Aguas, Expropiación, Responsabilidad y  
Empresas Públicas**

*Crónica*

*Tercer seminario de análisis*

**24 de agosto de 2022**

## I. PRESENTACIÓN

El pasado miércoles 24 de agosto se llevó a cabo el tercer seminario sobre “Derecho Administrativo Económico en la Propuesta de Nueva Constitución”, organizadas por el Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE).

Desde el año 1998, el PDAE ha tenido una incesante actividad especializada organizando Jornadas, Seminarios, Diplomados, la publicación año a año de la Revista de Derecho Administrativo Económico (ReDAE) hoy indexada en Scopus, y convocando el desarrollo de publicaciones académicas enfocadas en las distintas áreas del Derecho Administrativo Económico.

Como en cada Seminario, este histórico proceso constituyente en el que se encuentra nuestro país, debe darse en un contexto democrático, de análisis y reflexión cívica. Por ello, la motivación principal de estos seminarios, es promover el conocimiento, la reflexión académica y el diálogo.

Muy próximos al 4 de septiembre, en el que la ciudadanía debe pronunciarse aprobando o rechazando la propuesta de Nueva Constitución,

desde el Programa seguimos creyendo que la discusión e intercambio de ideas y el análisis de lo que ha quedado plasmado en la Propuesta, resulta de vital importancia, realizando así un aporte y una contribución analítica a los grandes cambios institucionales que vive Chile.

En este contexto, se celebró el Tercer Seminario “Derecho Administrativo Económico en la Propuesta de Nueva Constitución”, el cual contó con la presencia de destacados profesionales dedicados al ámbito de los Recursos Naturales y el Derecho Administrativo, quienes, a través de sus ponencias, abordaron distintos asuntos de gran interés hoy por hoy.

En esta oportunidad, el seminario se desarrolló a través de tres paneles temáticos sobre Telecomunicaciones, Energía, Bosque nativo, Aguas, Expropiación, Responsabilidad y Empresas Públicas.

A continuación, se ofrece una crónica de dicho encuentro académico en la que se resaltan los principales asuntos abordados por los expositores.

## II. PRIMER PANEL: EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PROPUESTA: EXPROPIACIÓN, RESPONSABILIDAD Y EMPRESAS PÚBLICAS



**Rosa Gómez González**

*Abogada de la Universidad de Talca. Magíster LLM en Derecho Regulatorio UC. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Los Andes.*

### I. ORIGEN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La profesora comenzó su presentación explicando que el origen de la propiedad está en el Estado liberal entendiendo que la propiedad es inherente a la persona y que esta tiene la libertad para usar, gozar y disponer de ella, como asimismo tiene la seguridad jurídica de que se mantendrá en ese uso en el tiempo, salvo causa extraordinaria de interés o utilidad pública que, amerite al Estado privarlo de este derecho, privación que siempre tendrá aparejada a una indemnización lo cual fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

### **Expropiación en la propuesta de Nueva Constitución**

### II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Continuó su exposición señalando que en nuestro ordenamiento jurídico es posible encontrar esta consagración en diversas cartas fundamentales, como las cartas de 1818 y 1833 que reconocían el derecho de propiedad como garantía y la indemnidad patrimonial. En ese sentido, señaló que en los años 60, debido al constitucionalismo social, hubo cambios de dos formas: a través de disposiciones en materia de reforma agraria para crear expropiaciones, que si bien contemplaban indemnizaciones estas no eran acordes por ser a

largo plazo y en cuotas, hasta en 30 años; y la cláusula general para la nacionalización de las actividades y empresas mineras (Ley 17.450, 1971) que dio lugar a la discusión y a conflictos internacionales por el tema de la nacionalización del cobre momento en que fuimos incluso objeto de sanciones por parte de Estados Unidos.

### III. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CPR DE 1980

La abogada añadió que la discusión de la carta de 1980 tuvo como principal punto el derecho de propiedad y, en este sentido, produjo una regulación que procuró hacerse cargo no solo de los aspectos sustantivos, sino que también procedimentales del derecho de propiedad. El derecho de propiedad se encuentra consagrado en el ART.19 N°4 de la Constitución.

### IV. PROPUESTA CONSTITUCIONAL

Continuó su exposición explicando la propuesta constitucional que, a través de su artículo 78, ofrece una regulación del derecho de propiedad mucho más escueta que la actual. Así, a juicio de ella, se puede contrastar lo siguiente:

1. Objeto: En el caso de la CPR actual la misma dice que nadie puede ser privado del bien o de sus atributos esenciales. La propuesta, en cambio, habla de propiedad a secas.
2. Habilidad: En la CPR actual la habilitación para expropiar la otorga una ley general o especial. La propuesta, en cambio, solo habla de ley.
3. Causales: En la CPR actual las causales para expropiar son la utilidad pública o el interés nacional. En cambio -explicó- la propuesta habla de interés general y no de interés nacional. Este matiz obedece, a su entender, a que los convencionales entienden que en interés general están incluidas las

comunidades indígenas, lo cual no ocurriría al hablar de interés nacional.

Cabe señalar que el tema del interés general también se encuentra en otras normas, como el art. 52 respecto de la planificación de los territoriales o urbanas y el art. 79 que se refiere a la restitución de tierras para pueblos y naciones indígenas.

4. Derecho a reclamo: Este derecho se mantiene en la propuesta, pero se indica que se podrá reclamar sobre el acto, el monto y la modalidad

5. Indemnización: En la CPR actual siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado. En cambio, la propuesta habla del justo precio del bien expropiado. Ese término ha generado un gran debate porque daño patrimonial efectivamente causado no es lo mismo justo precio, este término tiene un tenor más subjetivo para las autoridades que lo determinen y así también para la judicatura. Esto parece revivir fantasmas del pasado en cuanto establece un concepto delicado e indeterminado que puede dar lugar a situaciones problemáticas.

Adicionalmente, la expositora señaló que la normativa del Derecho Civil en a lo menos 7 oportunidades se refiere al justo precio, a propósito de algunas instituciones como la permuta. Al respecto la CGR se ha pronunciado y estos pronunciamientos, a su juicio, nos podrían servir para orientar su definición (Dictámenes N° 64.193, de 2011; 13.154, de 2012; y 23.131 de 2014; 19.883, de 2017) donde se puede ver como existen presiones administrativas, pero que no dicen relación con la aplicación práctica que podría tener.

6. Fijación de la indemnización: En la CPR actual el monto de la indemnización se fija de común acuerdo o a través de una sentencia judicial. Por su parte, la propuesta establece que siempre se podrá

reclamar del monto y de la modalidad. Cabe preguntarse, ¿quién fijará el monto?, esto no queda claro.

7. Forma de pago: actual: En la CPR actual a falta de acuerdo la indemnización se paga en efectivo y al contado. Al respecto, la propuesta nada dice.

8. Toma de posesión material: En la CPR actual debe haber un total pago previo para tomar posesión material del bien, en cambio, en la propuesta no se habla del total pago previo a la toma de posesión ¿podría ser parcial?

9. Determinación del monto provisional: En la CPR actual a falta de acuerdo, el monto de la indemnización será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley, en la propuesta no hay nada sobre esto.

10. Posibilidad de suspensión: En la CPR actual se puede decretar la suspensión de la toma de posesión,

en la propuesta, nuevamente no se dice nada sobre esto.

11. Deber de fundamentación: Este deber, si bien no está en la regulación constitucional actual, si forma parte de los principios generales del DA, por lo que está demás que la propuesta lo incorpore porque es inherente. Quizás se colocó para compensar todas las otras carencias.

## V. CONCLUSIÓN

La profesora Gómez concluyó su exposición señalando que si bien la propuesta regula los elementos tradicionales de la expropiación: causal, ley, indemnización, pago previo (aunque no sabemos si es el total), deja afuera muchas normas procedimentales que son una garantía para los interesados por lo cual eleva la incertidumbre para todos ellos, a lo cual se le suma que con el término “justo precio” los deja a la deriva del operador político.



**Cristián Román Cordero**

*Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile.*

## **I. SITUACIÓN ACTUAL**

El profesor partió su exposición refiriéndose al problema de los casos en que la administración ejerce una atribución que le ha otorgado la ley y que, con arreglo a ella, ocasiona un daño. A este fenómeno le llama cuasi-expropiación.

A juicio del expositor no habría falta de servicio, por lo que en principio no habría responsabilidad y no habría disvalor en la conducta, pero sí en el resultado, por tanto se pregunta, ¿debe o no indemnizarse?

El abogado señala varios ejemplos en que se da esta problemática, tales como la declaración de monumento nacional de un inmueble, la prohibición de tala de especies arbóreas, la apertura de acceso a playas por propiedad privada, entre otros.

Luego, el expositor realiza una explicación de un caso en el que a una persona que en el año 1985 a 1995 se le prohibió por el director del SAG destinar su predio al talaje para permitir el pastoreo de

## **Responsabilidad de la Administración del Estado por acto lícito en la Propuesta**

ganado ajeno. Así, señaló que esta persona dejó de percibir una ganancia legítima durante 10 años.

Además, explicó, que en el año 1989 se modificó la ley y se estableció que esta facultad del Director, además, otorga el derecho a la indemnización (art. 7 letra i), LSAG) correspondiente al daño patrimonial efectivamente causado.

En ese sentido, se preguntó el expositor, ¿cabe o no indemnización antes de esta ley? La solución, señaló, fue que sí porque se generaba un sacrificio especial que infringía el artículo 19 N°20 sobre igual repartición de las cargas públicas.

Luego, el abogado analizó la jurisprudencia de los últimos 40 años en el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema y, señaló, que en la década de los 80' y 90' se estableció por la Corte Suprema que sí cabría responsabilidad, pero luego en la década del 2000 y 2010 se estableció que no, para luego pasar a un período de vaivén jurisprudencial.

Posteriormente, el profesor Román hizo una síntesis de los fundamentos conforme a los cuales se ha

basado la responsabilidad del Estado en tanto administrador por acto lícito. Así, mencionó los artículos 38 inc. 2° respecto de la responsabilidad objetiva; 19 N°20 sobre la igual repartición de las cargas públicas, N°24 con el derecho de propiedad, N°26 respecto del límite de limitaciones; y 45 sobre el derecho a la indemnización en el estado de excepción.

## II. PROPUESTA CONSTITUCIONAL

Al analizar la propuesta, el abogado señaló que esta viene a dismantlar los fundamentos en que se basaba la responsabilidad del Estado en tanto administrador por actuación lícita. En primer lugar, la propuesta depura el artículo 38 inc. 2° actual, en términos tales que no puede ser interpretado como una disposición que reconoce el derecho a la indemnización, al cambiar la expresión “lesionada” por “vulnerada”. Además, lo referente a la responsabilidad del funcionario es eliminado.

En segundo lugar, explicó que la propuesta constitucionaliza la “falta de servicio”, respecto de la responsabilidad del Estado en tanto juez, pero que en su opinión también se extiende la falta de servicio a la responsabilidad del Estado en tanto administrador.

En tercer lugar, señala que se eliminan los fundamentos sobre los que se había construido la jurisprudencia que había fundado la responsabilidad del Estado en tanto administrador por acto lícito. Tal sería el caso, por ejemplo, de la igual repartición de las cargas públicas, pero que no está en la propuesta.

Respecto al derecho de propiedad y la mención que hay actualmente sobre los atributos o facultades esenciales del dominio que en la propuesta no está y permitiría una cuasi expropiación. Sobre el artículo 19 N°26 actual, desaparece en la propuesta. En el caso del art. 45 actual, la propuesta tampoco contempla la indemnización cuando en los estados de excepción se afecte a alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio.

## III. CONCLUSIÓN

El expositor concluyó su presentación señalando que la propuesta:

- i) Otorga inmunidad al Estado respecto de la responsabilidad por acto lícito; y
- ii) Genera un incentivo a ejercer este tipo de actos lícitos-lesivos.



**Alejandro Vergara Blanco**

*Post-doctorado en Derecho en la Université de Pau et des Pays de l' Adour, Francia. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Abogado de la Universidad de Concepción. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho UC, y Director del Programa de Derecho Administrativo Económico de la misma Facultad.*

## **I. ASPECTOS GENERALES**

El profesor Vergara inició su exposición revisando cómo las empresas públicas se encuentran reguladas en el derecho vigente. Enseguida, las disposiciones relacionadas con la materia, con la posibilidad de que el Fisco o la Administración lleve adelante actividades empresariales y algunas cuestiones que se podrían derivar de estas disposiciones que contiene la propuesta.

## **II. BASES CONSTITUCIONALES DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y FUNDAMENTOS DE SU REGULACIÓN**

En este aspecto, el abogado explicó que la Constitución actual está inspirada en el principio de subsidiariedad funcional. El principio de subsidiariedad funcional está dirigido a ofrecer un marco, que se da en el derecho comparado también, para la actividad de la Administración en aquellas

## **Responsabilidad de la Administración del Estado por acto lícito en la Propuesta**

actividades económicas, empresariales o lucrativas que se entiende son más propias de los particulares.

Continuó explicando que hay una distinción evidente que se da en nuestras sociedades, pues son los particulares los que llevan adelante las actividades o los emprendimientos económicos que generan impuestos y producen un crecimiento de la actividad y la Administración del Estado, por su parte, lleva adelante otro tipo de actividades, como son las actividades de ordenación o de policía regulatoria, la actividad de servicio público y las actividades de fomento.

Señaló que eso está establecido así en la Constitución actual y forma un *ethos* de actividad y de forma de ser la sociedad actualmente.

### **A) Art. 19 N°21 CPR: carácter excepcional de la actividad empresarial**

El abogado explicó que el artículo 19 N°21 de la CPR actual establece la actividad empresarial como permitida. Así, lo califica como un valor

constitucional y acepta que el legislador lleve adelante la aprobación en proyectos de ley que permitan la actividad económica de la Administración.

**B) Actividad empresarial pública y garantía de la igualdad: empresas públicas se rigen por las mismas reglas que los particulares**

El abogado añadió que al mismo tiempo la CPR establece una garantía a favor de los particulares, en el caso de que esta actividad de la Administración del Estado se manifieste, o se produzca, que es la igualdad.

**II. LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL PÚBLICA**

Continuó su exposición señalando que el artículo 19 N°21 es el artículo que está dedicado a la materia. Lo que hace es establecer o crear una empresa, persona jurídica separada, pero de acuerdo a la regulación esas empresas forman parte de la Administración, a tal punto que la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 1° incorpora a las empresas como un organismo administrativo.

Luego explicó que el desarrollo y participación de la Administración en actividades empresariales puede ser a través de una empresa, o ser parte de una empresa, previamente creada y ser una especie de socios de otros particulares lo que también es aceptado, pero la limitación que existe es que una ley de quorum calificado lo autorice.

Así, señaló que hoy en día por las modificaciones existentes no es la propia Administración del Estado, ni los propios órganos administrativos, de cualquier nivel los que deciden crear una empresa, no es el Presidente, no es un Gobernador, no es un

Alcalde el que pueda decidir crear una empresa, sino que es la ley la que lo debe hacer.

En ese sentido explicó que lo más importante para los particulares es la igualdad de trato, en cuanto a las reglas por las que se ceñirán las actividades empresariales de la Administración del Estado. Estas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicables a los particulares, lo que, a juicio del expositor, es un valor constitucional que es una garantía a favor de los particulares, que no van a tener un competidor desleal en la Administración del Estado. Si hay una empresa bancaria se someterá a las mismas reglas, que si hay empresa minera estatal o administrativa se someterá a las mismas reglas.

**III. EMPRESAS PÚBLICAS EN LA ACTUALIDAD**

**A) En la Propuesta: distintos tipos de empresas públicas**

El abogado explicó que en la propuesta se establecen cuatro artículos relevantes relacionados con las empresas públicas en general o nacionales, las empresas regionales y las empresas comunales.

*Regulación general:* Art. 182. El expositor explicó que es una norma relevante, pues altera radicalmente la regla establecida hoy en día. Señala como principio y valor constitucional que el Estado participa en la economía, desdibujando un poco la actividad que llevan adelante los particulares.

Luego, explicó el abogado, la propuesta le entrega la iniciativa al Estado para desarrollar actividades económicas, estableciendo que es necesario que lo establezca una ley.

#### IV. REVISIÓN DEL ARTICULADO

El abogado explicó que el artículo 182 número 1, incorpora al Estado ya no solo en la regulación, en la fiscalización, en el fomento de las actividades que realizan los particulares, sino que esencialmente en el desarrollo de las actividades económicas. Lo que actualmente es una excepción, no una anomalía, transforma en una parte esencial la actividad de los órganos administrativos.

Continuó señalando que desaparece la actual garantía de igualdad de trato entre las empresas.

El expositor indicó que la propuesta de nueva Constitución promueve lo estatal y de disminución de las actividades o, al menos, del contenido y los límites de las actividades de los particulares.

En relación a las empresas públicas municipales señaló que la Propuesta agrega que para el ejercicio y el cumplimiento de esos fines se crearían estas empresas, no para lucrar que es lo natural de una empresa.

En cuanto a la Región autónoma y las empresas regionales, indicó que hay una disposición que es un tanto difícil de interpretar, pues señala en el art. 224 letra c) que los gobiernos regionales crean las empresas públicas regionales y en ningún caso hay alguna referencia a que la Ley sea la que tenga que crear estas empresas regionales, por lo tanto, en una primera interpretación uno pensaría que la propuesta señala que los gobiernos regionales pueden crear directamente las empresas regionales.

#### V. ALGUNAS CUESTIONES

El expositor terminó su alocución señalando en cuanto a la creación de las empresas públicas cuatro cuestiones relevantes:

1. La creación de las empresas públicas, ¿Es materia de ley o de reglamento autónomo? Esta es materia de ley, al menos no es materia de reglamento autónomo, porque en el propio artículo 182 se señala que es materia de una ley.
2. ¿Formarán las empresas públicas parte de la Administración del Estado? ¿Cómo ocurre hoy en día? Lo que es importante para la regla fiscal, para el endeudamiento de las empresas y para el control de la Contraloría aun cuando hay regla expresa.
3. Control de la CGR a las empresas públicas. No lo señala expresamente la Propuesta de Constitución si forman parte de la Administración del Estado, pero en cuanto al control de la Contraloría sí señala expresamente que la contraloría va a poder fiscalizar tanto a la Administración, y al Estado en general, como a las empresas públicas o del Estado.
4. Principio de paridad. Están sujetas en fin al principio de la paridad.

## VI. CONCLUSIONES

1° La propuesta promueve la actividad empresarial del “Estado”. Promueve la actividad lucrativa o empresarial tanto a nivel nacional, regional o municipal como hemos visto.

2° Curiosamente el objetivo explícito es prestar servicios, pero eso es curioso porque se contrapone a que es la Administración la que presta servicio público. Hay una especie de confusión y dilución de las funciones o de los roles que deben cumplir los órganos de la Administración del Estado, que son aquellos que van a liderar las empresas respectivas.

3° En fin, esto es una muestra más de que la propuesta, en verdad, no promueve el

emprendimiento privado. Si hay una promoción explícita en la propuesta de Constitución es al emprendimiento estatal en sus tres niveles. Si bien en la propuesta se tolera el emprendimiento privado, es notorio que la regulación está dirigida al anuncio más bien de limitación de la actividad privada y a la promoción de las actividades estatales en toda índole de funciones.

4° Al menos, se consagra expresamente el control de las empresas públicas por parte de la Contraloría General de la República.

### III. SEGUNDO PANEL: TELECOMUNICACIONES, ENERGÍA Y BOSQUE NATIVO



**Rodrigo Castillo Murillo**

*Profesor y Director Académico del Magister en Regulación Económica de la Universidad Adolfo Ibáñez. Abogado de la Universidad de Chile. Magister en Filosofía Política, UAI.*

El abogado inició su exposición señalando que el capítulo relacionado a derechos digitales y telecomunicaciones, en términos generales es un buen capítulo, pues reconoce conceptos que se han venido recogiendo en constituciones modernas bajo tres ideas: i) acceso universal a las telecomunicaciones y conectividad; ii) alfabetización digital e instancias de participación ciudadana utilizando herramientas digitales; y iii) el carácter de interés público de los derechos digitales.

#### I. ESTADO ACTUAL

El expositor se preguntó acerca de qué significa el cambio de un Estado Subsidiario a un Estado Social de Derechos. Señala que hay un cambio de paradigma respecto del rol económico de los particulares y del Estado, el que actualmente ha tenido un rol principalmente regulador y ordenador, lo cual sería confirmado por lo

#### **Telecomunicaciones y nuevas tecnologías frente a la Propuesta**

dispuesto en el artículo 19 N°21 de la Constitución actual, disposición que consagra la igualdad de trato y la creación de empresas por ley de quorum calificado.

Luego, el abogado realizó una evaluación de cómo fue la cobertura de las telecomunicaciones durante los años '70 y '80 en que el Estado era quien proveía dicho servicio, el cual tenía una baja cobertura y su acceso, según señala, era reducido por lo que era un bien de lujo.

#### II. PROPUESTA CONSTITUCIONAL

Partió señalando que se privilegia la participación del Estado en la economía para cumplir con los fines de constitucionales (art. 182), por ejemplo, respecto del acceso a los derechos digitales. Además, se reconoce al Estado la iniciativa para desarrollar actividades económicas, cambiando así el paradigma antes descrito y

autorizando o permitiendo la participación directa del Estado en la economía.

Así, señaló que es preocupante la omisión del artículo 182 al no establecer explícitamente una mención a que el desarrollo de las actividades económicas por parte del Estado debe realizarse en igualdad de condiciones, tanto desde el punto de vista competitivo como del cumplimiento de las reglas generales que le son aplicables a toda empresa.

Continuó haciendo mención al artículo 86 sobre el derecho al acceso universal a la conectividad digital y a las tecnologías de la información y comunicación, para preguntarse cómo se asegura este derecho. Señala que este artículo dice que es deber del estado promover y “participar” en asegurar este derecho, por lo que podría interpretarse que el Estado pueda tener la

pretensión de desarrollar de forma directa servicios de comunicaciones.

Posteriormente, el expositor hizo referencia al programa de gobierno de Apruebo Dignidad, el cual señala que se buscará crear una empresa estatal de redes de telecomunicaciones.

### **III. CONCLUSIONES**

Así, al tener todos estos antecedentes, concluyó que la intención es crear una empresa pública estatal que desarrolle las redes de conectividad. Señaló que, a nivel comparado, hay países en que ha funcionado muy bien que el Estado sea un actor importante en materia de provisión de servicios públicos.

Sin embargo, nos deberíamos preguntar ¿por qué y para qué tomar esta medida y no a través de las herramientas que hasta ahora hemos tenido?



## Marcelo Mardones Osorio

*Doctor y Magister en derecho por la UC; Master en Asesoría Jurídica de Empresas por el IE Law School, de Madrid; Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Económico en la Universidad de Los Andes, y de postgrado en dicha Universidad y en la UC en temas de regulación económica y energía. Miembro fundador de la Asociación Chilena de Derecho Económico.*

### I. ASPECTOS GENERALES

El abogado inició su exposición planteando que en el caso de la Energía no hay un precedente constitucional para comparar respecto de lo que se está proponiendo ahora, por lo que indica que lo que va a presentar es un análisis de los antecedentes de la discusión que hubo respecto del artículo que se refiere a energía, ya que a la fecha no constan actas donde se hayan referido a este tema.

En ese sentido, en primer lugar, hizo referencia a los antecedentes como el Reglamento General de la Convención Constitucional, en particular el Art. 66, letra f) que encargó a la Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico abordar, entre otras cuestiones, lo relativo al “Estatuto Constitucional de la Energía”, en el Boletín N° 516-4. Agregó que el tratamiento de este Estatuto implica consecuencias jurídicas.

Así, indicó que se analizaron dos propuestas Convencionales: 1) Iniciativa Convencional

## **Estatuto Constitucional de la Energía en la Propuesta de Constitución**

Constituyente que establece “Estatuto Constitucional de la Energía”, Boletín N°516-4; y 2) Iniciativa Convencional Constituyente que establece el “Estatuto Constitucional de la Energía”, Boletín N° 645-5

Estas eran propuestas que presentaban una intrusión por parte de Estado muy potente que la que, finalmente, quedó en el texto de la propuesta constitucional.

El abogado indicó que en los informes que hay al respecto consta una muy somera explicación del fundamento del texto propuesto: “(...) viene a garantizar el acceso a energía de manera segura y accesible, para poder tener una vida digna. Se busca que el Estado fomente la distribución de la energía, para que existan más actores y una mayor competencia en esta área”.

Indicó que estos son dos elementos muy importantes a considerar ya que pone en el tapete el enfoque que

la Convención le dio a este Estatuto, a su visión como un derecho fundamental y no tanto como una regulación de una actividad económica.

## II. OBSERVACIONES GENERALES DEL TEXTO

El profesor señaló que sobre regulación constitucional de la energía, no hay muchos ejemplos de países que tengan una regulación así. En la propuesta se han citado casos de países como Nicaragua, Bolivia y la República Democrática del Congo.

Otro tema de relevancia abordado por la Propuesta tiene que ver con el ámbito de aplicación de la energía. A qué tipo de energía se refiere? ¿Cuál es su interpretación? ¿Es restrictiva?

¿Cuál es el criterio de interpretación? En el principio, el Reglamento de la Convención indicaba que el criterio de interpretación era pro persona, en el cual se deberá preferir la interpretación más amplia, extensiva o protectora, abarcando todas las formas de energía existentes, no solamente la energía eléctrica, aunque entiende que la propuesta hace referencia en mayor medida a la energía eléctrica.

Otro aspecto a destacar a juicio del abogado es que en el texto propuesto se hace referencia la diversidad de elementos, pero no se visibiliza una “reserva de ley”. Está un poco confuso el texto al respecto.

Luego, el abogado hizo un análisis a los puntos observados:

Con respecto a la primera observación “*Toda Persona tiene derecho a un mínimo vital de energía asequible y segura*” indica que se hace referencia a la accesibilidad económica, no física. Indica además que lo relevante es reducir la pobreza energética y

lo debe garantizar el Estado y dejar al Legislador articular la regulación para llegar a ese objetivo.

Con respecto a la segunda observación: “*El Estado garantiza el acceso equitativo y no discriminatorio a la energía que permita a las personas satisfacer sus necesidades, velando por la continuidad de los servicios energéticos*” indica que es necesario destacar a quiénes alcanza. ¿Personas jurídicas también?. Añade que el acceso es garantizado a la energía más que a los servicios prestados por alguien. No se entiende mucho quién los va a prestar.

Con respecto a la tercera observación: “*Asimismo, regula y fomenta una matriz energética distribuida, descentralizada y diversificada, basada en energías renovables y de bajo impacto ambiental*” indica que se pone de manifiesto la elección por las energías renovables y el deber del Estado de fomentar que la matriz energética sea distribuida y renovable, aunque no se especifica cómo se implementará la transición y si involucra regiones geográficas en particular.

Con respecto a la cuarta observación: “*La infraestructura energética es de interés público*” indica que no se especifica qué se entiende por infraestructura energética.

## III. CONCLUSIONES

Finalmente, aludió a las disposiciones constitucionales que merecen prestarles atención: Art. 81.2 que prevé la existencia de un SERNAC con potestades sancionadoras. Ello podría implicar quitarle funciones otorgadas a la SEC.

Asimismo, hizo referencia al art.310 en cuanto a que la función jurisdiccional se ejerce exclusivamente por los tribunales creados por ley, lo que podría poner en causal de inconstitucional al Panel de Expertos.

Además, se refirió al art. 134.2 sobre los bienes comunes naturales que pueden afectar al régimen de concesiones en materia geotérmica.

Para terminar, agregó que lo previsto por la propuesta constitucional incluye prácticas ya

existentes en la regulación vigente y que el texto es más una propuesta de políticas públicas.

Asimismo, agrega, que las normas propuestas son poco precisas dejando muchos espacios que pueden abordarse por el legislador y el ejecutivo desde muy diferentes maneras.



**Luis Machuca Bravo**

*Abogado, Diplomado en Derecho de los Recursos Naturales (UC), Diplomado en Permisos, Autorizaciones y Concesiones Administrativas (U. de los Andes), y Magíster en Regulación(c) (U. Adolfo Ibáñez). Actualmente dicta la clase de Legislación Foresta, en la UC.*

## **I. ASPECTOS GENERALES**

El profesor inició su exposición señalando que los recursos naturales son bienes comunes a todos los hombres o de uso nacional o de propiedad privada. Los bienes comunes naturales los define la propuesta constitucional como elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con la finalidad de asegurar la naturaleza e interés sobre ellos; se dice que 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.

El abogado explicó que el bosque nativo es una propuesta de la Convención que busca que se declare como bien común natural. En el capítulo III, denominado “Naturaleza y Medio Ambiente”, se declara, entre otras cosas, que: (i) La naturaleza

## **Los bosques nativos. Declaración de bienes comunes naturales, una propuesta de la Convención Constitucional.**

tiene derechos, y pesa sobre el Estado y la Sociedad el deber de protegerlos y respetarlos y que (ii) El Estado protege la biodiversidad, debiendo preservar, conservar y restaurar el hábitat de especies nativas silvestres en la cantidad y distribución adecuada para sostener la viabilidad de sus poblaciones y asegurar las condiciones para su supervivencia y no extinción.

## **II. EL BOSQUE NATIVO EN LA PROPUESTA**

El profesor Machuca continuó su exposición señalando que actualmente la Ley de Bosque Nativo, y sus demás cuerpos legales vinculados, regulan de manera exhaustiva los instrumentos de fomento, creando un sistema de incentivos de cumplimiento para pequeños y medianos propietarios mediante el fondo concursable de dicha ley; regulan su intervención, sobre todo para especies de especial preocupación ecológica; y además establece multas muy gravosas (Impone Juez de Policía Local).

Adicionalmente contempla principios e instrumentos, define lo que es bosque nativo, las especies de bosques nativos, establece el plan de manejo como instrumento planificador, establece instrumentos de fomento, instrumentos de protección, asimismo prohibiciones.

A juicio del expositor, en la propuesta, lo relevante es que el Estado tendrá un deber especial de custodia, la facultad que tiene el Estado de regular en la materia y la posibilidad de que cualquier persona exija el cumplimiento de los deberes generales de custodia.

La propuesta constitucional no hace distinción entre bosques nativos públicos y privados, lo que implica que aquellos existentes en propiedades privadas quedarán sujetos a la regulación estatal de su uso y goce. De hecho, la sola existencia del bosque nativo impone una regulación muy gravosa, y limitante de las concepciones clásicas del derecho de propiedad.

A entender del expositor no queda claro, hasta qué punto esta facultad de regulación, y en particular de este cumplimiento del deber de custodia estatal, se armonizará con el ejercicio del derecho de propiedad sin causar daños al propietario de estos bosques nativos.

La crítica radica en que, si lo que se buscaba con esta nueva categorización de bienes, era (i) asegurar los derechos de la naturaleza, y (ii) el resguardo del interés de generaciones presentes y futuras; la propuesta debió centrarse en potenciar, o mejorar la regulación existente del aprovechamiento, uso, goce y disposición de estas heredades con especies nativas, ya que el tratamiento legal actual del bosque nativo, la necesidad de protección, recuperación y mejoramiento de los bosques nativos está dotada de la suficiencia regulatoria requerida para cumplir los objetivos impuestos en la referida ley, siendo la herramienta suficiente.

Por lo anterior, a juicio del abogado, esta propuesta de declaración pareciese ser innecesaria.

### III. CONCLUSIONES

Promover la protección y acceso público a los bosques nativos, a simple vista pareciese ser el camino correcto, pero es perfectamente posible lograr dichos fines, con otras herramientas, tales como potenciar el sistema nacional de áreas silvestres protegidas mediante la creación de nuevas áreas en propiedad fiscal y administrarlas de manera eficiente; vincular a la comunidad mediante alianzas público-privadas (DRC), entre otras medidas más armónicas con las potestades del dominio, y por cierto menos gravosas y confusas.

## IV. TERCER PANEL: DERECHOS DE AGUAS: RÉGIMEN GENERAL Y DE INDÍGENAS



**Francisca Vergara Díaz**

*Profesora Derecho Indígena, Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Melbourne, Australia y Candidata a Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.*

### I. ASPECTOS GENERALES

La profesora planteó que los gobiernos y los legisladores, y en este caso la convención constituyente, tienen un rol crítico a la hora de responder a los intereses de los pueblos indígenas con respecto al recurso agua, debiendo preocuparse por abordar los diversos intereses que las comunidades indígenas puedan tener o aspirar respecto a estos recursos, ya sean culturales, materiales, religiosos o incluso comerciales.

A juicio de la expositora, la pregunta crítica es cómo incluir estos derechos y estas aspiraciones en el sistema legal, en particular cuando se trata de derechos ancestrales o consuetudinarios, como los conocemos.

La expositora es categórica: ni la pregunta ni la respuesta es tribal, puesto que cuando se opta por un

### ***Pueblos indígenas y derechos de aguas en la propuesta de nueva constitución***

sistema o alguna forma de reconocimiento surgen nuevas interrogantes y cuestiones para abordar, ya sea en cuanto a la extensión del reconocimiento, el contenido de los derechos que se les reconozcan, también en relación a la posición legal que van a detentar los grupos indígenas frente a los derechos de personas o grupos no indígenas.

Para efectos de responder dicha pregunta y ver cómo lo hizo el proyecto de nueva constitución, y así identificar cuál sería el nuevo estatuto de aguas indígenas, de aprobarse este proyecto, propone abordar la temática desde tres perspectivas: comunidades indígenas en cuanto a titulares de derechos de aguas o más bien autorizaciones de derechos de aguas; si la constitución incluye alguna protección especial respecto de las aguas vinculadas a comunidades indígenas o grupos indígenas; y comunidades indígenas o grupos indígenas en

cuanto usuarias de aguas, es decir en cuanto a participantes de la gestión del recurso.

Previo a analizar lo anterior, mencionó algunos datos de contexto y revisa la normativa actual.

## II. LAS AGUAS INDÍGENAS

Entrando de lleno al estatuto de aguas indígena de la nueva constitución, se preguntó ¿qué dice la propuesta de nueva Constitución en materia de aguas indígenas?

Dice que constitución, la cual algunos han catalogado de indigenistas o que claramente tiene un sello indígena, 56 normas permanentes y 9 transitorias que dicen relación con temas indígenas, dentro de ellas considerando aquellas que mencionan los principios de interculturalidad, plurinacionalidad, y en algunos casos aquellas que hablan de los derechos de la naturaleza.

Dos de estas dicen relación específicamente con aguas y pueblos indígena, que se mencionarán más adelante.

La expositora señaló que no se puede dejar de considerar como parte del contexto normativo en el cual se implementarían estas normas que dicen relación expresa con las aguas indígenas, el establecimiento de autonomías territoriales indígenas; un derecho a los pueblos indígenas a las tierras, territorios y los recursos, entre los cuales nos encontraríamos con el recurso natural agua; y además se reconoce, al establecer este derecho, el especial vínculo que mantienen los pueblos indígenas con estos recursos. Se reconoce así también su derecho a su propia cultura, a su patrimonio cultural y natural, encontrando en el patrimonio natural el recurso natural agua, el reconocimiento del sistema jurídico de los pueblos indígenas y de los ejercicios de la jurisdicción por las autoridades de los pueblos indígenas.

Finalmente, el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos indígenas con la naturaleza y el principio del buen vivir.

Estos no son principios que estén establecidos directamente para los pueblos indígenas. Se ven como principios naturales y fundamentales para la nación toda, pero el principio del buen vivir proviene de la cosmovisión indígena y cabe mencionar que en el marco de la comisión constituyente y en sí mismo en el documento base del proceso de consulta indígena se señalaba expresamente que el principio del buen vivir venía a reconocer esta relación de los pueblos indígenas con el hábitat, tierras, territorios y la naturaleza, y que se debía reconocer el rol de guardianes que tienen los pueblos indígenas respecto de los recursos naturales, haciendo una mención expresa al recurso natural agua, todo lo cual nos lleva luego a relacionarlo con los derechos de la naturaleza que se reconocen también en la propuesta de texto constitucional.

Esto está dentro de los principios que se mencionaban: interculturalidad, plurinacionalidad, interdependencia con la naturaleza, principio de buen vivir. Todos principios que serán relevantes a la hora de interpretar la normativa.

## III. COMUNIDADES INDÍGENAS EN CUANTO A TITULARES DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

El texto propuesto, en el artículo 58, reconoce el derecho de los pueblos y naciones indígenas al uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas, estableciendo, además, que es deber del estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento.

La expositora enfatizó que se trata de un reconocimiento de sus usos, no de sus derechos sobre el recurso, por lo tanto, las comunidades indígenas pasan a ser de titulares de derechos de aprovechamiento a meros usuarios de las mismas; pasan a ser titulares de autorizaciones administrativas, con las implicancias que ello tiene en materia de certeza jurídica, y en cuanto a la robustez del reconocimiento jurídico de estos usos ancestral.

Por otro lado, puesto que no se define ni explica el alcance de los territorios indígenas ni tampoco los elementos definitorios para la futura constitución de las autonomías territoriales indígena el reconocimiento de este derecho sobre los usos tradicionales tiene un alcance bastante indeterminado. La abogada releva otro aspecto, que la norma es bastante clara en cuanto a que los usos que se reconocen deben caer en la categoría de tradicionales, sin mayores definiciones de qué usos cabrían dentro de esa categoría.

#### **IV. AGUAS (VINCULADAS A COMUNIDADES INDÍGENAS) QUE GOZAN DE PROTECCIÓN ESPECIAL**

El proyecto de nueva constitución no establece normas específicas respecto de las aguas indígenas o vinculadas a aguas indígenas como protección especial, como sí lo hace hoy la legislación.

Sin embargo, aunque no lo hace de un modo expreso, cabe revisar el artículo 146, que establece una prohibición para la actividad minera en los glaciares, las áreas protegidas y las que, por razones

de protección hidrográfica, establezca la ley y las demás que ella declare.

La expositora advirtió el riesgo, que las áreas que están protegidas para la exploración y explotación de aguas, que son aquellas definidas por el artículo 58 y 63 del Código de Aguas, que corresponden a las vegas y bofedales, de los sectores del norte, que son áreas de especial relevancia para las tradiciones y cultura indígena, puedan ser consideradas áreas donde la actividad minera podría estar prohibida, justamente en aras a la protección de estos sectores hidrogeográficos que dicen relación con la existencia cultural y colectiva de los pueblos indígenas.

Finalmente, las comunidades indígenas, en cuanto usuarias de aguas, lo que se puede ver es que aunque el proyecto habla de un modo bastante enfático y reiterativo de la participación de los pueblos indígenas en la gestión de los recursos naturales, cuando se revisa la nueva constitución, se puede ver un desconocimiento de las formas colectivas o las formas de organización y la forma en que se han administrado los recursos por parte de las comunidades indígenas.

Cabe mencionar que ha sido un modo compartido con las personas y los usuarios no indígenas, en particular en el norte de Chile, donde las organizaciones de usuarios, en particular las comunidades indígenas o asociaciones de canalistas, han sido las que, de un modo sincrético, han logrado administrar el recurso, incluyendo, sin que lo hubiesen dicho las normas de un modo explícito, las tradiciones indígenas y la normativa que existe en la materia.



### **Camila Boettiger Philipps**

*Doctora en Derecho, Magíster en Ciencia Jurídica y abogada UC. Profesora Investigadora de la U. del Desarrollo, en Derecho Ambiental, Recursos Naturales y Derecho de Aguas. Investigadora del Centro Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho, y asociada al Centro de Investigación en Sustentabilidad y Gestión de Recursos de la Facultad de Ingeniería de la misma Universidad.*

#### **I. ASPECTOS GENERALES**

La exposición de la profesora abordó las normas transitorias de la propuesta constitucional que se refieren al estatuto de las aguas, para analizar los efectos que ésta tendría en el actual sistema en Chile, en el corto y mediano plazo.

La idea principal planteada por la expositora es imaginar el día después si se aprobara el texto constitucional.

¿Cómo cambia nuestro derecho de aguas en sus temas fundamentales?. La abogada indica que en cualquier parte del mundo se encontrarán al menos estos pilares:

I. Naturaleza jurídica: Vínculo jurídico público, estatal o nacional sobre las aguas

II. Derechos (en el sentido amplio de la palabra) sobre las aguas: Tipologías de derechos y facultades de para utilizar o aprovechar las aguas; título concesional para aprovecharlas en forma exclusiva y privativa.

## ***El Derecho de aguas en las normas transitorias de la Propuesta***

III. Institucionalidad pública: Intervención administrativa con diferentes tipos y grados de actuación, procesos y organismos.

IV. Gobernanza y Gestión: Cómo se hace la distribución de las aguas y administración de obras comunes, solución de conflictos que naturalmente se producen porque son muchos usuarios dentro de un sistema.

#### **II. ¿CÓMO QUEDAN LAS AGUAS CON EL CAMBIO?**

La expositora divide el escenario en etapas:

**A. Entrada en vigencia de nueva constitución:** En cuanto a la naturaleza jurídica de las aguas: cambia a bienes comunes naturales e inapropiables. En cuanto a los usos, cambia la prevalencia del derecho humano al agua y saneamiento y el equilibrio de ecosistemas dentro de lo que debe realizar la autoridad administrativa. Sin embargo, cuando la propuesta habla de “*Otros usos*” en la ley, queda la interrogante ¿Cuál ley? Se podría plantear el Código de Aguas, mientras se dicta la normativa especial.

En cuanto a los derechos sobre las aguas, a juicio de la expositora, es acá donde se produce la refundación o mayor cambio, pues hay una conversión inmediata de DAA (de todo tipo) a autorizaciones de uso (Disposición Transitoria “DT” 35), para “*todos los efectos legales*” y “*según lo establecido en esta Constitución*”, por lo tanto dejarían de ser DAA reales, autónomos, indefinidos, temporales para adoptar las características establecidas en la Constitución. Dentro de sus características destacan: Revocables, temporales, sujetas a caducidad y con obligaciones de uso y conservación.

La abogada explicó que las autorizaciones de uso son intransferibles, por lo que titulares de DAA perderían sus facultades negociales sobre ellos (porque habría objeto ilícito en los contratos de uso intransferibles) y su valor patrimonial. La pregunta, a juicio de la expositora, sería entonces ¿Nacionalización o expropiación? No está valorizado cuánto costaría hacer este cambio. ¿Quién se hace cargo de la pérdida?

- Institucionalidad pública: DGA asume funciones y competencias de la Agencia Nacional de Aguas y debe ser en coordinación con organismos públicos y Gobiernos Regionales...
- Gobernanza y gestión: ¿Rige el Libro II del CA en cuanto a OUA? ¿Quién tendrá la propiedad y manejo de las obras hidráulicas de titulares de AU?. Todas las servidumbres asociadas a aguas e infraestructura ¿serán accesorias a AU? Esta es la mayor indefinición de la propuesta.

**B. Periodo de transición de hasta 3 años** (de acuerdo a DT 35 y 34). Dice que las reglas del Código de Aguas se seguirán aplicando “*en materia de constitución y extinción de autorizaciones de conformidad a esta Constitución*” ¿y el resto del CA?. Lo que sí queda claro, a juicio de la expositora,

es que se otorgarán autorizaciones de uso de aguas, serán concedidas en base a la disponibilidad efectiva y con obligación de uso

La expositora explicó que para cambiar el titular de autorizaciones de aguas solo se podrá previa aprobación de la DGA y sólo para consumo humano y saneamiento (calificado por la autoridad), por lo que la transferibilidad claramente no está permitida, lo que refuerza la intransferibilidad y la despatrimonialización de las aguas.

Dice también que se mantendrán los gravámenes vigentes, pero “*gravámenes*” es muy amplio (piénsese en las hipotecas, servidumbres, etc). En ese sentido se preguntó: ¿pueden haber hipotecas sobre autorizaciones intransferibles? ¿cómo se ejecutan esas hipotecas en el tiempo intermedio? ¿cómo se cobrará la patente si no se paga? Quizás podría operar la caducidad.

Añadió la expositora que la transmisión por causa de muerte es excepcionalmente autorizada por ese plazo de transición.

En relación a la autoridad administrativa (DGA), la abogada explicó que debe iniciar un proceso de redistribución de los caudales otorgados en cada cuenca, para cumplir con la priorización de usos, salvo usos indígenas, sanitario rural y pequeños agricultores (DT 36). Inicio primer proceso regional dentro de 6 meses.

**C. Adecuación normativa de la legislación de aguas.** En este punto, la abogada destacó varios asuntos relevantes:

Sobre la institucionalidad pública destacó como desafíos la ley que cree la ANA: organización, designación, estructura, funcionamiento, funciones y competencias; y la adecuación de las potestades de los Gobiernos Regionales, en relación al artículo 220 g) uso racional del agua e i) Planificación,

ordenamiento territorial y manejo integrado de cuencas. Lo mismo respecto a la Asamblea Regional que, de acuerdo al artículo 226 k) debe aprobar, rechazar o proponer modificaciones al plan de manejo integrado de cuencas.

En relación a la gestión y gobernanza, la abogada destacó las nuevas leyes que deben regular la creación, composición y funcionamiento de los Consejos de Cuenca y adecuar los estatutos y participación de las organizaciones de usuarios de agua en dicha instancia.

### III. CONCLUSIONES

Con la entrada en vigencia de la propuesta constitucional el Derecho de Aguas chileno se reduce enormemente, y se refunda bajo paradigmas distintos en todas las materias que regula.

- No está claro que reglas del CA vigente se podrían seguir aplicando.
- Los titulares de DAA sufrirán una pérdida patrimonial por el cambio en las características y naturaleza de sus derechos.
- El Director de la DGA tendrá enormes atribuciones de “adecuar” la normativa vía instrucciones, y debe obedecer los criterios de la Constitución.
- Se mantiene la caducidad por no inscripción en CBR del artículo 1° tr de la Ley N° 21.435, pero después se acaba el registro conservatorio.
- Indeterminación de atribuciones de gestión y distribución de las aguas.



**Christian Rojas Calderón**

*Profesor Investigador, Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, Magíster y Doctor en Derecho, P. Universidad Católica de Chile.*

## **I. ASPECTOS GENERALES**

Para iniciar, el profesor realiza una introducción sobre el contexto de las aguas, refiriéndose a la escasez estructural y cambio climático; a los fuertes conflictos socio ambientales; y a la situación de fuerte cuestionamiento social.

Para continuar, examina la regulación constitucional actual relativa a las aguas, efectuando algunos comentarios críticos. Al respecto, señala que la regulación constitucional actual se concreta en el artículo 19 número 23 y número 24. En el 19 número 23 aparece el clasificador de bienes, que distingue entre los bienes apropiables, los bienes comunes a todos los hombres y los bienes que pertenecen a la nación toda, dentro de los cuales están las aguas. El artículo 19 número 24 inciso final indica que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos, otorgan a sus titulares la propiedad sobre esos.

## **II. COMENTARIOS CRÍTICOS**

En seguida, el expositor señala dos comentarios críticos. *Primero*, el artículo 19

## **Análisis crítico del estatuto de las aguas en la Propuesta**

número 23 reconoce a los bienes apropiables como apropiables y, en efecto, los bienes públicos, entre ellos las aguas, se excepcionan de dicho régimen, siendo inapropiables. El 24 inciso final indica que sí puede tener propiedad sobre la concesión de un bien público, habiendo una contradicción. *Segundo*, no se reconoce la categoría de los bienes comunitarios, tales como los bienes de las comunidades agrícolas (DFL número 5 del año 69), vigentes en esa época, y los bienes comunitarios de comunidades indígenas, que tienen un reconocimiento posterior.

Finalmente, examinando la propuesta de nueva Constitución, señala que, en términos gruesos, el proyecto indica que: el agua tiene una importancia muy grande para la vida en comunidad; que el Estado debe cumplir una función de protección, debe promover la gestión comunitaria respecto del agua potable y el saneamiento, debe velar por el uso razonable de las aguas, otorgará autorizaciones de uso y quien lo otorgue será la agencia nacional del agua; estos bienes serán de carácter intransferible, concedidos basados en la disponibilidad efectiva

de las aguas y obligarán al uso que justifica su otorgamiento.

Por otro lado, se obliga al Estado a generar un sistema de gobernanza de las aguas, la gestión integrada de las aguas, con algunas ciertas características: participativo, centralizado y concentrado en la cuenca; esas cuencas hidrográficas serán administradas por unas entidades que son las de los consejos de cuencas; entrega al legislador un amplio margen de regulatorio; y finalmente, en el artículo 144, caracteriza a la Agencia Nacional del Agua (ANA), le da una serie de atribuciones, de las demás que establezca a ley y le entrega al legislador el deber de regular esta agencia.

En seguida, el expositor realiza dos observaciones críticas: *Primero*, la cuestión sobre la eventual distinción y diferencia entre derecho de aprovechamiento de aguas (DAA) y la autorización de uso de agua (AUA). Indica que esto ha generado muchas de las discusiones. Plantea que él tiende a creer que esa distinción es más aparente que real, porque estamos hablando siempre, más allá de las denominaciones, de títulos administrativos sobre bienes públicos. Dice que hay una propuesta clásica que recoge toda la tradición, que es la que hace Alejandro Vergara en 1998, que es la diferencia entre el género autorización y la especie concesión y revisa la discusión sobre el tema. Adicionalmente, el autor cree que las críticas a la propuesta fueron recogidas de manera interesante por la ley de reforma al Código de Aguas.

*Segundo*, revisa una nueva institucionalidad: la ANA. Esta nueva

institucionalidad ha sido reclamada hace mucho tiempo; hay un consenso general de la necesidad de una autoridad administrativa autónoma independiente. Entonces, la pregunta es: ¿es adecuada la propuesta sobre la ANA? En primer término habría que decir que *sí*, porque responde adecuadamente al consenso que expertos han reclamado; pero también habría que decir *no*, probablemente por exceso de atribuciones o todavía por una situación de indefiniciones; queda espacio sin embargo para el legislador en la conformación de la ANA, en la regulación legal de los consejos de cuenca y en el modo en que se van a integrar y realizar las coordinaciones, en el entendido que además se le entrega una competencia sobre cantidad y calidad de agua para la población. Es decir, tiene que subsumir dentro de sus ámbitos de competencia o por lo menos realizar una coordinación en el ámbito de abastecimiento de agua potable y saneamiento a la población, tanto rural como urbana, lo cual lo hace complejo.

### III. CONCLUSIÓN

De esta manera, el autor realizó una introducción, revisando el contexto actual; luego realizó un examen de la Constitución actual, ofreciendo una mirada crítica en torno a la contradictoriedad de la norma, sobre la apropiabilidad y a que no se reconoce la categoría de los bienes comunitarios; finalmente revisó la propuesta de nueva Constitución, deteniéndose en sobre la eventual distinción y diferencia entre DAA y la AUA y la nueva institucionalidad de la Agencia nacional del agua.

BOLETÍN  
Mirada Administrativa Nº 21  
Agosto 2022

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340,  
Santiago, Chile.

EDICIÓN GENERAL  
Programa de Derecho  
Administrativo Económico UC  
(PDAE)