

/ N° 16

/ Julio • 2022

Las aguas en la propuesta de Constitución: detallada refundación, *capitis deminutio* de actuales derechos de aguas y discriminación respecto de derechos de indígenas

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
GONZALO MUÑOZ ESCUDERO
NATALIA DASENCICH CELEDÓN



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



ALEJANDRO VERGARA BLANCO (*)

GONZALO MUÑOZ ESCUDERO (**)

NATALIA DASENCICH CELEDÓN (***)

Resumen:

Tres profesores de Derecho de aguas hemos unido nuestros esfuerzos por mostrar el contenido de la profunda reforma que se intenta en materia de aguas por la propuesta de Constitución.

Las aguas reciben en la propuesta de Constitución mucha atención, pero no se observa atisbo alguno de asegurar protección jurídica a los actuales titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, como si ellos no hubiesen sido adquiridos legítimamente. Este documento se focaliza en la situación en que quedan los actuales derechos en la propuesta.

Las aguas en la propuesta de Constitución: detallada refundación, *capitis deminutio* de actuales derechos de aguas y discriminación respecto de derechos de indígenas¹

Se revisa cómo tales derechos son declarados meras autorizaciones temporales de uso y goce, de carácter intransferible. Lo anterior es relevante para los titulares de derechos de aguas actualmente protegidos por la garantía constitucional de la propiedad. Además de esta precarización de esos derechos la propuesta contiene otras regulaciones atinentes permanentes y transitorias que revisamos.

¹ Este documento de trabajo ha sido coordinado desde del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y será publicado en julio de 2022 en la serie *Actualidad Administrativa*. www.pedae.cl Sus autores son profesores del Diplomado en Derecho de Recursos Naturales de dicho Programa. Los autores agradecen los aportes realizados por Tomás Verluys Vergara, ayudante de investigación de ese Programa.

(*) Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

(**) Magister en Derecho de Aguas. Profesor de Derecho de Aguas de la Universidad Diego Portales.

(***) Magister Governance of Risk and Resources. Profesora de Derecho de Aguas de la Universidad del Desarrollo.

INDICE DETALLADO

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE: LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS AGUAS.SÍNTESIS

I. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS

II. REGULACIÓN LEGAL: CÓDIGO DE AGUAS REFORMADO EN 2022 Y LEY INDÍGENA

A) EN EL CÓDIGO DE AGUAS

1. *Naturaleza de bien nacional de uso público de las aguas.*
2. *Administración bipartita de las aguas.*
3. *Reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento*
4. *Reconocimiento de diversas funciones del agua y priorización de usos.*
5. *Sustentabilidad en el uso del recurso y protección de función ambiental*
6. *Caracteriza el derecho de aprovechamiento de aguas como un derecho real nacido de una concesión.*
7. *Reconocimiento de usos consuetudinarios de aguas.*
8. *Existencia de diferentes tipos de derechos de aprovechamiento de aguas*
9. *Reviste al titular de un derecho real de aprovechamiento de aguas. Ejercicio y limitaciones*
10. *Fija normas procedimentales, acciones y tribunales para conocer asuntos en materia de aguas.*
11. *Establece deberes del Estado en materia de aguas cuando los titulares sean indígenas o comunidades indígenas.*

B) EN LA LEY INDÍGENA (LEY N° 19.253)

1. *Protección sobre las aguas*
2. *Aguas que son consideradas bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena*
3. *Requisito previo para otorgar nuevos derechos de aguas*
4. *Limitación para enajenar derechos de aguas adquiridos con recursos del Fondo para Tierras y Aguas Indígenas.*

SEGUNDA PARTE: LAS AGUAS EN LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN

I. LA REFUNDACIÓN: LOS PILARES DE LA PROPUESTA EN MATERIA DE AGUAS

1. *Derecho al agua y al saneamiento.*
2. *El agua como bien común natural inapropiable*
3. *La creación de una poderosa agencia autónoma: la Agencia Nacional del Agua*
4. *Uso racional del agua, manejo integrado de cuencas y nuevos Consejos de Cuenca.*

II. LA DEGRADACIÓN O CAPITIS DEMINUTIO: TRANSMUTACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

1. *Transmutación de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas: ahora serán autorizaciones administrativas. Características de estas autorizaciones*
2. *Incomerciabilidad de las autorizaciones de uso de aguas*
3. *El olvido de los derechos de aguas consuetudinarios*
4. *Síntesis sobre la situación en que quedarán los antiguos derechos de aguas. Efectos de la transmutación.*

III. LA DISCRIMINACION EN CONTRA DE LOS ACTUALES DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE CHILENOS CUYOS TITULARES NO SON INDÍGENAS

1. *Diversos reconocimientos de derechos de aguas a favor de indígenas.*
2. *Desequilibrio y discriminación regulatoria entre la degradación de los derechos de aguas de chilenos no indígenas y amplio y detallado reconocimiento de uso tradicional de aguas indígenas.*

IV. LAS AGUAS EN LAS NORMAS TRANSITORIAS: CORRECCIÓN DEL TEXTO PERMANENTE Y NUEVA DISCRIMINACIÓN

1. *Las tres normas transitorias en materia de aguas.*
2. *Vigencia inmediata de la normativa de aguas. Se rompe regla general de la propuesta.*
3. *Los derechos de aguas consuetudinarios quedan en un limbo jurídico y administrativo.*
4. *Discriminación adicional: el sin precedentes y desmesurado registro automático de los derechos indígenas*
5. *La propuesta de norma transitoria contiene citas erróneas de disposiciones vigentes*
6. *Diversos actos jurídicos que ya no podrán realizar los titulares de derechos de aguas a partir del 5 de septiembre en caso de aprobarse la Constitución, dado su carácter "incomerciable"*
7. *Síntesis de las normas transitorias en materia de aguas.*

CONCLUSIONES

ANEXOS DE NORMAS

I. ARTÍCULOS RELATIVOS A AGUAS Y A LA NATURALEZA DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

II. ARTÍCULOS RELATIVOS A RECURSOS INDÍGENAS DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

INTRODUCCIÓN

a. El agua es un elemento inseparable de la existencia y subsistencia de las personas, permitiendo prácticamente todas las actividades productivas al interior de la sociedad y, su aprovechamiento, ha jugado un papel capital a través de la historia de las civilizaciones. Son las cuencas de los ríos las que se han convertido en el eje del desarrollo urbano; a partir de su caudal se alimentan los sistemas de riego, o la fuerza de las aguas que arrastran se convierte en fuente de energía.

Sumado a esta necesidad vital del agua para las personas, se encuentra el hecho de que la disponibilidad, abundancia y escasez de este recurso están condicionadas a las características geográficas particulares de cada país; y estas pueden constituir la causa principal de la necesidad de que exista un Derecho de Aguas, pues en países de ubicación geográfica distinta o de una situación climática diversa, puede ser que no sea necesario regular las formas de uso o aprovechamiento de las aguas.

b. Pese a lo anterior, en el texto constitucional de 1980 se optó por mencionar de manera escueta y acotada a las aguas, pero no por ello menos importante, estableciendo una poderosa protección jurídica al reconocer la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos en conformidad a la ley. Esa presencia formal en el texto de la Constitución desde 1980, está acompañada de la praxis de la jurisprudencia constitucional.

La Constitución y legislación vigente sobre aguas contienen una completa regulación sobre la materia, basada en la naturaleza pública de las aguas y la entrega a los particulares de derechos de aprovechamientos de aguas para la utilización del recurso. Igualmente, la administración de las aguas se le encarga tanto a la Administración del Estado como a organizaciones de usuarios, las que

están integradas por particulares que son titulares de derechos de aprovechamiento.

c. La reciente propuesta de Nueva Constitución aprobada hace poco por la Convención Constitucional, desarrolla en extenso la regulación de este *bien común natural* (ya no recurso), eliminando el concepto de derecho de aprovechamiento y su consecuente protección, creando un nuevo modelo con la irrupción de nuevos derechos y principios tales como los derechos de la naturaleza, la que pasaría a ser un sujeto de derecho y, como tal, titular de garantías fundamentales consagradas en el proyecto constitucional. Esta irrupción da cuenta de una Constitución eco céntrica cuyo eje estructurante es la preservación de la naturaleza, principio que se incardina en la mayor parte de la propuesta constitucional. En este nuevo marco todos los recursos naturales cambian de naturaleza jurídica y, muy particularmente en el caso de las aguas, sus condiciones de uso por parte de los particulares para actividades productivas, las que deberán supeditarse a los derechos de este nuevo sujeto de derecho.

Por otra parte, la propuesta reconoce el derecho humano al agua y al saneamiento, sin perjuicio de ya está reconocido en la legislación vigente por la modificación del Código de Aguas de 2022.

La propuesta contiene una detallada refundación de la materia de las aguas que significa alterar en su esencia las bases anteriores, a lo que agrega una verdadera *capitis deminutio*, esto es, degradación de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas y una ostensible discriminación respecto de los derechos de aguas que se reconocen a los indígenas.

En este escrito revisamos en primer lugar la regulación vigente de las aguas y luego la propuesta de nueva Constitución.

PRIMERA PARTE:

LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS AGUAS. SÍNTESIS

En lo que sigue revisamos tanto la regulación que dedica a las aguas la Constitución (I) como la regulación contenida en el Código de Aguas (II).

Existe una regulación general de derecho administrativo que necesariamente incide en las regulaciones especiales, como las aguas; señaladamente los aspectos relativos a la actuación de los órganos administrativos, que derivan de las bases de la democracia y su regulación. Entonces, al analizar la regulación actual de las aguas es necesario considerar la regulación general del derecho administrativo, la que necesariamente incide en estas regulaciones de carácter especial. Lo anterior es consecuencia de que el derecho administrativo general es la disciplina matriz del derecho de aguas; de ahí que toda la regulación de las aguas está plagada de técnicas administrativas: desde la primigenia declaración de las aguas como bienes públicos, pasando por la utilización de la técnica de la concesión de aguas, hasta el reparto competencial en órganos administrativos o de base privada para la ordenación o distribución de las aguas. En esos tres ejemplos comparecen tres instituciones y técnicas de derecho administrativo que se especifican en materia de aguas: las aguas como bienes públicos; la concesión de aguas y los órganos administrativos con competencia en materia de aguas. Estas tres técnicas e instituciones pueden estar reguladas no solo en las leyes sino también en las constituciones. Pero esa materia más general de derecho administrativo no se revisa en este trabajo.

I. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS

La Constitución vigente regula las aguas en dos numerales del art. 19. En primer lugar, destacan dos *referencias implícitas* al vínculo

“público” o “nacional” de las aguas en el art. 19 N° 23 y N° 24. En efecto:

a) por una parte, la Constitución vigente contempla en su art. 19 N° 23 una regla que consagra la *summa divisio* o división mayor de los bienes en nuestro derecho, clasificándolos en bienes privados o bienes públicos. Se refiere a los bienes públicos aun cuando no utiliza directamente el *nomen iuris* de los bienes nacionales de uso público que utiliza la definición contenida en el art. 589 inc. 1° del Código Civil en 1857; esto es:

“(…) *bienes que deban pertenecer a la Nación toda*”.

Esta vieja expresión es sinónima de la anterior, y ambas se refieren al vínculo público o nacional con bienes de alto significado o relevancia social, y en el caso de las aguas, este artículo está desarrollado por el Código Civil y el de Aguas, los cuales, respectivamente, en sus arts. 595 y 5° señalan que “las aguas son bienes nacionales de uso público”; incluso, el primero de ellos explicita que “todas” las aguas tienen esa calidad. Por lo tanto, es implícito que la Constitución vigente en su art. 19 N° 23 al referirse a los “*bienes que deban pertenecer a la Nación toda*” se está refiriendo a las aguas, las cuales desde 1857 y hasta ahora han tenido y tienen esa calidad. La única novedad es que, en virtud de la disposición transitoria cuarta de la Constitución de 1980, esos arts. del Código Civil y del Código de Aguas, se entiende que tienen el carácter de ley de quórum calificado.

b) por otra parte, es también una referencia implícita al vínculo público de las aguas el art. 19 N° 24 inc. final de la Constitución vigente en cuanto clasifica a algunos derechos de aguas como “constituidos”, en oposición de los derechos reconocidos. La autoridad puede constituir derechos de aguas bajo el supuesto evidente de que ello es posible en la medida que las aguas sean públicas y no privadas.

Entonces, cabe entender que la constitución de los derechos de aguas siempre se ha producido en nuestra tradición jurídica a través de decisiones concesionales de los órganos administrativos que han tenido potestades para ello, de acuerdo con los textos normativos históricos hasta hoy. En la actualidad, todos sabemos, los derechos de aguas se constituyen por decisión de la Dirección General de Aguas o, excepcionalmente, del Presidente de la República. Y es implícito que las aguas son bienes públicos, pues de otro modo sería incoherente que un órgano administrativo pudiese constituir derechos sobre las aguas si eso no fuese así. Esa disposición constitucional descansa, entonces, sobre un sistema tradicional de constitución o creación de derechos de aguas a través de concesiones administrativas.

En segundo lugar, y ahora *refiriéndose expresamente* a las aguas, el art. 19 N°24 inc. final Constitución señala que:

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

No es que la Constitución diga que las aguas son de propiedad de alguien, sino que siguiendo el mismo modelo de los derechos reales de concesión minera (regulados en incisos anteriores del N° 24 del art. 19 de la Constitución) se establece y garantiza la “propiedad” sobre los “derechos” de aprovechamiento de aguas, como cosas incorporales, siguiendo la tradición del art. 576 del Código Civil. Se precisa que los derechos de aprovechamiento de aguas pueden ser “*reconocidos o constituidos en conformidad a la ley*”, lo cual implica ratificar, ahora en sede constitucional, que, desde el punto de vista de su origen, tales derechos pueden ser “constituidos” (es decir, provenientes de un procedimiento administrativo concesional), o, “reconocidos” a partir de prácticas consuetudinarias u otras

situaciones especiales (consagradas por el art. 7° DL N° 2.603, de 1979, y otras leyes posteriores).

1. *Protege la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento creando una acción constitucional de tutela.* La Constitución de 1980 eligió una vía indirecta de proteger los derechos de aguas, otorgando propiedad sobre los derechos de aguas, fenómeno que se ha denominado “propietarización” de los derechos. En ese sentido, consagra una acción cautelar que permite al que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en algunos numerales del art. 19, ocurra por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esta acción constitucional de tutela (nos referimos al recurso de protección creado en el art. 20 de dicha Constitución), está dirigida a darle seguridad jurídica a los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas.

De esta manera, el ciudadano goza de una eficaz acción constitucional frente a cualquier privación, perturbación o amenaza del que sea objeto su derecho de aprovechamiento.

2. *Garantías conexas con las aguas: el derecho a la vida y el cuidado del medio ambiente.* Ello ha dado lugar a que la jurisprudencia considere el derecho al agua como un derecho humano y a integrarla entre los recursos naturales que cabe preservar.

a) Consagración jurisprudencial del derecho humano al agua (a partir del art. 19 N° 1 Constitución). El agua hace posible la vida y la Constitución protege la vida como un derecho. La Carta Fundamental no se refiere explícitamente al derecho humano al agua como una garantía autónoma, pero lo hace indirectamente a través de la consagración del citado derecho a la vida. Así

lo ha entendido la jurisprudencia, la que ha recurrido a esta garantía constitucional para reconocer y proteger el derecho de las personas al agua para consumo y subsistencia.

b) El agua y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 Constitución). Se trata de una regla que complementa el esquema de bienes públicos y recursos naturales en la Constitución. Lo que agrega este numeral es que el uso y aprovechamiento de los recursos naturales debe hacerse bajo lineamientos de protección, conservación y resguardo de estos, de modo de asegurar la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

II. REGULACIÓN LEGAL: CÓDIGO DE AGUAS REFORMADO EN 2022 Y LEY INDÍGENA

A) EN EL CÓDIGO DE AGUAS

Cabe recordar, desde el inicio, que después de varios años de tramitación y fruto de un acuerdo transversal, recientemente se ha aprobado una importante reforma al Código de Aguas, por la Ley N° 21.435, publicada el 6 de abril, texto que aborda diversas materias que ahora son contradichas por la propuesta de nueva Constitución, produciéndose así una situación paradójica: el Congreso Nacional ya había aprobado una reforma a la regulación de las aguas, ampliamente compartida, todo lo cual, como veremos, podría ser necesario alterar profundamente de nuevo. Cabe señalar que esta reforma introdujo importantes cambios, uno de ellos vinculado a lo que venimos revisando, pues eliminó la expresión *propiedad* sobre los derechos de aprovechamiento en todos los sitios en que el Código de Aguas lo mencionaba.

Teniendo ello presente, el Código de Aguas regula, entre otras materias, lo siguiente:

1. *Naturaleza de bien nacional de uso público de las aguas.* Al respecto, el art. 5° del

Código de Aguas reconoce explícitamente la condición de las aguas como bienes públicos, en todos sus estados. La categoría “bienes nacionales de uso público” proviene de la terminología utilizada por el art. 589 del Código Civil, y de ahí fue tomada. Recalca, la misma norma, que su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

Útil resulta destacar además que el legislador consagró lo que el constituyente no hizo, pues no existe, como en materia de minas, por ejemplo (art. 19 N° 24 inc. 6° Constitución), una declaración constitucional expresa sobre la calidad de bienes nacionales de uso público de las aguas disponibles en fuentes naturales.

2. *Administración bipartita de las aguas.* Dada la condición anterior de bienes nacionales de uso público, el Código de Aguas establece una doble administración de las aguas: por una parte, a cargo de diferentes órganos administrativos, a la cabeza de los cuales pone a la Dirección General de Aguas; y, por otra, le encarga la distribución de las aguas a organizaciones privadas, conformadas por los titulares de derechos de aguas, las que cumplen esa función pública con autonomía de los órganos administrativos.

De esta manera, el actual modelo legislativo consagra tres dominaciones: sociedad, mercado y Administración del Estado. Las tres dominaciones del agua funcionan con una dinámica que no cabe alterar tan radicalmente y sin previos análisis serios y rigurosos: los usuarios (agricultores, indígenas, industriales y empresas), la Administración del Estado, esto es, la Dirección General de Aguas (que cumple un rol de ordenación) y el mercado (los ciudadanos individuales, titulares de derechos seguros, y que hasta ahora pueden ser transferidos libremente). Estas tres instancias ejercen distintas funciones, con autonomía una de otra. Ni el mercado obstaculiza a las organizaciones de usuarios ni a la Administración; ni se espera que suceda viceversa.

Es necesario notar que las aguas no solo convocan potestades estatales o derechos individuales, también acciones comunitarias, las cuales han sido desarrolladas de manera ancestral por comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia en nuestro país.

Así entendidas las cosas, el legislador encarga a la Dirección General de Aguas, autoridad administrativa centralizada, el deber de velar por la protección y gestión de las aguas en su condición de bien nacional de uso público. No obstante ello, una vez constituidos o reconocidos los derechos, las aguas respectivas son objeto de distribución en cada cuenca hidrográfica por las respectivas organizaciones de usuarios, especialmente por las denominadas juntas de vigilancia, cuya administración es descentralizada y las cuales -en tanto cuerpos intermedios- gozan de autonomía de frente al Estado, garantizada por el art. 1° inc. 3° de la Constitución y por el art. 2° inc. de la Ley N° 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública. Tal es la fuerza de esta última estructura organizativa que ciertamente puede hablarse de una administración compartida o bipartita de este recurso natural (cada una en distintos contextos y con facultades bien diferenciadas).

3. Reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento. La reforma al Código de Aguas positiviza el derecho humano al agua, estableciendo que es un derecho humano esencial e irrenunciable el acceso al agua potable y el saneamiento. Así, el legislador consagra la prevalencia en el uso de las aguas para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento. Para lo anterior, circunscribe el término “usos domésticos de subsistencia”, entendiendo por tal aquel aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal, la bebida de sus animales y cultivo de

productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia. De esta manera, cuando se concedan derechos de agua para el consumo humano y el saneamiento, solo podrá utilizarse dicha agua para fines distintos en la medida que se destinen a un uso no consuntivo y prevalezca la preferencia del consumo humano y el saneamiento.

Asimismo, la reforma introduce una potente herramienta para cuando no exista disponibilidad del recurso. En esos casos el Presidente de la República, fundándose en el interés público, podrá constituir derechos de aprovechamiento para estos fines. Con ello se elimina la barrera que existía en aquellas fuentes agotadas para poder hacer efectivo el derecho humano al agua, usos domésticos y saneamiento (art. 147 quáter).

Finalmente cabe destacar otra importante facultad, también otorgada al Presidente de la República, quien podrá constituir directamente un derecho de aprovechamiento, con prescindencia del procedimiento de constitución consagrado en el Código de Aguas, con el fin de satisfacer usos domésticos de subsistencia de una población (art. 148)

4. Reconocimiento de diversas funciones del agua y priorización de usos. En línea con lo ya señalado, se establecen funciones del agua: subsistencia (uso para consumo humano, saneamiento y consumo doméstico), preservación ecosistémica y productivas que, antes de la reforma al Código, no existía. Asimismo, se establece una priorización de usos vinculados a la subsistencia, debiendo la Dirección General de Aguas sujetarse a ellos cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas.

5. Sustentabilidad en el uso del recurso y protección de función ambiental del agua. El legislador establece que la autoridad deberá siempre velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la

función productiva que cumplen las aguas (art. 5bis inc. 4°). Para ello se consagra expresamente la sustentabilidad en el uso del recurso, entendiendo de interés público todas las acciones que ejecute la autoridad para resguardar, entre otras cosas, la preservación ecosistémica y la sustentabilidad acuífera (art. 5). En ese sentido, el legislador contempla como criterio de constitución de un derecho de aprovechamiento la disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad, pudiendo limitar la duración del aprovechamiento cuando existe una afectación a la sustentabilidad de la fuente que no ha podido ser superada con las herramientas de que dispone la autoridad (art. 6).

De esta manera, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas por otorgar, se establece que la Dirección General de Aguas deberá velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, estableciendo para ello un caudal ecológico mínimo, regular y calificado.

El Código contempla también la facultad de la Dirección General de Aguas para suspender el ejercicio de los derechos de aprovechamiento cuando exista riesgo o grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae el agua, pudiendo también reducir temporalmente el ejercicio o limitarlo (art. 6), destacando las facultades que se le otorgan a la Dirección General de Aguas para limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento cuando exista escasez del recurso y severa sequía (art. 314).

Contempla además la legislación la posibilidad de decretar reservas de caudal por parte del Estado para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica. Estas reservas de aguas podrán ser de aguas superficiales o subterráneas (art. 5 ter).

Destaca la prohibición de poner en peligro la sustentabilidad de los acuíferos derivado del uso y goce de las aguas halladas por los concesionarios

mineros en las labores de exploración y de explotación minera (art. 56 bis).

Por último, cabe señalar la posibilidad del Presidente de la República para, previo informe de la Dirección General de Aguas, constituir directamente un derecho de aprovechamiento prescindiendo del procedimiento de constitución consagrado en el código de aguas para la conservación del recurso (art. 148)

6. *Caracteriza el derecho de aprovechamiento de aguas como un derecho real nacido de una concesión.* Viene en caracterizar el derecho de aprovechamiento como un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas (treinta años), de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe el Código.

El legislador establece que el derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, el que se concede de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, según corresponda.

7. *Reconocimiento de usos consuetudinarios de aguas.* La actual Constitución Política establece que los derechos de aguas “son reconocidos o constituidos en conformidad a la ley” y el Código de Aguas señala que, de acuerdo con el art. 20, el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. Este acto, que tiene la virtud de constituir un derecho es una manifestación de la voluntad de la Administración. Esta manifestación, desde el punto de vista dogmático y legal, es una “concesión”, según se desprende del art. 6 del Código aludido.

Paralelamente a ello, otra vía de origen de los derechos de aprovechamiento es el reconocimiento que el legislador da a ciertas situaciones especiales, entre ellas, el uso consuetudinario de las aguas. Respecto a estos derechos reconocidos, el Código de Aguas

consagra una serie de herramientas de “regularización” que tienen por objeto declarar formalmente la existencia de estos y dotarlos de vida registral.

8. *Existencia de diferentes tipos de derechos de aprovechamiento de aguas.* El Código de Aguas establece tipos de derechos de aprovechamiento de aguas, dentro de los cuales están los derechos de aprovechamiento consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuo, discontinuo o alternado entre varias personas y una categoría nueva agregada por la reciente reforma, cual es el derecho de aprovechamiento in situ o no extractivo que permite al titular aprovechar las aguas en su propia fuente sin requerirse su extracción, ya sea para fines de conservación ambiental, o para el desarrollo de un proyecto de turismo sustentable, recreacional o deportivo.

9. *Reviste al titular de un derecho real de aprovechamiento de aguas. Ejercicio y limitaciones.* El legislador otorga el derecho a usar y gozar temporalmente de las aguas, reconociendo además que quien tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene, igualmente, a los medios necesarios para ejercitarlo. De esta manera, el que goza de un derecho de aprovechamiento puede hacer, a su costa, las obras indispensables para ejercitarlo tales como presas, bocatomas, descargas, estribos, centrales hidroeléctricas, casas de máquinas u otras, pagando al dueño del predio, embalse u otra obra, el valor del terreno que ocupare por las obras; pudiendo además establecer servidumbres, de conformidad a los arts. 25 y 69 y siguientes del Código de Aguas; teniendo asimismo la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo. Asimismo, el titular de un derecho de aprovechamiento inscrito podrá hipotecarlo independientemente del inmueble al cual su propietario los tuviere destinados (art. 110) y celebrar cualquier otro acto jurídico lícito sobre el mismo.

En cuanto a las limitaciones establece, entre otras, el deber de indicar el uso que se le dará a las aguas solicitadas, quedando condicionado a su uso en los casos en que la ley lo disponga expresamente. Establece que puede extinguirse el derecho de aprovechamiento si su titular no hace uso efectivo del recurso. Disponiendo también que al titular se le podrá limitar el ejercicio de su derecho cuando, entre otras cosas, se busque resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas y la sustentabilidad acuífera. Finalmente, el titular de un derecho de aprovechamiento que estimare estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes podrá ocurrir ante el Juez competente a fin de que se le ampare en su derecho, consagrando una verdadera acción cautelar de rango legal, similar al recurso de protección.

10. *Fija normas procedimentales, acciones y tribunales para conocer asuntos en materia de aguas.* Al hacer un recorrido por el Código de Aguas, puede percibirse que los procedimientos que contempla este cuerpo normativo se refieren, básicamente, a dos aspectos de los derechos de aprovechamiento de aguas: a la constitución u origen de los mismos, y, a su ejercicio.

Tal como ha quedado plasmado, la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas es materia exclusiva de un procedimiento administrativo tramitado ante la Dirección General de Aguas, de manera que no existirá, en el origen de este acto administrativo constitutivo, intervención de los tribunales de justicia. Sin embargo, dicha intervención podría producirse a posteriori, en el evento que algún interesado interpusiere el recurso de reclamación en contra de la respectiva resolución de la Dirección General de Aguas, recurso que es sometido al conocimiento y fallo de la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución que se impugna.

En lo que dice relación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento, existen también

una serie de procedimientos administrativos regulados en el Código de Aguas. Sin perjuicio de ello, pueden encontrarse también algunas materias especiales en este ámbito que sí se someten al arbitrio de los tribunales de justicia; ellas son, principalmente, las acciones posesorias (arts. 123 a 128); el amparo de aguas (arts. 181 a 185); el comparendo para resolver cuestiones relativas a la existencia de una comunidad de aguas o a los derechos de los comuneros en el agua o en la obra común (arts. 188 y ss.); el comparendo para constitución de junta de vigilancia (arts. 269 y ss.); el perfeccionamiento de títulos de derechos de aprovechamiento de aguas (art. 46 DS 1.220, de 1998, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas); las reclamaciones contra decisiones del directorios de organizaciones de usuarios de aguas (artículos 247 y 258, en el caso de las comunidades de aguas, y artículos 274 N° 2 y 275, en el caso de las juntas de vigilancia); y la autorización a la Dirección General de Aguas para que intervenga una organización de usuarios en caso que ésta haya incurrido en faltas graves o abusos en la distribución de las aguas (art. 293).

11. Establece deberes del Estado en materia de aguas cuando los titulares sean indígenas o comunidades indígenas. El legislador conmina al Estado, en el caso de los territorios indígenas, a velar por la integridad entre tierra y agua, y consagra el deber de proteger las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo con las leyes y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En esa línea, por ejemplo, declara exentos del pago de la patente por no uso a aquellos derechos de aprovechamiento de los que sean titulares particulares indígenas o comunidades indígenas.

B) EN LA LEY INDÍGENA (LEY N° 19.253)

Esta ley, en lo que se refiere al régimen relativo a las aguas, regula las siguientes materias.

1. Protección sobre las aguas. El art. 64 inc. 1°, 1ª parte, establece una especial protección

de las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas.

2. Aguas que son consideradas bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena. El art. 64 inc. 1°, 2ª parte, considera bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena establecida por la propia Ley N° 19.253, las aguas -no el derecho de aprovechamiento sobre ellas- que se encuentren en los terrenos de la misma, señalando algunos ejemplos; lo cual es sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código de Aguas, lo cual es un principio general de nuestra legislación de aguas.

3. Requisito previo para otorgar nuevos derechos de aguas. El inciso 2° impide el otorgamiento de nuevos derechos sobre las fuentes que indica que surten a las aguas de varias comunidades indígenas establecidas en la misma ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.

4. Limitación para enajenar derechos de aguas adquiridos con recursos del Fondo para Tierras y Aguas Indígenas. El art. 20 de la ley crea el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, uno de cuyos objetivos es financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso (art. 23 letra c).

Por su parte, el art. 22 dispone que los derechos de aguas adquiridos con recursos de dicho Fondo no podrán ser enajenados durante 25 años, contados desde el día de su inscripción; no obstante lo cual se establece la posibilidad de enajenarlos, previa autorización por resolución del Director de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (para lo cual deberán cumplirse las condiciones que establece el inc. 2°); obligación cuya contravención producirá la nulidad absoluta del acto o contrato.

SEGUNDA PARTE: LAS AGUAS EN LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN

Revisamos la regulación que a las aguas dedica la propuesta; así, primero revisamos los pilares de la propuesta, esto es, la *refundación* (I), en seguida, el término de los derechos de aprovechamiento de aguas transmutados en autorizaciones administrativas, esto es, la *degradación* (II) y, en fin, la especial y amplia protección de los derechos de aguas de indígenas con lo que se establece una discriminación respecto de los derechos de aguas de los no indígenas (III).

I. LA REFUNDACIÓN: LOS PILARES DE LA PROPUESTA EN MATERIA DE AGUAS

La propuesta dedica a las aguas mucha atención y es pródiga en detalles en especial en la declaración del derecho humano al agua (1), en la consideración del agua como bien común natural inapropiable (2), en la creación de una agencia autónoma para el agua (3), en la creación de unos Consejos de Cuenca y potestades regionales relativas al agua (4).

1. Derecho al agua y al saneamiento. Como primera regulación en la materia, en el capítulo dedicado a derechos fundamentales y garantías, la propuesta consagra el derecho humano al agua y al saneamiento, con una serie de adjetivos: “suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible”. Agrega que “es deber del Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones” (art. 57.1).

Señala además que “El Estado vela por la satisfacción de este derecho atendiendo las necesidades de las personas en sus distintos contextos” (art. 57.2).

Pero en esto el proyecto constitucional es sobreabundante, pues la reforma del Código de

Aguas de 2022 ya se había adelantado en el reconocimiento del derecho humano al agua, siendo además bastante más sobria y precisa al declarar que “El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado” (art. 5 inc. 4°), regulando además la función de subsistencia que cumple el agua, que incluye el uso para el consumo humano y el saneamiento (arts. 5bis y 5ter).

Pero, en todo caso, en principio, dicho reconocimiento es algo adecuado pues acentúa una tendencia a respetar la función de subsistencia que cumple el agua en todo grupo humano, lo cual siempre ha de ser prioritario en términos regulatorios.

2. El agua como bien común natural inapropiable. En seguida, la propuesta dedica un capítulo completo a la naturaleza y al medioambiente, en el cual regula la nueva categoría que denomina *bienes comunes naturales* (art. 134). Los define así: “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” (art. 134.1).

En medio de esta regulación declara que el agua en todos sus estados constituye un “bien común natural inapropiable” (art. 134.2 y 3). Al respecto cabe señalar:

i) La categoría de los bienes comunes naturales, respecto del agua, vendría a ser una *transmutación* jurídica, pues las aguas dejarían de ser bienes nacionales de uso público (como lo han sido desde 1857 con el Código Civil y luego con los Códigos de Aguas de 1951, 1967 y 1981) y, por lo tanto, objeto del tradicional régimen concesional que conocemos.

Sobre este particular, se ha afirmado que la propuesta le estaría devolviendo a las aguas su característica de bien común; lo cual, a la luz de lo

señalado, no es efectivo pues ellas nunca han tenido esa calidad en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, esta nueva categoría jurídica de bienes comunes naturales que pareciera intentar alejarse tanto de la propiedad estatal como de la privada se refiere a aquellos *elementos constitutivos* de la naturaleza como bosques nativos, aguas, glaciares, alta montaña, mar territorial, subsuelo, entre otros (art. 134.2), consagrando a la naturaleza como sujeto de derechos; es así como su art. 127.1 señala expresamente: “La naturaleza tiene derechos”. Estos derechos son: (i) derecho a que se respete y proteja su existencia; (ii) derecho a la regeneración y mantención; (iii) derecho a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, los que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad (art. 103.1). Es deber del Estado garantizar y promover los derechos de la naturaleza (art. 103.2).

En línea con lo anterior, la propuesta declara al agua como *esencial para el ejercicio de los derechos de la naturaleza* (art. 140.1)). Conforme a ello, al ser el agua un elemento constitutivo de un sujeto de derechos (la naturaleza) su uso deberá atenerse a un régimen especial que subordine el interés particular a los de la naturaleza; así, al regular la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas, precisa que su ejercicio debe ser compatible con la protección de la naturaleza (art. 80.1). Todo lo anterior lleva a que la propuesta sólo protege a nivel constitucional los derechos de la naturaleza y no así los usos productivos del agua.

Respecto al papel del Estado sobre los bienes comunes naturales la propuesta establece que éste tendrá un especial deber de custodia (art. 134.1), imitando con ello - en forma parcial- la doctrina norteamericana del *Public Trust*, con la específica finalidad de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras. Para el cumplimiento de esos

finés, se dice, el Estado deberá proteger las aguas, en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico lo que deberá ser reflejado en los planes de ordenamiento territorial y planificación ecológica (facultad de la región autónoma) que deberá considerar los impactos del uso del suelo en la calidad y cantidad de las aguas (art. 140.1, art. 197.3, art. 220 letra i), art. 224 letra d) y art. 226 letra m).,

Otro elemento distintivo de los bienes comunes naturales es que la propuesta establece que estos deberán administrarse en forma “democrática, solidaria, participativa y equitativa” (art. 134.4). En lo que se refiere específicamente al agua el Estado debe asegurar un sistema de gobernanza participativo y descentralizado, a través del manejo integrado de cuencas, para lo cual la cuenca hidrográfica será la unidad mínima de gestión (art. 143.1). En cuanto a la administración ésta deberá realizarse por los Consejos de Cuenca en el que participen representantes del Estado, titulares de autorizaciones de uso y entidades territoriales (art. 143.2).

Por otra parte, llama la atención que se disponga que el Estado, como custodio de los humedales, bosque nativos y suelos, deberá asegurar la integridad de estos ecosistemas, sus funciones, procesos y “conectividad hídrica” (art. 136), concepto éste último cuyo contenido y alcances no se precisan en la propuesta. Esta nueva tipología de bienes comunes naturales cabrá analizarla en su texto y contexto, pues en principio se aleja de sus precedentes históricos y de derecho comparado.

ii) Precisa además que nadie podrá tener propiedad sobre los bienes comunes naturales; esto es, que serán *inapropiables* (art. 134.3). Ni en la legislación civil (de 1857) ni de aguas (de 1951, 1967 y 1981) anterior ni en la reciente reforma al Código de Aguas de 2022 se realiza tan innecesaria declaración, pues al calificarse a las aguas como bienes nacionales de uso público, se

entiende que ellas *per se* son inapropiables, mientras estén en su estado natural, *in rerum natura*, esto es, en su fuente; lo que jurídicamente se subentiende al ser públicas. De ahí que este concepto de inapropiabilidad, tanto por el Estado como por los particulares, no genera disputa jurídica alguna, salvo que se utilice como base retórica para enseguida argumentar que es esa inapropiabilidad lo que imposibilitaría *por extensión* la comerciabilidad de los derechos de aguas de particulares.

En efecto, pareciera ser que al declararse las aguas como inapropiables se busca relevar la idea que son de nadie: ni del Estado, ni de la nación, ni de los particulares. Y como son de nadie no caben respecto de ellas actos de señorío o que impliquen cualquier noción de dominación, como lo sería constituir concesiones por parte del Estado. En efecto, no cabrían concesiones porque esta técnica presenta dos características que serían contrarias al nuevo orden: (i) éstas habilitan a su titular para usar las aguas de modo privativo lo que implicaría un cercamiento del recurso; y (ii) las concesiones pueden ser incorporadas al patrimonio del titular y como tales pueden ser reasignadas o gravadas a través del tráfico jurídico propio de los bienes que se encuentran en el comercio de los hombres.

3. *La creación de una poderosa agencia autónoma: la Agencia Nacional del Agua.* La propuesta crea una “Agencia Nacional del Agua” (art. 144), que sería un supra-órgano que tendría como misión “coordinar, dirigir y fiscalizar la actuación de los órganos del Estado con competencias en materia hídrica” (art. 144.1). Además, estaría a cargo de “otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar autorizaciones administrativas de uso de aguas” (art. 144.2 c) y de “determinar la calidad de los servicios sanitarios”. Se anuncia, además, que esa agencia impulsará y otorgará asistencia a los “Consejos de Cuenca”, que se proyecta entonces crear (art. 144.2 f). Todo ello producirá entrecruzamientos con actuales atribuciones de la Dirección General

de Aguas, la Superintendencia de Servicios Sanitarios y las organizaciones de usuarios de aguas, entre otros actuales órganos. En medio de otros aspectos.

Cabe señalar que si bien a la Agencia le corresponde planificar, coordinar, otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar las autorizaciones de uso de aguas, a esta no le compete la administración del agua, tarea entregada a los Consejos de Cuenca (art. 143.2). Será la Agencia la que finalmente resolverá cómo, cuánto y donde se ocupa el agua, puesto que esta tendría el control material del recurso; o al menos la facultad para determinar cómo éste se gestiona y distribuye.

4. *Uso racional del agua, manejo integrado de cuencas y nuevos Consejos de Cuenca.* En cuanto a la administración de las aguas, ésta se radica en las regiones autónomas y los Consejos de Cuenca. Al respecto:

i) La región autónoma deberá velar por “el uso racional del agua” (art.220 g) y el “manejo integrado de cuencas” (art. 220 i). Junto a ello, a la asamblea regional se le da la atribución de “aprobar, modificar o rechazar el plan regional de manejo integrado de cuencas”. En fin, se señala que es atribución del gobierno regional “preparar y presentar ante la asamblea regional (...), los planes de manejo integrado de cuencas” art. 224 e); agregándose que, para efectos de ordenar y planificar el territorio, se utilizarán unidades de ordenación que consideren las cuencas hidrográficas y que dichos planes y planificación ecológica priorizarán las partes altas de las cuencas, glaciares, zonas de recarga natural de acuíferos y ecosistemas (art. 197.1 y 3). En el mismo sentido, se señala que el plan de ordenamiento territorial debe ser propuesto por el gobierno regional a la correspondiente asamblea. En este plan el eje estructurante deben ser las cuencas y los equilibrios ecológicos que considere los impactos del uso del suelo en la disponibilidad y calidad de las aguas (art. 197.3). Es decir, dentro de los criterios que deberán tallar la forma de

utilizar el agua se contará el plan de ordenamiento territorial y planificación ecológica.

ii) Paralelamente se establecen los Consejos de Cuenca, quienes ahora serán “los responsables de la administración de las aguas” (art. 143.2), pudiendo considerar, agrega, a “los titulares de autorizaciones de aguas”.

iii) Cabe notar que no se hace referencia alguna a las organizaciones de usuarios en el articulado permanente. Cabe preguntarse, ¿cómo se vincula lo anterior con el actual rol que desde hace más de un siglo han llevado adelante las organizaciones de usuarios (la primera ley que las reguló, N° 2.139, es de 1908) en la distribución de las aguas, en especial las juntas de vigilancia? ¿Acaso quedarán sujetas a tales órganos regionales y a los Consejos de Cuenca y perderán su autonomía? Al menos se tiene claridad que a la luz de la propuesta de nueva Constitución la administración del recurso en la fuente natural ya no corresponderá a las juntas de vigilancia.

Especial duda surge respecto de las competencias de los Consejos de Cuenca en relación con las organizaciones de usuarios sobre obras de aprovechamiento hidráulico. Dado que según la propuesta el Estado tiene el deber de proteger las aguas en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico (art. 140.1), no se tiene claridad si las decisiones de dichos Consejos afectarán el recurso una vez que ya ha sido captado desde la fuente natural e introducido en obras de conducción o de acumulación. En ese sentido es necesario hacer luz para determinar si se produce desafectación una vez que el agua es captada por los titulares de autorizaciones administrativas (a las que se hace referencia a continuación).

II. LA DEGRADACIÓN O CAPITIS DEMINUTIO: TRANSMUTACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

La propuesta transmuta, como por arte de magia, los actuales derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales quedarán transformados en meras “autorizaciones administrativas” (1) las cuales serán “incomerciables” (2), olvidando a los usos consuetudinarios (3). Cabe, además, revisar los efectos de esta transmutación (4).

1. Transmutación de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas: ahora serán autorizaciones administrativas. Características de estas autorizaciones. Consecuente con lo anterior la propuesta agrega que sólo se podrán otorgar “autorizaciones administrativas” para el uso de las aguas.

Tales autorizaciones de uso tienen las siguientes características.

i) serán otorgadas “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” (art. 134.5).

ii) agrega la propuesta que “Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad” (art. 134.5 *in fine*), con lo cual, claramente, está dejando fuera de la protección que la propia Constitución le presta a la propiedad (en el art. 78.1) sobre todas clases de bienes. En este caso, la propuesta quiere decir que estas autorizaciones no constituyen una cosa incorporal, que es una clase de bienes, por lo que, además, su supresión no cabe considerarla expropiación (art. 78.2) ni podrán ser objeto de acciones constitucionales, como es la acción cautelar (regulada en el art. 119) pues respecto de las autorizaciones administrativas no hay derechos fundamentales. En otras palabras, quedan fuera de toda protección jurídica, al menos en la letra de la propuesta, y entregadas a las decisiones administrativas en cuanto a revocación, revisión, caducidad o extinción.

iii) la voz “autorización de uso” da cuenta de un permiso precario y revisable lo que se condice con el art. 144.2 c) que indica además que éstas son “modificables”. En efecto, la propuesta recalca que tales autorizaciones están sujetas a “caducidad, extinción y revocación”. Si se observa estas tres causales: la caducidad requiere una causal previa, que no especifica la propuesta; la extinción en un concepto genérico, más que una causal; y, la revocación es una causal de extinción que depende de la exclusiva discreción o arbitrio de la Administración. Pero, según la legislación vigente (art.61 de la Ley N° 19.880 de 2003, sobre bases de los procedimientos administrativos), esta caducidad “no procede cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente”, todo lo cual cabe considerar y no puede ser borrado de un plumazo.

iv) su ejercicio estará subordinado a los derechos de la naturaleza, los que podrán ser reclamados tanto por la Defensoría de la Naturaleza como por cualquier persona o grupo a través de la acción constitucional de tutela de derechos fundamentales (arts. 148 y 149 d). Lo anterior es también concordante con el hecho de que el derecho a realizar cualquier emprendimiento o actividad económica encuentra sus límites en la protección de la naturaleza (art. 80.1 *in fine*)

v) en cuanto a la temporalidad de las nuevas autorizaciones de uso de las aguas (que establece el art. 134.5), esto significa que los actuales derechos de aguas no sólo son transmutados en autorizaciones administrativas, sino que, además, ya no serán indefinidos. Cabe preguntarse por el plazo de esos títulos de aguas. Al respecto, ni el articulado permanente ni las normas transitorias de la propuesta se refieren a un plazo específico de la temporalidad de las autorizaciones administrativas. De ahí que no cabe especular que este plazo pudiese ser de 10, 20 o 30 años, pues perfectamente podría ser otro plazo que se establezca por el legislador futuro, transformando así la condición actual de

indefinidos de los derechos de aguas existentes al 6 de abril de 2022 en un plazo determinado. Lo anterior se señala no obstante de constituir ese hecho una verdadera expropiación regulatoria, al transformar la condición de derecho indefinido en uno temporal cuyo plazo de vigencia no se establece.

2. *Incomerciabilidad de las autorizaciones de uso de aguas.* Tratándose de bienes comunes naturales en general, la Administración del Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para su uso (art. 134.5); sin embargo, específicamente y sólo para el caso de las aguas, la propuesta declara expresamente que esas autorizaciones son intransferibles (art. 142) (no así para el resto de las autorizaciones sobre bienes comunes naturales). De lo anterior se sigue que la regla general para las autorizaciones de uso de bienes comunes naturales es la transferibilidad, esto es que pueden ser objeto de actos jurídicos entre particulares; y excepcionalmente, tratándose de autorizaciones para uso de aguas, éstas han sido declaradas expresamente como intransferibles, configurando con ello objeto ilícito en cualquier acto jurídico que se celebre sobre ellas. La misma norma agrega que “estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad” (art. 134.5); y que “obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento” (art. 142).

Nuevamente excede la propuesta la prudente definición que realiza la reciente reforma de abril de 2022, al precisar el Código de Aguas que los derechos de aprovechamiento son “derechos reales” que se generan en una “concesión” (y no en una mera autorización) dando así certeza a sus titulares. Lo que realiza la propuesta en verdad, como se ve, es una degradación o *capitis deminutio* de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas, cuya condición jurídica actual es la de ser derechos reales nacidos de una concesión (como expresamente lo señala el art. 6° inc. 1° Código de Aguas, reformado en 2022). Y no sólo eso, estas autorizaciones de uso han sido sustraídas del

comercio jurídico, poniendo a sus titulares en un pie desigual respecto de los titulares de autorizaciones de uso de otros bienes comunes naturales.

3. *El olvido de los derechos de aguas consuetudinarios.* La propuesta en su texto permanente nada dice de los derechos consuetudinarios de aguas; esto es, aquellos que no fueron otorgados formalmente por alguna autoridad, sino que se iniciaron por usos costumbristas y han sido “reconocidos” por la legislación vigente (y las legislaciones anteriores).

4. *Síntesis sobre la situación en que quedarán los antiguos derechos de aguas. Efectos de la transmutación.* La propuesta señala algunas características de las autorizaciones de uso de agua, naturaleza que tendrán los antiguos derechos de aguas una vez operada la transmutación. Así:

i) Transforma o transmuta el actual carácter de derecho real protegido por la propiedad (art. 19 N° 24 inc. final de la Constitución) que tiene el derecho de aguas, en meras autorizaciones administrativas, lo cual es una forma de expropiación regulatoria de los derechos anteriores.

ii) Priva a los particulares titulares de los antiguos derechos de aguas (ahora convertidos en autorizaciones administrativas) de la libre transferibilidad de esos derechos. Es técnicamente una especie de expropiación regulatoria.

iii) Transforma en derechos temporales a los derechos de aguas existentes que hayan sido constituidos o reconocidos antes del 6 de abril de 2022, los que en virtud del art. 1° transitorio de la Ley N° 21.435, de 2022, fueron confirmados como indefinidos. Lo cual es, nuevamente, una expropiación regulatoria.

iv) Elimina la libertad de que gozan los actuales titulares de derechos de aguas para usar las aguas sobre las que éstos recaen, en la actividad que estimen conveniente (salvo algunas excepciones y con las limitaciones de respetar las

características de estos y de aceptar los turnos en caso de escasez de agua en la fuente matriz). Ahora se redistribuirán caudales de acuerdo con otros criterios distintos a la escasez de agua.

Es por ello, entonces, que un actual titular de derecho de aguas no tendrá asidero normativo alguno para solicitar que, en atención al caudal que le correspondía a ese derecho, se le otorgue una autorización por esa misma cantidad de agua.

v) En definitiva la propuesta elimina el derecho de aprovechamiento del patrimonio de sus titulares, legítimamente adquirido. Y ello sin ninguna previsibilidad que pudiere justificar estos actos del Estado. En efecto, sólo hace dos meses atrás el Congreso Nacional había aprobado un nuevo estatuto de las aguas que implicó la más grande reforma del Código de Aguas de 1981. De acuerdo con el nuevo estatuto, se seguirían respetando los derechos de aprovechamiento, pero con importantes limitaciones para el consumo humano y usos ecosistémicos. Sin embargo, todo ello no fue considerado por la propuesta reformulando en forma radical la regulación de la materia.

vi) Por otra parte, ello es incoherente con la normativa vigente, que por lo demás recoge una tradición histórica en la materia, en cuanto a la propiedad de las obras de captación, distribución y acumulación de aguas, presumiéndose dueños de estas a los titulares de los respectivos derechos de aprovechamiento sobre ellas; lo cual resulta de toda lógica si se tiene presente que la gran mayoría de tales obras han sido proyectadas, financiadas y construidas por particulares.

III. LA DISCRIMINACION EN CONTRA DE LOS ACTUALES DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE CHILENOS CUYOS TITULARES NO SON INDÍGENAS

La propuesta realiza diversos reconocimientos a los derechos de aguas de indígenas (1) pero teniendo a la vista la

degradación de los derechos de los demás chilenos no indígenas, se produce una efectiva discriminación en contra de estos (2).

1. *Diversos reconocimientos de derechos de aguas a favor de indígenas.* La propuesta de nueva Constitución brinda diversos reconocimientos a favor de los titulares de derechos de aguas indígenas.

En efecto, la propuesta reconoce los usos consuetudinarios en favor de los titulares indígenas -a diferencia de los titulares no indígenas- ubicados en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas imponiendo al Estado el deber de garantizar su protección, integridad y abastecimiento (art. 58). Asimismo, sólo respecto de los indígenas la propuesta reconoce al agua como un *recurso* (arts. 34 y 79.1 y 4), mientras que para el resto de los chilenos es un bien común natural con todas las limitaciones que ello significa. Adicional a ello los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y *recursos* (art. 34).

Por su parte cabe señalar que los pueblos indígenas tendrán poder de veto respecto de la formulación del plan de ordenamiento territorial y el manejo integrado de cuencas cuando estos instrumentos se inmiscuyan en materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en la Constitución (entre ellos sus recursos y usos de agua consuetudinarios). En efecto la planificación territorial y el manejo integrado de cuenca, es de competencia de la región autónoma, la que es una entidad territorial la que como tal deberá consultar a las naciones y pueblos indígenas para que estos den su *consentimiento* previo libre e informado en las materias que les atañen. De lo anterior se sigue que para que prospere el plan de ordenamiento y manejo de la cuenca se requiere de dicho consentimiento cuando estos afecten sus derechos

de agua (ver art. 191 en relación con art. 220 letra i).

2. *Desequilibrio y discriminación regulatoria entre la degradación de los derechos de aguas de chilenos no indígenas y amplio y detallado reconocimiento de uso tradicional de aguas indígenas.*

En claro contraste con el anterior reconocimiento y amplia protección de los derechos de aguas de los indígenas, y la posición de estos frente a los planes de gestión integrado de cuencas, los derechos de aguas del resto de los particulares quedan en una situación desequilibrada y precaria; en efecto:

i) los derechos de aguas de los particulares no indígenas no son incluidos en el capítulo de los derechos fundamentales. Esto es, no existe para ellos ese reconocimiento ni la protección de los derechos de aguas de indígenas.

ii) al revés, los derechos de aguas de los particulares no indígenas son debilitados al señalar la propuesta que ya no serán ni derechos reales ni estarán protegidos por la garantía de la propiedad, sino que serán objetos de meras autorizaciones administrativas precarias, temporales, sujetas a caducidad, extinción y revocación, agregándose respecto de ellas diversos deberes (art. 134.5). Al contrario, los derechos de aguas de indígenas son objeto de múltiples protecciones (art. 58).

iii) los derechos de aguas de los particulares no indígenas están sujetos expresamente a un estatuto de intransferibilidad y sometidos a limitaciones derivadas de la obligación de un uso razonable y otras que determinará la autoridad, de las que se podrán derivar disminuciones del caudal primitivo a que tenían derecho (arts. 142, 143 y 144).

iv) Los pueblos y naciones indígenas tienen poder de veto respecto del plan de gestión integrada de cuenca, salvo que se los quiera excluir de las cargas que implica formar parte de un plan de cuenca. En ambos casos (ya sea porque

los indígenas tienen poder de veto o quedan excluidos del plan) los titulares no indígenas están en un pie de desigualdad respecto de los titulares indígenas.

En suma, se observa un desequilibrio evidente entre los derechos de agua de indígenas (que son privilegiados con protecciones y regímenes especiales favorables diversos) del resto de los particulares del país (cuyos derechos de aguas son precarizados y sujetos a la incertidumbre).

IV. LAS AGUAS EN LAS NORMAS TRANSITORIAS: CORRECCIÓN DEL TEXTO PERMANENTE Y NUEVA DISCRIMINACIÓN

En materia de aguas no se dejó entregada la regulación pormenorizada a una ley que se dicte posteriormente, de tal manera y que, mientras ello no ocurra, hubiese seguido vigente el régimen actual. Esa fue la regla para las demás modificaciones que hace la propuesta (ver art. 2T). Sin embargo, en materia de aguas se nota una gran ansiedad por aplicar de inmediato todo el nuevo esquema, sin mediar una previa discusión parlamentaria para ver el sinfín de detalles propios de una materia altamente compleja como es la de aguas.

La propuesta contiene no solo regulaciones detalladas, sino además modificaciones directas de una ley recientemente dictada (la Ley N° 21.435, de 6 de abril de 2022), así como mandatos directos a un organismo administrativo, en este caso, a la Dirección General de Aguas.

Se revisan a continuación las normas transitorias que en materia de derechos de aprovechamiento de aguas contiene la propuesta y se expone, asimismo, cómo dichas normas afectan *adicionalmente* la situación de los actuales titulares de tales derechos.

1. Las tres normas transitorias en materia de aguas. La propuesta contiene las tres siguientes normas transitorias:

a) *primero*, el art. 34T. Establece:

1°) Que en el plazo de doce meses se deberá enviar el proyecto de ley que crea la Agencia Nacional del Agua; realiza la adecuación normativa relativa a las autorizaciones de uso de aguas y regula el funcionamiento de los Consejos de Cuenca.

2°) Le entrega de manera inmediata a la Dirección General de Aguas las potestades (competencias) de la Agencia Nacional del Agua. Cabe determinar entonces si todas o algunas de las competencias que establece el art. 144 del texto permanente asumirá la Dirección General de Aguas.

b) *segundo*, el art. 35T. Establece:

1°) Un efecto inmediato respecto de todos los derechos de aguas “otorgados”, los que se transforman/transmutan por el solo efecto de la entrada en vigor de la Constitución nueva, en autorizaciones administrativas.

2°) Un efecto diferido respecto de la constitución y extinción de esos derechos de aguas (transmutados en autorizaciones de uso).

3°) Un efecto inmediato respecto del “ajuste de los caudales a ser redistribuidos en cada cuenca”.

4°) Aclara que los derechos de aguas “otorgados, regularizados, reconocidos o constituidos” antes del 6 de abril de 2022 se seguirán sujetando a las disposiciones transitorias de la Ley N° 21.435 que reforma el Código de Aguas. Es decir, debe regularizarse su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente y deben registrarse en el Catastro Público de Aguas que lleva la Dirección General de Aguas.

5°) Pero los derechos de aguas de personas, asociaciones y comunidades indígenas tendrán un

régimen especial, y “serán inscritos como autorización de uso tradicional de manera automática en el registro respectivo”.

6°) Establece una regla especial respecto de lo que llama “cambios de titularidad de las autorizaciones administrativas”, condicionadas al cumplimiento de uno de los dos requisitos siguientes: satisfacción de derecho humano al agua o saneamiento; o, exista disponibilidad efectiva de aguas para saneamiento y sea un uso razonable.

7°) Declara que los gravámenes constituidos respecto de derechos de aguas continuarán vigentes.

8°) Las autorizaciones de uso de agua (debió decir “derechos de aguas”) otorgados, constituidos, regularizados o reconocidos antes de la entrada en vigor de la Constitución, se sujetarán a las normas de derecho común para efectos de su transmisibilidad por causa de muerte, hasta la regulación de esta materia por ley; excluyendo, entonces, de esta sujeción a las normas de derecho común a la transferibilidad por acto entre vivos.

9°) Declara que se mantendrán en vigor los actos jurídicos que tengan por objeto contar con agua para abastecer sectores urbanos y rurales para consumo humano o saneamiento.

c) *tercero*, el art. 36T. Establece que la Dirección General de Aguas o la Agencia Nacional del Agua, “de manera gradual, progresiva y con sentido de urgencia” realizará el “proceso de redistribución de caudales de las cuencas” para “garantizar los usos prioritarios reconocidos en la Constitución”.

2. *Vigencia inmediata de la normativa de aguas. Se rompe regla general de la propuesta.* La propuesta, en su art. 2°T dispone, en términos generales, para todas las modificaciones de la propuesta, en la primera parte de su inc. 1°, que:

“Toda la normativa vigente seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida, o bien, mientras

no sea declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional (...)”.

Pero en las disposiciones transitorias de aguas se ofrecen soluciones distintas; en algunos casos se establece efectos inmediatos y en otros efectos diferidos. Así:

i) El art. 36T, en su inc. 1° establece un efecto parcialmente diferido para las autorizaciones de uso de aguas; dice: “En un plazo de doce meses, el Presidente de la República deberá enviar un proyecto de ley para (...) la adecuación normativa relativa a las autorizaciones de uso de aguas”. Esto es, en general, existirá un período transitorio entre una y otra normativa.

ii) Pero, en abierta contradicción con ello, el art. 35T establece un efecto inmediato; dice:

“Con la entrada en vigencia de esta Constitución todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en esta Constitución”.

De acuerdo con lo cual, entonces, el nuevo régimen comenzaría a regir de inmediato.

3. *Los derechos de aguas consuetudinarios quedan en un limbo jurídico y administrativo.* Sobre los derechos de aguas consuetudinarios, los distintos regímenes regulatorios que han normado las aguas terrestres en nuestro país siempre han consagrado la existencia de tales derechos como *reconocidos* (aunque no necesariamente con esa denominación), pudiendo citarse, en tal sentido, los arts. 300 y 301 del Código de Aguas de 1951 y los arts. 330 y 331 del Código de Aguas de 1969. Pero la propuesta ahora los “*desconoce*” a través de una norma transitoria ambigua.

En efecto, en el art. 35T hay dos regímenes jurídicos distintos en sus inc. 1° y 2°. Así:

i) El inciso primero menciona, exclusivamente, los derechos de aguas “*otorgados*” con anterioridad (obviando así el reconocimiento de los derechos de aguas consuetudinarios); y,

ii) El inciso segundo amplía la referencia, ya que alude en términos más amplios a los derechos de aguas “*otorgados, regularizados, reconocidos o constituidos por acto de autoridad competente* antes del 6 de abril de 2022” (fecha de publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 21.435, que reforma el Código de Aguas).

Las consecuencias de tal diferencia son las siguientes:

i) En virtud de lo dispuesto en el inc. 1°, sólo los derechos *otorgados* se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en el propio proyecto de Constitución.

ii) Por el contrario, respecto de los derechos de aguas reconocidos o consuetudinarios *nada se dice respecto del régimen* que se les aplicaría a partir de la fecha en que empiece a regir la nueva Constitución, en caso de que sea aprobada.

En tal evento, tales derechos de aguas quedarán, en consecuencia, en una situación de absoluta indefinición e incerteza. Ello, salvo que se entienda que respecto de los derechos de aguas consuetudinarios se debe aplicar la regla general del art. 2T y su regulación se realizará en la ley a que se refiere el art. 35.1T.

4. *Discriminación adicional: el sin precedentes y desmesurado registro automático de los derechos indígenas.* El inc. 2° del art. 35T establece una discriminación en favor, exclusivamente, de personas, asociaciones y comunidades indígenas, consistente en que a ninguno de ellos se les aplicará la obligación de inscribir sus derechos de aguas -los que son calificados por esta disposición como autorización de uso tradicional- en el Registro de Propiedad de

Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente ni de registrarlos en el Catastro Público de Aguas de la Dirección General de Aguas dentro de los plazos y bajo los apercibimientos que señalan los inc. 1° y 4°, respectivamente, del art. 2° transitorio de la Ley N° 21.435.

Es desmesurado y discriminatorio que mientras todo otro particular chileno titular de derechos de aguas consuetudinarios o no inscritos debe realizar una solicitud administrativa, dice esta norma transitoria que los derechos de aguas de personas, asociaciones y comunidades indígenas serán inscritos, como autorización de uso tradicional, “de manera automática” en el registro respectivo. Es una nueva hipótesis de discriminación y desigualdad de trato entre titulares de derechos de aguas.

Al margen de la discriminación señalada, respecto de las autorizaciones de uso tradicional en favor de los indígenas caben tres observaciones:

a) No se especifica cuál es el ‘registro respectivo’ en el cual ellas serán inscritas de manera automática, no quedando claro si es el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces o el Catastro Público de Aguas de la Dirección General de Aguas. Siguiendo el procedimiento regular de las disposiciones transitorias de la ley que modificó el Código de Aguas en 2022, debiera ser en el Conservador de Bienes Raíces.

b) Tal registro de manera *automática* de las autorizaciones de usos tradicionales -hasta donde se conoce- no existe a nivel comparado. Además, no se visualiza cómo se podría viabilizar tal registro, ni qué requisitos deberían cumplirse y cómo y ante quién debería acreditarse el cumplimiento de estos para que dicho registro automático fuera procedente, especialmente respecto de los derechos de aguas que no han sido otorgados por acto formal sino reconocidos a partir de usos informales.

Al respecto, cabe señalar que las legislaciones que reconocen a favor de indígenas legalmente los usos de aguas antiguos/consuetudinarios/tradicionales establecen además los requisitos de los respectivos procedimientos de reconocimiento. En efecto, tales usos se declaran *primero* reconocidos por el legislador (no muy distinto al actual art. 19 N° 24 inc. final de la Constitución vigente, en cuanto se refiere a los derechos *reconocidos* en conformidad a la ley, y al art. 2° transitorio del Código de Aguas), pero para su formalización y registro -ya sea como derechos de aguas, concesión, autorización o por medio de alguna otra figura, como es el caso del *Native Title*, el cual comprende derechos ancestrales a los recursos naturales existentes en el área de que se trate, entre ellos el recurso agua- se requiere de un proceso que dé cuenta del cumplimiento de los requisitos que evidencian la continuidad de dichos usos antiguos/consuetudinarios/tradicionales a la fecha de su formalización o regularización, junto con la prueba de su antigüedad, y en algunas jurisdicciones se exige -incluso- que se acredite que se trata de usos culturales (por ejemplo en el caso de los países que tienen la figura del *Native Title*).

c) Por otra parte, llama la atención, asimismo, que se amplíe la cobertura de protección especial de los ‘derechos de aguas indígenas’ a aquellos cuyos titulares consistentes en asociaciones indígenas, organizaciones que no están incluidas hoy en el Código de Aguas (reformado) como posibles titulares de ‘derechos de aguas indígenas’ (si es que le llamáramos así) (ello, sin perjuicio de que nuestra legislación reconoce a dichas asociaciones, pero para otros efectos; no para asignarles la titularidad de derechos de aguas, específicamente en los arts. 36 y 37 de la Ley N° 19.253 y en el art. 5° inc. 2° [principalmente] de la Ley N° 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, conocida como Ley Lafkenche). Cabe aclarar que las comunidades indígenas, a que se refiere el art.

64 de la Ley N° 19.253 son distintas a las asociaciones.

5. *La propuesta de norma transitoria contiene citas erróneas de disposiciones vigentes.* El inc. 2° del art. 35T contiene dos remisiones a artículos del Código de Aguas vigente, las cuales son erróneas y, además, no tienen ninguna relación con las materias abordadas en esa disposición; así:

a) En la letra a) cita el art. 112 (el que se refiere a los registros de derechos de aguas que deben llevar los Conservadores de Bienes Raíces), en circunstancias que debió aludir al art. 122, que regula el Catastro Público de Aguas de la Dirección General de Aguas.

b) La segunda, que está en la letra b), se refiere a los gravámenes constituidos conforme al art. 113 (el que nada tiene que ver con ello, pues se refiere a que se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos respecto de derechos de aguas y la constitución de derechos reales sobre ellos); sin embargo, los gravámenes que, según el régimen vigente se pueden constituir sobre derechos de aguas, están mencionados en los arts. 115 bis y 116.

Se trata, como se ve, de un descuido de los autores de este texto constitucional, que es indicativo de su falta de familiaridad con el Código de Aguas.

6. *Diversos actos jurídicos que ya no podrán realizar los titulares de derechos de aguas a partir del 5 de septiembre en caso de aprobarse la Constitución, dado su carácter “incomerciable”.* El texto *permanente* señala que las autorizaciones de uso de aguas son de carácter *incomerciable* (art. 142). No obstante, el art. 35T inc. 2° letra a) altera esa regla y permite lo que llama “cambios de titularidad”. En efecto, en el evento que se apruebe la nueva Constitución, desde el 5 de septiembre próximo las autorizaciones administrativas de uso de agua sólo podrán cambiar de titular, previa autorización de la Dirección General de Aguas, siempre que:

i) estén fundadas en la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento;

ii) o se establezca la disponibilidad efectiva de las aguas.

Ello implica que, a diferencia del régimen actual, se restringe en importante medida la libertad de contratación sobre derechos de aguas, pues éstos ya no podrán ser objeto de los más diversos actos y contratos que sobre ellos se celebran hasta ahora. Cabe anotar al respecto:

i) Por ejemplo, ya no bastará la sola voluntad de las partes para celebrar compraventa, hipoteca, aporte como capital a sociedades, usufructo, entre otros actos respecto de derechos de aguas. En esos casos se requerirá a partir de la vigencia de la Constitución la autorización de la Dirección General de Aguas para el “cambio de titularidad”.

ii) Especial mención merece la autorización que la Dirección General de Aguas deberá dar al cambio de titularidad fundándose en la disponibilidad efectiva de las aguas. ¿Qué pasará en aquellas fuentes que se encuentran en régimen de turno o prorrata? ¿La Dirección General de Aguas autorizará el cambio de titularidad solo respecto del caudal que efectivamente se presente en la fuente en ese momento? ¿Qué pasará con el resto del caudal que el titular podría potencialmente captar en un régimen hidrológico más favorable? ¿perderá el titular de la autorización la posibilidad de mejorar sus dotaciones si en el periodo siguiente mejoran los caudales? En esa misma línea, también en las fuentes que se encuentran a prorrata (que son la mayoría) el cambio de titularidad de *derechos eventuales* no podrá ser autorizado, y su titular no podrá disponer de ellos. Ni qué decir que estos caudales actuales podrán ser discrecionalmente rebajados por la Dirección General de Aguas inmediatamente después de comenzar a regir, en su caso, la nueva Constitución (como lo señala expresamente el art. 38T inc. 1°, pues este proceso de redistribución (esto es, rebaja de caudales a

cada derecho de aguas) comenzará de inmediato, “con sentido de urgencia”.

iii) Es necesario señalar los efectos que tendrá la Constitución sobre los procedimientos de ejecución, embargo y remate de los derechos de aprovechamiento de aguas por no pago de patente por no uso – llevados adelante por la Tesorería General de la República – y en los procedimientos de ejecución seguidos en contra de accionistas morosos por las organizaciones de usuarios de aguas. En efecto, no podrán trabarse los embargos a que se refieren los arts. 129 bis 12 y 214 del Código de Aguas, respectivamente, por adolecer de objeto ilícito; como tampoco llevarse a cabo el remate que indican esos procedimientos. La imposibilidad de realizar el remate también afectará a todos los procedimientos que comprendan la realización de derechos de agua, por adolecer de objeto ilícito (como, por ejemplo, de aquéllos sobre los cuales se haya constituido hipoteca para garantizar créditos en favor de bancos e instituciones financieras).

iv) Finalmente cabe preguntarse qué sucederá con los contratos vigentes cuyo objeto recae sobre el derecho de agua. Es el caso por ejemplo de titulares de derechos *consuntivos* que ocupan sus aguas además en generación hidroeléctrica y han celebrado contratos con terceros para disponer de la energía generada. Tal fue el caso de múltiples iniciativas al interior de canales que construyeron pequeñas centrales hidroeléctricas al interior de sus acueductos haciendo uso de los incentivos de la Ley N° 20.257. Los titulares de esos proyectos celebraron contratos y comprometieron venta de energía a otras empresas de mayor tamaño.

7. Síntesis de las normas transitorias en materia de aguas.

1°. Dado que en virtud del texto permanente de la propuesta los actuales titulares de derechos de aguas perderán su título actual, el cual será transmutado por una mera autorización temporal (no se especifica la temporalidad por la

propuesta) y, además, dicha autorización será intransferible, se estimó necesario dictar algunas reglas transitorias. La propuesta no lo hace así respecto de todas las materias, como el caso de la regulación minera a la cual no dedica ninguna norma transitoria, salvo la situación de la empresa pública Codelco.

2° En cuanto al uso y goce sobre el caudal de agua sobre el que recaen los derechos de aguas, cabe distinguir:

i) Respecto de la constitución y extinción señalan las normas transitorias que se aplicarán las reglas actuales, mientras no se dicte la nueva legislación.

ii) Pero en cuanto a su ejercicio ya no podrán ser ejercidos los actuales derechos de aguas bajo las mismas reglas de ejercicio y cargas que prescribe el Código de Aguas, sino que serán objeto de “revisión y ajuste de los caudales a ser redistribuidos en cada cuenca” (art. 35T inc. 1°). Este proceso de redistribución comenzará de inmediato, “con sentido de urgencia” (art. 36T inc. 1°).

De ahí que no cabría afirmar que las normas transitorias de la propuesta mantengan “las mismas reglas actuales”, pues ellas establecen diversos efectos inmediatos respecto de los actuales derechos de aguas.

3° No cabe afirmar que los actuales derechos de aguas indefinidos pasarán ahora a ser autorizaciones temporales por 30 años. Eso no lo dice ni el texto permanente ni transitorio de la propuesta, y la temporalidad puede llegar a ser muy breve o muy extensa, quedando abierta a la discrecionalidad de una futura ley o de algún reglamento autónomo del Presidente.

4° Si bien el art. 35T inc. 2° N° 1 señala que los actuales derechos de aguas (convertidos en autorizaciones de aguas por la propuesta) admiten cambios en su titularidad y la suscripción de actos jurídicos que impliquen que una persona distinta ejerza los derechos de uso y goce sobre el caudal

de aguas, previa autorización de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad efectiva del recurso hídrico, ello implica severas dificultades respecto del caudal, el que podrá ser rebajado a discreción por la autoridad (Dirección General de Aguas), sin previa ley que regule esa atribución, sino como una especie de mandato directo de la Constitución.

5° En general no existe un verdadero régimen transitorio en materia de aguas, sino más bien un régimen inmediato con algunos ajustes, quebrando la regla que la propuesta establece en general para las demás materias (ver art. 2T), mostrando una gran ansiedad regulatoria en el tema. De ahí que no es efectivo que en tres años más se producirán los cambios. Existen importantes y radicales cambios inmediatos, lo que significará un golpe regulatorio en el sector, lo que sembrará incertezas que son difíciles de identificar y cuantificar, en cuanto al efecto expansivo de las mismas. Todo ello pues las aguas constituyen un insumo esencial para diversas actividades económicas.

6° La propuesta establece una discriminación en favor de personas, asociaciones y comunidades indígenas, creando en su favor un status privilegiado para la utilización de aguas y para el registro “automático” de sus autorizaciones de aguas; en contraste con la precarización de los actuales derechos de aguas del resto de los chilenos.

CONCLUSIONES

1° La propuesta establece una verdadera *refundación* del régimen regulatorio de las aguas, sin tener en consideración la reforma al Código de Aguas que comenzó a regir el 6 de abril y que fue producto de un acuerdo transversal, luego de un extenso debate en el Congreso Nacional.

2° Cabe hablar de *refundación*, pues la regulación que se contiene en la propuesta constituye una radical transformación, tanto respecto de la naturaleza jurídica de las aguas como de los títulos, y sus características, que se otorgarían para utilizarlas. Dicha refundación alcanza también a la institucionalidad y administración de las aguas.

3° El agua, junto con otros recursos naturales, será parte constitutiva de un nuevo sujeto de derechos: la naturaleza. Ésta, como tal, gozará de garantías fundamentales constitucionalmente amparadas las que podrán ser reclamadas por cualquier persona y/o su representante legal: el defensor de la naturaleza. En ese sentido, cualquier actividad que se quiera hacer con el agua deberá supeditarse al ejercicio de los derechos de este nuevo sujeto de derechos.

4° En cuanto a la naturaleza jurídica del agua, así como del título y características del derecho a utilizarlas, la transformación que se propone es completamente ajena a lo que ha sido la tradición y la regulación que históricamente ha regido en nuestro país. En efecto, se deja atrás la naturaleza jurídica del agua como bien nacional de uso público y se prescinde, en consecuencia, de la técnica administrativa de la concesión, propia de este tipo de bienes, para otorgar su uso a particulares. En su lugar se establece que son bienes comunes naturales constitutivos de la

naturaleza, nuevo sujeto de derechos. Coherente con lo anterior, sólo cabe dar autorizaciones modificables, revisables, revocables y temporales para la utilización del recurso.

5° Sin duda, la transformación más grave es la transmutación y degradación de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas (que ya experimentaron modificaciones importantes con la reciente reforma del Código de Aguas) en meras autorizaciones de uso; las que -en contraste con los primeros- tienen como una de sus notas distintivas su precariedad, con la incertidumbre que ello genera.

6° Estas autorizaciones serán intransferibles, lo que significa en Derecho que cualquier acto jurídico que se celebre a su respecto adolecerá de objeto ilícito y este acto será nulo absolutamente (art. 1682 Código Civil). Si bien en las normas transitorias se autoriza -por un plazo acotado de 3 años- cambiar la titularidad de las autorizaciones bajo ciertas condiciones (y previa anuencia de la Dirección General de Aguas) una vez vencido el plazo de vigencia de las reglas transitorias comenzará a regir el articulado permanente de la propuesta constitucional y las autorizaciones pasarán a ser totalmente intransferibles.

7° Respecto de la institucionalidad, se crean nuevos organismos, siendo los principales la Agencia Nacional del Agua y los Consejos de Cuenca; el primero de los cuales pasaría a ser un *supra* organismo, en tanto que respecto de los segundos no hay claridad en cuanto a la forma y condiciones en que participarían en ellos las organizaciones de usuarios de aguas, no habiendo duda -en todo caso- en que ya no serían las juntas de vigilancia las encargadas de administrar las aguas en las fuentes naturales.

8° La propuesta mandata al Estado a proteger las aguas en todos sus estados y fases y ciclo hidrológico, por lo que no se tiene claridad si operará la desafectación del recurso una vez que es captado desde la fuente natural e introducido en obras de conducción y/o acumulación. Es necesario despejar lo anterior, puesto que de ello podría vislumbrarse el alcance de la acción de la Administración al interior de las organizaciones de usuarios en obras de aprovechamiento común; debiendo tenerse presente al respecto que sobre dichas obras se consagra una presunción de dominio en favor de los titulares de los derechos de aprovechamiento en las aguas que las utilizan.

9° Finalmente, la propuesta establece una ostensible discriminación respecto de los derechos de aguas que se reconocen a los indígenas; creando en esta materia, titulares de primera y de segunda categoría (siendo los primeros personas, asociaciones y comunidades indígenas; y los segundos, todos quienes no tengan alguna de esas condiciones). Es así como las personas, comunidades y asociaciones indígenas tendrán constitucionalmente garantizado el derecho “a sus recursos”, se les exime de una serie de cargas públicas para ejercerlo y podrán participar de modo vinculante en la formulación del plan regional de manejo integrado de cuencas, pudiendo incluso vetarlo en caso de no dar su consentimiento.

Santiago, 15 de julio de 2022.

ANEXOS DE NORMAS:

I. ARTÍCULOS RELATIVOS A AGUAS Y A LA NATURALEZA DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

Capítulos de la Constitución en que se trata el tema de aguas:

1. CAPÍTULO II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS

2. CAPÍTULO III. NATURALEZA Y MEDIOAMBIENTE

- Bienes comunes naturales
- Estatuto de las aguas

3. CAPÍTULO VI. ESTADO REGIONAL Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

4. NORMAS TRANSITORIAS

CAPÍTULO II DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS

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.

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.

Artículo 78

1. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables.

2. Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica.

3. Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice la

expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador.

4. La propietaria o el propietario siempre tiene derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.

5. El pago deberá efectuarse de forma previa a la toma de posesión material del bien expropiado y la persona expropiada siempre podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, así como del monto y de la modalidad de pago ante los tribunales que determine la ley.

6. Cualquiera sea la causa invocada para llevar a cabo la expropiación, siempre debe estar debidamente fundada.

CAPÍTULO III NATURALEZA Y MEDIOAMBIENTE

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.

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.

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.

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 el dominio privado, el deber de custodia del Estado implica la facultad de regular su uso y goce, con las finalidades establecidas en el inciso

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.

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.

Estatuto de las aguas

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.

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

Artículo 141

El Estado deberá promover y proteger la gestión comunitaria de agua potable y saneamiento, especialmente en áreas y territorios rurales y extremos, en conformidad con la ley.

Artículo 142

El Estado velará por un uso razonable de las aguas. 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.

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.

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 competencia 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 cuencas. 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 la 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.

Estatuto de los minerales

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.

CAPÍTULO VI.

ESTADO REGIONAL Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

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.

2. Este deber tendrá como fin asegurar una adecuada localización de los asentamientos y las actividades productivas, que permitan un manejo responsable de los ecosistemas y de las actividades humanas, con criterios de equidad y justicia territorial para el bienestar intergeneracional.

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.

4. La ordenación y planificación de los territorios será vinculante en las materias que la ley determine. Serán ejecutadas de manera coordinada e integrada, enfocadas en el interés general y con procesos de participación popular en sus diferentes etapas.

Artículo 220

Son competencias de la región autónoma:

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

i) La planificación, el ordenamiento territorial y el 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 con la ley.

Artículo 226

Son atribuciones de la asamblea regional:

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

Ruralidad

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.

2. Asimismo, facilitará la participación de las comunidades rurales a nivel local y regional en el diseño y la implementación de programas y políticas públicas que les afectan o conciernen.

NORMAS TRANSITORIAS

Trigésima cuarta

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, 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.

Trigésima quinta

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

Trigésima sexta

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 sobreotorgamiento 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.

II. ARTÍCULOS RELATIVOS A RECURSOS INDÍGENAS DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

Capítulos de la Constitución en que se trata el tema:

1. CAPÍTULO II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS

2. NORMAS TRANSITORIAS

CAPÍTULO II DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS

Artículo 34

Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos; a la cooperación e integración; al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 54

1. Es deber del Estado asegurar la soberanía y seguridad alimentaria. Para esto promoverá la producción, la distribución y el consumo de alimentos que garanticen el derecho a la alimentación sana y adecuada, el comercio justo y sistemas alimentarios ecológicamente responsables.

2. El Estado fomenta la producción agropecuaria ecológicamente sustentable.

3. Reconoce, fomenta y apoya la agricultura campesina e indígena, la recolección y la pesca artesanal, en tanto actividades fundamentales para la producción de alimentos.

4. Del mismo modo, promueve el patrimonio culinario y gastronómico del país.

Artículo 55

El Estado garantiza el derecho de campesinas, campesinos y pueblos y naciones indígenas al libre uso e intercambio de semillas tradicionales.

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.

Artículo 79

1. El Estado reconoce y garantiza, conforme con la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos.

2. La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.

3. La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general.

4. Conforme con la Constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva.

Artículo 102

1. El Estado, en conjunto con los pueblos y naciones indígenas, adoptará medidas positivas para la recuperación, la revitalización y el fortalecimiento del patrimonio cultural indígena.

2. Asimismo, reconoce el patrimonio lingüístico constituido por las diferentes lenguas indígenas del territorio nacional, las que son objeto de revitalización y protección, especialmente aquellas que tienen el carácter de vulnerables.

3. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a obtener la repatriación de sus objetos de cultura y restos humanos. El Estado adoptará mecanismos eficaces para su restitución y repatriación. A su vez, garantiza el acceso a su patrimonio, incluyendo objetos de su cultura, restos humanos y sitios culturalmente significativos para su desarrollo.

NORMAS TRANSITORIAS

Vigesimoctava

1. Dentro del plazo de un año desde la entrada en vigencia de esta Constitución, el Presidente de la República convocará a una Comisión Territorial Indígena, la cual determinará catastros, elaborará planes, políticas, programas y presentará propuestas de acuerdos entre el Estado y los pueblos y naciones indígenas para la regularización, titulación, demarcación, reparación y restitución de tierras indígenas. Sus avances serán remitidos periódicamente a los órganos competentes para su progresiva implementación, obligándose estos a dar cuenta semestralmente de sus avances en la materia.

2. La Comisión estará integrada por representantes de todos los pueblos y naciones indígenas, determinados por sus organizaciones representativas, a través de un proceso de participación indígena convocado de conformidad con el artículo 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Dicha comisión estará integrada, además, por representantes del Estado y por personas de reconocida idoneidad, quienes serán nombradas por el Presidente de la República. El Estado deberá garantizar su debido financiamiento, infraestructura, acceso a la información necesaria, asistencia técnica, administrativa y, además, podrá convocar a organismos internacionales para desempeñarse como observadores garantes del proceso. La Comisión funcionará durante cuatro años, prorrogables por otros dos.

Trigésima quinta

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

Trigésima sexta

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 sobreotorgamiento 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.

Quincuagésima séptima

Dentro del plazo de tres años contado desde la entrada en vigencia de esta Constitución, el Presidente de la República deberá ingresar un proyecto de ley integral de patrimonios que aborde la institucionalidad y regulación del patrimonio cultural, natural e indígena, dando cumplimiento a los artículos 24 inciso 5, 93, 101, 102 y 202 letra h) e i).

Cómo se define el uso del agua:

Constitución actual y Código de Aguas	Tema	Propuesta de nueva Constitución
<ul style="list-style-type: none"> Bien nacional de uso público. 	Naturaleza jurídica del agua	<ul style="list-style-type: none"> Bien común natural.
<ul style="list-style-type: none"> Derecho real de aprovechamiento de aguas. 	Naturaleza jurídica del derecho	<ul style="list-style-type: none"> Nada se dice.
<ul style="list-style-type: none"> Concesión. 	Origen del título	<ul style="list-style-type: none"> Autorización administrativa.
<ul style="list-style-type: none"> Uso, goce y disposición. 	Atributos del derecho	<ul style="list-style-type: none"> Uso.
<ul style="list-style-type: none"> Antiguos derechos son indefinidos. Nuevos derechos son temporales, por hasta 30 años, según plazo señalado en el Código de Aguas. 	Duración	<ul style="list-style-type: none"> Todas las autorizaciones son temporales, sin definición de plazos, sujetas a diversas causales de extinción.
<ul style="list-style-type: none"> Libremente transferibles. 	 Transferibilidad	<ul style="list-style-type: none"> Incomerciables. Norma transitoria establece que por un plazo de tres años se podrá cambiar la titularidad con autorización de la DGA.

Cómo se administra el recurso:

Constitución actual y Código de Aguas	Tema	Propuesta de nueva Constitución
<ul style="list-style-type: none"> Juntas de vigilancia y organizaciones de usuarios. 	Distribución y administración de las aguas	<ul style="list-style-type: none"> DGA transitoriamente, y luego la Agencia Nacional del Agua y los Consejos de Cuenca.
<ul style="list-style-type: none"> Procede en casos de sequía severa para priorizar el consumo humano, con derecho a indemnización. 	Redistribución de las aguas	<ul style="list-style-type: none"> Se ordena a la autoridad realizar la redistribución administrativa de caudales en todas las cuencas para garantizar el consumo humano y los derechos de la naturaleza, sin indemnización. Se exceptúan del proceso a los pequeños agricultores, población indígena y Agua Potable Rural (APR).
<ul style="list-style-type: none"> Dirección General de Aguas (DGA). 	Órgano administrativo central	<ul style="list-style-type: none"> Dirección General de Aguas (DGA) en forma transitoria, y luego la Agencia Nacional del Agua.
<ul style="list-style-type: none"> Reparto entre la DGA y gestión autónoma de las juntas de vigilancia y organizaciones de usuarios de aguas en la distribución. 	Administración y distribución del agua	<ul style="list-style-type: none"> Agencia Nacional del Agua, Consejos de Cuenca, Región Autónoma y Asamblea Regional.
<ul style="list-style-type: none"> Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces y Catastro Público de Aguas de la DGA. 	Régimen registral	<ul style="list-style-type: none"> Traslado de todas las inscripciones al Catastro Público de la DGA y registro automático en el caso de usos tradicionales indígenas.

Qué aspectos están regulados:

Constitución actual y Código de Aguas	Tema	Propuesta de nueva Constitución
<ul style="list-style-type: none"> Los derechos de aprovechamiento de aguas están garantizados por la vía de la propiedad. 	Protección constitucional del título	<ul style="list-style-type: none"> A las autorizaciones no se les considera derechos, por lo que quedan sin protección constitucional. Nada se dice en el capítulo de derechos y garantías fundamentales.
<ul style="list-style-type: none"> Constitucionales (recurso de protección) y legales (reconsideración, amparo y otras). 	 Acciones judiciales	<ul style="list-style-type: none"> Constitucionales (acción de tutela opera solo respecto del derecho humano al agua y derechos de la naturaleza).
<ul style="list-style-type: none"> Reconocidos constitucionalmente y susceptibles de regularización y perfeccionamiento. 	Usos y derechos consuetudinarios	<ul style="list-style-type: none"> No se reconocen constitucionalmente. Solo se mencionan en norma transitoria a la reciente modificación del Código de Aguas.
<ul style="list-style-type: none"> Se reconoce y prioriza sobre cualquier uso. (en el Código de Aguas). 	Derecho humano al agua y al saneamiento	<ul style="list-style-type: none"> Se reconoce y prioriza sobre otros usos.
<ul style="list-style-type: none"> Se reconoce y se mandata a la autoridad a propender por un equilibrio entre ambas funciones. 	Relación entre función ecosistémica y productiva del agua	<ul style="list-style-type: none"> Cualquier uso que se quiera hacer con el agua queda supeditado a los derechos de la naturaleza.

BOLETÍN
Mirada Administrativa N° 16
Julio 2022

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

EDICIÓN GENERAL
Programa de Derecho
Administrativo Económico UC
(PDAE)