

/ N°18

/ Agosto • 2022

Derecho Administrativo y Recursos Naturales en la Propuesta de Nueva Constitución

*Segundo Seminario de análisis.
Crónica*

27 de julio de 2022



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

Derecho Administrativo y Recursos Naturales en la Propuesta de Nueva Constitución

*Segundo Seminario de análisis.
Crónica*

27 de julio de 2022

PRESENTACIÓN

El pasado miércoles 27 de julio se llevó a cabo el Segundo Seminario de análisis sobre “Derecho Administrativo y Recursos Naturales en la Propuesta de Nueva Constitución”, organizado por el Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE).

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

La Universidad ofrece a todos, académicos y representantes de las entidades públicas y privadas asociadas al sector de los Recursos Naturales y el Derecho Administrativo, un espacio adecuado para el análisis y discusión de los temas más

importantes, a la luz de la propuesta constitucional dada a conocer al país.

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

En esta oportunidad, el seminario se desarrolló a través de tres paneles temáticos: Entrada en vigencia, Recurso de Protección y Reglamento; Servicios Sanitarios y Minas; Derecho Indígena, Derecho de aguas y distribución de aguas.

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

I. PRIMER PANEL: ENTRADA EN VIGENCIA, RECURSO DE PROTECCIÓN Y REGLAMENTO



Eduardo Cordero Quinzacara

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III, España. Profesor de Derecho administrativo, Derecho de aguas, Derecho de minas y Derecho urbanístico en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

I. ASPECTOS GENERALES

El abogado inició su exposición señalando que la Constitución es un texto con diversas aristas y contenidos, pues es un texto de carácter normativo-jurídico, político, y que protege y otorga garantías. Así, mencionó que la Propuesta Constitucional presenta cambios en materias tales como la forma y modelo de Estado, el cambio de un Estado Subsidiario a uno Regional, Plurinacional y Social y Democrático de Derechos, con mayor injerencia del Estado; en el sistema político, con un Presidencialismo, un bicameralismo atenuado (asimétrico), y los Sistemas de Justicia con el Consejo de la Justicia; en los Derechos Fundamentales, particularmente los derechos económicos-sociales; y, por último, el régimen de los bienes con los bienes naturales comunes y la posición del Estado como regulador, prestador de servicios y su actividad empresarial.

Propuesta Constitucional y las normas sobre su entrada en vigencia: inconstitucionalidad sobrevenida, derogación tácita y supremacía constitucional

II. EL PROBLEMA DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Luego, el expositor se preguntó acerca de la forma en que dichos cambios se adoptarían en la propuesta constitucional en caso de aprobarse, pues existirían como en todo proceso de cambio constitucional, a su juicio, diversas fuentes normativas que no conversarían en armonía con el texto constitucional, dando paso al problema de la incompatibilidad de un nuevo texto constitucional con el ordenamiento jurídico vigente.

Así, explicó, existirían dos técnicas o vías que han sido utilizadas a nivel comparado: la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas, en que se da a las Cortes Constitucionales la misión de determinar su vigencia; y la derogación tácita, los cual se realiza a través de un control difuso que puede ser llevado por la Corte Constitucional, jueces de instancia e, incluso, órganos administrativos.

El expositor señaló que en la reforma al capítulo XV se le otorgó a la Convención Constitucional la atribución de establecer normas transitorias. Luego, analiza, por un lado, lo señalado en el artículo primero transitorio de la propuesta constitucional, el cual ha referencia a su entrada en vigencia; y, por otro, el artículo segundo transitorio en que se establece que “toda 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 (...)”.

Esta última norma, según explicó, se refiere a toda normativa, tanto de carácter legal como reglamentaria, pero además señala que la entrada en vigencia del nuevo texto no significa, ipso iure, la derogación de textos vigentes.

Por último, el profesor hizo referencia y analizó la implicancia del inciso segundo del artículo segundo transitorio de la propuesta constitucional en que se mandata a los jefes de servicio adaptar su normativa interna en conformidad con el principio de la supremacía constitucional.

III. CONCLUSIONES

El profesor Cordero concluyó que, de aprobarse la propuesta constitucional, se producen los siguientes hitos: i) Derogación de la Constitución de 1980; ii) Se mantiene en vigor la normativa vigente, salvo que sea derogada, modificada o sustituida, o que sea declarada como contraria a la Constitución por la Corte Constitucional; iii) Los jefes de servicio de los órganos del Estado deberán adaptar su normativa interna de conformidad con el principio de supremacía constitucional; y iv) Las normas transitorias, en sí, tienen aplicación inmediata, por lo que, por ejemplo, todos los derechos de agua se transformarán en autorizaciones de uso.



Josefina Soto Larreátegui

*Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
Profesora en el Diplomado de Derecho Administrativo de la
Pontificia Universidad Católica de Chile.*

**Eliminación del recurso de protección:
¿Progreso o Involución?**

I. ASPECTOS GENERALES

La profesora inició su exposición contextualizando la regulación del Recurso de Protección en la normativa nacional, destacando el Acta Constitucional N°3, el Decreto Ley N°3464 y el Decreto N°100 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la actual Carta Fundamental. En esa línea, recordó en su exposición el artículo 20 de la Constitución Política de la República y lo comparó con la propuesta de la Nueva Constitución que regula en el Capítulo II sobre “Derechos Fundamentales y Garantías”, artículo 119 al 122, las acciones constitucionales.

II. ARTÍCULO 119 DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

La expositora analizó el artículo 119 de la propuesta constitucional que, en sus 9 numerales, desarrolla la acción de tutela. Así, destacó las siguientes modificaciones: a) Tribunal competente y aplicabilidad; b) Ampliación de derechos protegidos; c) Fundamento de la acción de tutela; d) Procedimiento; e) Legitimación activa; y f) Nacionalidad.

Respecto al tribunal competente, la expositora señaló que en la actual Carta Fundamental es la Corte de Apelaciones respectiva la competente para conocer el recurso de protección, mientras que en la propuesta constitucional es el tribunal de instancia que determine la ley. En ese sentido, se preguntó cuál será el tribunal de instancia que determinará la ley, pues la Corte de Apelaciones sería excluida dado que ella conocerá la apelación de la sentencia definitiva de esa acción de tutela. En ese sentido, explicó que de ser los jueces de primera instancia con competencia en lo civil, útil sería tener en cuenta que durante el año 2021, se interpusieron 670.000 acciones civiles y de aquellos que se tramitan en procedimiento sumario, pues la acción de tutela sería así, se demoraron en promedio 9 meses. Asimismo, comparó esta situación con la tramitación del recurso de protección que a 2021 fueron aproximadamente 170.000 y el promedio de tramitación fue de 3 meses (83 días). La consecuencia natural, desde su punto de vista, será el aumento de carga de trabajo de los Tribunales que serán competentes, aumentando los tiempos de tramitación, desvirtuando la acción de tutela.

Prosiguió señalando que, si se pensó esta modificación teniendo en cuenta los 222 tribunales

civiles frente a 17 Corte de Apelaciones que existen en el país o la proximidad geográfica para su interposición, a juicio de la expositora, esto no tiene mayor justificación por el sistema electrónico de tramitación. Otra opción que podría darse es que la ley determine que son los tribunales administrativos los competentes que, además de la acción de tutela, serían competentes para conocer todos los asuntos que actualmente se radican en los tribunales de cuentas, de contratación públicas, de propiedad industrial, entre otros.

En cuanto a la aplicabilidad de la acción de tutela, la expositora explicó que mientras no se dicte la ley que regule al órgano competente, se mantendrán vigentes todos los autoacordados que regulen la materia (disposición cuadragésimo segunda).

En relación a la ampliación de derechos protegidos, la profesora explicó que la propuesta contempla 55 nuevos derechos fundamentales que sumado a los 24 vigentes, totalizan 79 aprox. Así, señaló que se deja de lado la taxatividad que indica la actual Carta Fundamental, señalando la nueva propuesta una expresión genérica, pues la acción de tutela procedería para asegurar los “derechos fundamentales”, sin mencionar en particular a ninguno de ellos.

En su exposición destacó que esta situación merece atención en relación a la jurisprudencia que se generará, pues existen algunos derechos que no se sabe cómo se concretarán y se garantizarán. Así, expuso como ejemplos el artículo 48 sobre el derecho de los trabajadores a participar en las decisiones de la empresa; el artículo 50 sobre el derecho al cuidado; el artículo 51 sobre la vivienda digna; el artículo 56 sobre el derecho a la alimentación adecuada; y, por último, el artículo 53 sobre el derecho a vivir en entornos seguros y libres de violencia.

En cuanto al fundamento de la acción de tutela, la expositora señaló que la actual Carta Fundamental se refiere a actos u omisiones arbitrarios o ilegales, mientras que la propuesta constitucional solo habla de un acto o una omisión. Destacó que se eliminó la arbitrariedad e ilegalidad que son uno de los elementos que se analizan a la hora de resolver los recursos, pronosticando un aumento elefantiásico de acciones de tutela como consecuencia de este cambio normativo.

Respecto al procedimiento, la abogada recordó que la actual Carta Fundamental nada dice sobre ello, quedando sujeto al autoacordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. En ese sentido, lo comparó con la actual propuesta constitucional, señalando que se puede deducir mientras la vulneración persista (no tiene plazo); se tramitará sumariamente; tiene preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal; es una acción subsidiaria, pues será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar su derecho, salvo aquellos casos en que, por urgencia o gravedad, pueda provocarle un daño grave, inminente o irreparable, perdiendo, a juicio de la expositora, toda la naturaleza que tiene el actual recurso de protección; y, por último, queda a discreción del tribunal el procedimiento judicial que resuelva la pretensión procesal.

En relación a la legitimación activa, la profesora Soto destacó la creación de dos nuevos órganos autónomos, esto es, la Defensoría de la Naturaleza y la Defensoría del Pueblo que podrán interponer la acción de tutela por vulneración de los derechos de la naturaleza y de los pueblos indígenas.

Finalizó la presentación refiriéndose a la acción de nacionalidad que se subsumiría en la acción de tutela, de aprobarse la propuesta constitucional.



Alejandro Vergara Blanco

Abogado de la Universidad de Concepción. Post-doctorado en Derecho en la Université de Pau, Francia. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Profesor titular de Derecho Administrativo de la UC, y Director del Programa de Derecho Administrativo Económico de la misma Facultad.

I. INTRODUCCIÓN

El profesor Vergara dividió su exposición en tres partes: La primera relacionada a la Constitución Administrativa de la República; en segundo lugar, las tres bases de toda democracia del Derecho Administrativo; y, por último, al caso del Reglamento autónomo, adelantando la pérdida del primado de la ley.

II. LA CONSTITUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA REPÚBLICA

El expositor desarrolló su exposición refiriéndose al caso de la conexión entre la Constitución y la acción de la Administración. A su entender, la acción de la Administración regularmente se lleva adelante por los órganos administrativos que han sido creados por una ley, en pleno respeto al llamado Principio de Legalidad. De ahí que se habla de cierto primado o reinado de la ley, pues todos los valores que contempla la

Potestad reglamentaria en la nueva Constitución

Constitución son al mismo tiempo desarrollados por las leyes, los cuales tienen una posición muy relevante en el sistema de Fuentes del Derecho.

Continuó explicando que la jerarquía que habitualmente establecemos es que en primer lugar la Constitución, en virtud de la supremacía constitucional y, en seguida, está la ley. De esta manera, a su juicio, lo que puede llegar a sustituir a la ley son los principios generales del Derecho, que los jueces, cuando hay vacíos normativos de las leyes, incorporan en la resolución de sus causas.

En una tercera jerarquía, que el expositor no califica de Fuente del Derecho, están los Reglamentos, los actos administrativos y otras decisiones de los órganos administrativos.

III. LAS TRES BASES DE TODA DEMOCRACIA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El expositor continuó su exposición explicando las tres bases de toda Democracia y del Derecho Administrativo. A su juicio, sin estas bases ya no hablamos que existe una Democracia sana.

Así, en primer lugar, señaló la separación de poderes, luego el principio de legalidad, y por último, la vigencia de derechos y libertades de las personas.

1. SEPARACIÓN DE PODERES DEL ESTADO

En primer lugar, en relación a la separación de poderes del Estado, el expositor explicó que en la situación actual pareciera haber un equilibrio y de separación de esos tres poderes del Estado, es decir, entre la Presidencia de la República, entre el Congreso Nacional, (habiendo un equilibrio también dentro del Congreso Nacional entre las dos cámaras), y luego un poder Jurisdiccional autónomo.

El abogado explicó que en la propuesta de Constitución se mantienen estas tres funciones estatales, pero hay una distinta denominación y un desequilibrio. Se dice que el Presidente de la República tendrá poderes mesurados o disminuidos respecto a la situación actual, pero dicha situación no es tan efectiva, según explicó. En segundo lugar, el Poder Legislativo está compuesto por el Congreso de Diputadas y Diputados, que es quien tiene mayores poderes y mayores posibilidades de Legislación. Luego la Cámara de las Regiones, que es el reemplazo del actual Senado, va a sufrir una especie de *capitis diminutio*, pues va a tener menos posibilidades de definir leyes.

Continuó su exposición señalando que habrá un sistema de Justicia, con un Consejo de Justicia que altera el nombramiento de los jueces. Habrá una

Corte Constitucional y una Justicia Electoral que tienen una posición bastante diferenciada de acuerdo a lo que hay hoy.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El profesor señaló que la segunda base de la Democracia o del Derecho Administrativo es el principio de legalidad. Así, explicó que hoy en día el principio de legalidad, y enfocándolo de frente a la reglamentación, está en medio de un diseño de fuentes que pone en la cúspide a la Constitución y, en seguida, sólo a la ley desde el punto de vista formal, la cual puede ser sustituida por un principio general del Derecho a raíz de la inexcusabilidad de los jueces.

En esa línea, señaló que en virtud del artículo 76 de la actual Constitución, cada vez que un juez deba resolver un caso, deberá hacerlo aun cuando no haya ley, sustituyendo el juez a la ley en esos casos por los principios. Por lo tanto, a juicio del expositor, las Fuentes del Derecho democrático son las leyes, son los principios en estos casos excepcionales de sustitución de la ley ante sus lagunas.

Agregó el expositor que solo la ley es la obligatoria y vinculante para los tribunales de justicia, no estando vinculados los tribunales por los Reglamentos porque se entiende que es una normativa de inferior jerarquía, que solo desarrolla a la ley y no puede contradecirla, por lo tanto, según explicó, los reglamentos tienen en nuestro sistema un método de control difuso por cada tribunal. En ese sentido, los tribunales le deben primero respeto y lealtad a la ley, siendo el único reglamento que opera en nuestro sistema el reglamento de ejecución, porque en virtud de la cláusula del artículo 63 N°20 de la Constitución solo la ley puede

regular de modo general una institución jurídica dentro de nuestro sistema.

Asimismo, el profesor explicó que la propuesta de Constitución establece y cambia el sistema de fuentes. Uno de la ley siendo taxativa la numeración respecto de ello y luego el reglamento autónomo para todo lo demás.

3. LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS ADMINISTRADOS

En relación a este punto, el profesor Vergara expuso que en la propuesta de Constitución, hay una degradación junto a una importante enumeración y valoración de múltiples otros derechos y garantías, pero la libertad económica, ya no tiene la garantía de la igualdad de trato en cuanto a la actividad de las empresas públicas o al menos guarda silencio la propuesta de Constitución, y el derecho de propiedad y expropiación se altera el concepto de justo precio.

IV. EL CASO DEL REGLAMENTO AUTÓNOMO EN EL BORRADOR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

En primer lugar, el abogado explicó que el Reglamento Autónomo tendrá la calidad que nunca había tenido incluso en el derecho comparado.

Lo anterior, lo justificó al señalar que se establece un listado taxativo en materias de ley, pues el artículo 264 de la propuesta indica un listado de 17 casos en los cuales la ley puede regular una cierta materia y el último de esos números señala que también podrá hacerlo en todos los otros casos en que la propia Constitución exija que sea a través de una ley.

La primera regla es que la Constitución establece un centenar de casos en los cuales se invoca a la ley para regular una materia. La segunda regla del artículo 288.2 le entrega al Presidente de la República, a través de la potestad reglamentaria autónoma, la posibilidad de regular todas las restantes materias que no estén en esa enumeración taxativa de la ley, así lo dice expresamente.

De esta manera, a juicio del expositor, no hay duda alguna que la propuesta constitucional ha creado dos campos autónomos de regulaciones: uno para el Poder Legislativo, muy acotado, pues no puede el legislador abarcar otros campos que no sean aquellos que la Constitución les señala, y en seguida para el Presidente de la República a través del reglamento autónomo.

Concluye esta parte de la presentación señalando que el reglamento autónomo, deja de tener el rol del reglamento de ejecución anterior que sigue existiendo también, que es mero complemento de una ley y pasa a ser una Fuente del Derecho y eso tiene consecuencias muy importantes en el sistema de fuentes.

V. FALTA DE UN EFECTIVO CONTROL JURÍDICO DEL REGLAMENTO AUTÓNOMO

El abogado continuó su exposición señalando que hasta el día de hoy la Contraloría General de la República controla el reglamento de ejecución. Sin embargo, en el caso del reglamento autónomo no va a proceder el control de la toma de razón. En ese sentido, se deberá hablar de control de la legalidad y de la reglamentariedad autónoma, porque se trata de una nueva fuente del Derecho, siendo discutible cómo va a ser ese enfrentamiento entre el Reglamento Autónomo en que el Presidente

de la República se pone en la misma posición de una ley.

En segundo lugar, el abogado explicó que la Corte Constitucional en un control político, que no es jurídico, solo podrá controlar a petición de las Cámaras porque no se contempla la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los Reglamentos Autónomos, lo que es un vacío a juicio del expositor.

En tercer lugar, el abogado señaló que los Tribunales de Justicia tienen de frente una fuente vinculante, pues no se origina para los tribunales esa preeminencia que antes tenía la ley. De esta manera añadió que se altera la denominación en la inexcusabilidad consagrada en el artículo 317, dado que no se dice que los jueces no pueden excusarse de resolver los casos ni aun a falta de ley que lo resuelva, sino que ahora se dice de un modo más amplio y genérico: “*a falta de norma jurídica expresa*”, por lo tanto, la Constitución está coordinada con este nuevo rol del reglamento autónomo y le señala directamente a los jueces que están vinculados, no solo a la ley, sino que al reglamento autónomo y esto significa que los jueces van a tener que fallar de acuerdo a lo que decida también un reglamento autónomo del Presidente de la República, y sólo ante el vacío de la ley del reglamento autónomo podrán operar los principios generales del Derecho.

VI. LAS CONSECUENCIAS EN LAS FUENTES DEL DERECHO

El profesor continuó su exposición señalando que hay un desequilibrio de poderes al respecto, cambiando la situación actual de los equilibrios. En ese sentido, hay un cambio en el Estado de Derecho, pues normalmente hay normas secundarias y subordinadas a la ley, como son los

reglamentos o la actividad de la Administración que es la que lleva adelante el Presidente de la República, rompiendo una tradición de occidente de separar las funciones de producción de las normas que corresponde al Legislador de la ejecución que están a cargo de la Administración y de la Jurisdicción.

Prosiguió señalando que en el sistema de fuentes se produce una deconstrucción del reinado de la ley y, por lo tanto, su degradación. En fin, a juicio del expositor, se produce el fenómeno que en teoría normativa se llama *descongelación* del rango normativo.

VII. EJEMPLOS DE LA SITUACIÓN

El justo precio en el caso de la indemnización estará regulado en el artículo 78.4 de la Constitución. La determinación del justo precio curiosamente no lo encarga a la ley, por lo tanto, estará encargado al reglamento autónomo y ahí se va a producir entonces una descongelación del rango normativo del artículo 38 del Decreto Ley 2186 de Procedimiento de Expropiación. Así, el abogado explicó que el justo precio lo va a regular en el futuro si es que se aprueba esta Constitución un reglamento autónomo.

Un segundo punto que abordó el expositor fue la regulación de la minería, pues el artículo 145.2 excluye a la ley de dicha regulación, siendo la degradación mucho mayor, porque el rango normativo baja no solo de la ley al reglamento, sino que baja desde la regulación constitucional de la minería, la regulación por LOC a un simple reglamento.

II. SEGUNDO PANEL: SERVICIOS SANITARIOS Y MINAS



Camilo Larraín Sánchez

Abogado Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho Universidad de los Andes. Gerente de Asuntos Jurídicos de Aguas Andinas S.A

I. CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL Y RELACIÓN CON EL AGUA

El abogado comenzó su exposición dando cuenta de un estudio realizado el año 2021 sobre los programas de los convencionales en relación a las aguas. Al menos 100 convencionales incluyeron materias de recursos hídricos. Más específicamente 81 convencionales consideraron relevante establecer el derecho humano al agua, 46 establecer usos prioritarios y 43 declarar el agua como bien nacional de uso público, entre otros. En definitiva, la enorme mayoría de los convencionales constituyentes consideraban que el tema agua era necesario tratarlo en la nueva constitución, refiriéndose prioritariamente a los recursos hídricos, a los derechos de agua, al Código de Aguas, medioambiente, etc.

Según explicó el abogado fueron pocos los que cuando hablaban de agua estaban aludiendo a los servicios básicos de agua potable y alcantarillado,

La prestación de servicios sanitarios en el borrador de nueva Constitución

postulando que tienen que ser prestados por el Estado. Todos estaban de acuerdo en la preferencia del uso del agua para el consumo humano. También muchos querían consagrar constitucionalmente el derecho humano al agua reconocido por la ONU. Al respecto señalaban los convencionales que hay lugares donde no hay provisión de agua potable, pero se estaban refiriendo a zonas rurales.

Continuó su exposición señalando que durante el mes de febrero de 2022 se presentaron las propuestas de normas constitucionales. Las relacionadas con materias hídricas se discutieron principalmente en las Comisiones N°5 de Medioambiente y Modelo Económico y N°4 de Derechos Fundamentales.

Prosiguió explicando que en relación a los servicios sanitarios o en forma más amplia a servicios públicos, se presentaron las siguientes propuestas que los afectaban directamente: Exclusión del amparo del derecho de propiedad a

las concesiones de servicio público y exclusión de los particulares de la prestación de servicios sanitarios y estatización de las empresas concesionarias de agua potable y alcantarillado.

Tras una larga y variada discusión en las comisiones temáticas, en el Pleno y al final en la aprobación de las normas transitorias, éstas finalmente fueron rechazadas, según señaló.

Luego analizó las propuestas que afectaban directamente a concesionarios de servicios sanitarios y fueron rechazadas.

II. NORMAS DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

El abogado señaló que se consagró el derecho humano al agua y al saneamiento de la misma forma que la ONU, todo lo cual está en consonancia con el actual art. 5° Código de Aguas.

Añadió que se da preferencia consumo humano, cuestión que a su juicio ya estaba recogido en el art. 5 bis del Código de Aguas.

También mencionó dos normas que se relacionan indirectamente con el derecho al agua, cual es el derecho a la vivienda y el derecho a la ciudad y al territorio, pues el Estado garantiza la protección y el acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos.

Por último, dentro de las normas relevantes que contiene la propuesta constitucional mencionó las autorizaciones para el uso de las aguas y las normas sobre la Agencia Nacional del Agua y las normas transitorias.

Dentro de las normas transitorias que destacó en su presentación, se encuentra aquella que señala “*En cuanto a su ejercicio, goces y cargas, tales derechos quedarán sujetos a todas las demás disposiciones del referido Código*” y si uno va al

Código de Aguas se encuentra con el Art. 20 inciso primero: “*El titular de un derecho de aprovechamiento inscrito podrá disponer de él con los requisitos y en las formas prescritas en este Código y de demás disposiciones legales*” En ese sentido el abogado se preguntó si los derechos anteriores serían autorizaciones indefinidas y comerciables o no.

III. CONCLUSIONES

Concluyó su presentación destacando las normas que facilitan el acceso al recurso para el abastecimiento de la población:

- Derecho Humano al Agua y Saneamiento.
- Prevalencia del uso del agua para el consumo humano.
- Agencia Nacional del Agua debe garantizar el acceso al derecho humano al agua.
- Constitución de Consejos de Cuenca.

En relación a las normas transitorias destacó la redistribución de las aguas para garantizar el derecho humano al agua. En esa línea destacó que se mantendrán vigentes los acuerdos entre usuarios para el abastecimiento de la población. (mientras se dicta la ley adecuatoria) y que la autoridad podrá autorizar cambios de titulares o cesión de uso para consumo humano. (mientras se dicta la ley adecuatoria o máx. 3 años).

En cuanto a las normas que podrían impactar negativamente a la prestación del servicio sanitario señaló, entre otras, la transformación *ipso iure* de los derechos de aprovechamiento de aguas en autorizaciones y el término del mercado del agua, cuestiones que podrían tener impactos en las tarifas y en los activos contables de las compañías.



María Paz Pulgar Betancourt

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho de minería en Diplomado de Derecho de los Recursos Naturales de la misma Facultad UC.

I. ASPECTOS GENERALES

La abogada analizó el estatuto minero de la propuesta constitucional y la discusión dentro de la Convención Constitucional. Señaló que, en definitiva, la regulación del estatuto minero en la propuesta es más bien escueta y observada desde su relación con el medio ambiente; también, mantiene el dominio público; junto con establecer áreas de prohibición para la actividad minera como los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley, y las demás que esta declare, lo cual, según señaló, es bastante anómala esta prohibición a la industria minera de desarrollarse en dichas zonas.

La abogada explicó, también, que en las normas transitorias no existe ninguna mención acerca de la gradualidad respecto de planes de cierre en aquellos proyectos que ya se encuentran establecidos y operando en áreas de prohibición, de modo que tendría aplicación inmediata. Por otro lado, señaló que otro cambio fundamental es la forma en que se establecen las compensaciones en caso de expropiaciones, mutando desde el daño patrimonial efectivamente causado hacia el justo precio.

II. CONTRAPUNTO CON LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Nueva Institucionalidad Minera: Dudas y Certezas

Luego, la profesora realizó el contrapunto con el texto de la Constitución de 1980, analizando aquellos aspectos que fueron eliminados por la propuesta, tales como el régimen concesional, degradando su regulación a la ley; el otorgamiento o extinción de las concesiones por parte de los Tribunales de Justicia; la garantía de propiedad respecto del titular de la concesión minera; la compensación por el daño patrimonial efectivamente causado; la supremacía del derecho concesional; el régimen de sustancias no concesibles; y el régimen de amparo.

III. CONCLUSIONES: DUDAS Y CERTEZAS

Finalmente, concluyó haciendo mención de las dudas y certezas de la propuesta. Respecto de las certezas, la abogada señaló que toda regulación quedará entregada a una ley simple; que existirán áreas de prohibición para desarrollar la actividad minera; y que la expropiación no será por el daño patrimonial efectivamente causado.

Sobre las dudas, concluyó diciendo que la primera gran duda es el resultado del plebiscito; también el cómo entenderá el legislador las áreas de exclusión minera y su ampliación por ley simple; ¿qué se entenderá por justo precio?; y, por último, se puede producir un cambio del régimen concesional por ley simple.

III. TERCER PANEL: DERECHO INDÍGENA / DERECHO DE AGUAS Y DISTRIBUCIÓN DE AGUAS



Sebastián Donoso Rodríguez

Abogado UC. Magíster en Política Social y Planificación en Países en Vías de Desarrollo de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Legislación Indígena y Políticas en la UC.

I. ASPECTOS GENERALES

El abogado inició su exposición contextualizando la situación de los pueblos indígenas en nuestro país, destacando que el 12,8% de la población (2,2 millones de personas) reconocen pertenecer o se identifican en algunos de las 10 etnias o pueblos reconocidos por ley, de los cuales el 75% reside en áreas urbanas, siendo el quinto país con más población indígena en Latinoamérica. Agregó que la propuesta constitucional reconoce a los pueblos indígenas, agregando al pueblo Selknam u Ona, sin perjuicio que actualmente se discute también en el Congreso Nacional.

En la misma línea, explicó que Chile tiene desde el año 1993 una ley marco indígena (Ley N°19.253) junto con otros cuerpos normativos como el Convenio 169 de la OIT que fue ratificado por Chile el año 2008, la Ley N° 20.249 sobre espacio costero

Pueblos Indígenas, Estado y Sociedad

marino de los pueblos originarios y toda la regulación que tiene relación con la consulta indígena y los impactos ambientales y sociales sobre el componente indígena.

II. LA CONSTITUCIÓN “INDÍGENA”

Al respecto, el expositor se refirió a la connotación negativa que le han dado aquellas personas que se refieren a Constitución “Indígena” o “Indigenista”, término este último mal empleado a su juicio.

En la misma línea, indicó que no puede haber duda que la propuesta tiene un marcado “sello” o “impronta indígena”, porque de aprobarse sería la primera constitución en más de 200 años de historia constitucional que reconoce a los pueblos indígenas; porque, además de lo anterior, ha sido elaborada con la participación de los propios pueblos indígenas a través de 17 escaños reservados, destacando un

proceso de consulta indígena; y porque el reconocimiento de los pueblos indígenas se refleja en una serie de principios, derechos, instituciones y reglas que no sólo tienen relación con los propios pueblos indígenas sino también con la convivencia entre aquéllos y el conjunto de la sociedad.

Posteriormente, explicó que la propuesta constitucional tiene 54 normas permanentes (incluyendo normas referidas a la interculturalidad) y 9 normas transitorias que definen y desarrollan los principios, derechos, instituciones y reglas relativas a los pueblos indígenas. Así, destacó la declaración de Chile como un Estado plurinacional e intercultural, siendo estos principios transversales a todo el borrador de nueva Constitución; el reconocimiento de un catálogo de derechos específicos a los pueblos indígenas adicionales a los que se reconocen a todos los habitantes de Chile, incluyendo derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; el establecimiento de Autonomías Territoriales Indígenas (ATI) y el reconocimiento de Rapa Nui como un territorio especial; reparación como criterio orientador y la restitución de tierras como un mecanismo preferente de reparación; reconocimiento de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia y el reconocimiento del ejercicio de jurisdicción por las autoridades de los pueblos indígenas; consagración del derecho de consulta; y el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos indígenas con la naturaleza y del principio del “buen vivir” (este último reconocido a las personas y pueblos en general, pese a que el buen vivir proviene de la cosmovisión indígena), entre muchas otras disposiciones de gran relevancia.

En esa línea, explicó que el reconocimiento de los pueblos indígenas en nuestra carta fundamental es importante no sólo por el valor que tiene en sí su

reconocimiento (“completar el valor de lo que somos”), sino también por dos motivos adicionales. En primer lugar, porque permite instalar al máximo nivel aquellos “arreglos institucionales” que apunten a viabilizar un mejor relacionamiento, diálogo y convivencia entre el Estado, los pueblos indígenas y el conjunto de la sociedad chilena; y, en segundo lugar, porque si se cumple lo señalado anteriormente, permite también sentar las bases para el reencuentro y reconciliación en una sociedad profundamente fracturada en su visión respecto de los pueblos indígenas.

III. PRINCIPIOS DE PLURINACIONALIDAD E INTERCULTURALIDAD

En relación a estos dos principios transversales de la propuesta, el expositor señaló que no son incompatibles ni excluyentes entre sí, pese a no explicar en qué consiste la plurinacionalidad.

Para entender ese significado, a juicio del expositor, es necesario hurgar en su sentido literal. Así, lo que busca es reconocer que el Estado está compuesto por varias naciones o por una pluralidad de naciones, lo que responde a una crítica a nuestro actual pacto social en relación a la homogeneidad cultural.

Asimismo, el profesor Donoso indicó que el reconocimiento de la plurinacionalidad es una opción política y no un imperativo jurídico, por lo que hay que juzgarla como tal. Lamenta el expositor que dicho concepto se haya transformado en algo antagónico y excluyente, pues no tiene esa naturaleza.

El expositor continuó señalando que una vía alternativa a la plurinacionalidad es el reconocimiento de la interculturalidad pese a que, como se dijo, no son incompatibles entre sí. Dicho reconocimiento en el nuevo pacto social se basa en

la idea que somos una sociedad en que conviven diversas culturas – incluyendo las culturas de los pueblos indígenas- y en que el Estado promueve activamente el diálogo entre esas culturas.

IV. OTROS ASPECTOS ESPECÍFICOS

El expositor continuó su exposición recalcando cuatro aspectos de la propuesta constitucional. En primer lugar, las autonomías territoriales indígenas. En segundo lugar, el derecho a las tierras, territorios y recursos. En tercer lugar, sobre la jurisdicción y sistemas jurídicos indígenas. Y, por último, sobre la consulta y el consentimiento.

En relación al primer punto, el expositor cree que las autonomías territoriales indígenas, catalogadas como entidades, deberían transformarse en territorios delimitados geográficamente en que las autoridades indígenas respectivas van a ejercer las facultades que una ley determine. A juicio del expositor este tema es de absoluta relevancia, pues lo que caracteriza a Chile es la existencia de territorios compartidos, población mixta y una mayoría abrumadora de población indígena urbana. En ese contexto, el expositor reflexionó acerca del sentido de crear esas entidades, salvo para el caso de Rapa Nui, y la incerteza que genera el no saber cómo van a ser reguladas.

En cuanto al segundo punto, el expositor explicó que la propuesta establece amplios deberes para el Estado (regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución), señalando la restitución de tierras como un mecanismo preferente de reparación, haciendo un guiño a la expropiación, cuestión que puede ahondar lo que ocurre en la macrozona sur.

Respecto a la jurisdicción y sistemas jurídicos indígenas, el expositor explicó el reconocimiento que realiza la propuesta, pero no indica claramente

si deberá o no dictarse una ley para la materialización del mismo, por ejemplo, quién ejercerá esa jurisdicción. Cree, el expositor, que esto se debe abordar bajo un criterio de realidad, pues en Chile esto no existe, cuestión que preocupa pues también se reconocen sistemas jurídicos de pueblos reconocidos recientemente.

Finalmente, en relación a la consulta y el consentimiento, el expositor explicó que se consagra como un derecho colectivo indígena que ya estaba en el Convenio 169 de la OIT y está relacionado directamente con el derecho a la libre determinación. Sin embargo, el desafío que plantea la propuesta está dado por dos normas.

La primera es una norma que está en el capítulo sobre “derechos y garantías constitucionales” que es el deber del Estado de someter a consulta las medidas administrativas y legislativa que “les afectasen”, no distinguiendo qué tipo de administración, es decir, si centralizada o descentralizada por lo que podría argumentarse que se trata de la administración en general.

Luego otra norma (art. 191 inciso 2°) agrega un mecanismo de participación respecto a las decisiones que tomen las entidades territoriales, esto es, Región Autónoma, Comuna Autónoma y Autonomías Territoriales Indígenas, las cuales deberán además de someterse a consulta, obtener el consentimiento libre, previo e informado, cuestión equivalente a un derecho de veto.

El abogado finalizó su exposición señalando que ambas normas establecen estándares distintos entre sí, también respecto al Convenio 169 de la OIT y tampoco son consistentes con lo que señala la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, cuestión que implica un enorme desafío en múltiples asuntos.



Gonzalo Muñoz Escudero

Abogado Universidad Gabriela Mistral. Magíster en Derecho de Aguas Universidad de Atacama. Profesor de Derecho de aguas en la UC.

I. REGULACIÓN ACTUAL DE LAS AGUAS

El profesor Muñoz comenzó su exposición refiriéndose a la situación de las aguas, su institucionalidad y cómo quedan conforme al proyecto de Nueva Constitución.

Así, explicó que existe una regulación actual tanto nivel legal como constitucional. A su juicio, se propone un nuevo régimen.

La regulación actual tanto en el Código de Aguas como el Código Civil las aguas son un bien nacional de uso público, en consecuencia, con esa naturaleza jurídica de las aguas la autoridad está autorizada para permitir a los particulares extraer estas aguas de sus fuentes naturales y poder utilizarlas de forma exclusiva y excluyente. Existe un régimen de derecho de aprovechamiento.

El artículo 19 N°3 de la CPR actual distingue entre los bienes nacionales, bienes naturales y bienes de dominio privado, en el primero es donde caben las aguas. Por otra parte, explicó que en el artículo 19 N°24, particularmente el inciso final, se reconoce

Los derechos de aprovechamiento de aguas en la propuesta: refundación, degradación y discriminación

y asegura el derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas y hace una distinción fundamental en cuanto al origen de estos derechos, esto es, aquellos constituidos por la vía de la concesión y aquellos reconocidos por ser derechos consuetudinarios que derivan de ciertas situaciones de hecho a los cuales la ley si cumplen ciertos requisitos les atribuye la calidad de derechos de aprovechamiento de aguas.

Continuó su exposición señalando que hay que considerar que existen ciertos derechos y garantías fundamentales vinculados con el derecho de aprovechamiento y con el uso de este recurso natural, específicamente el derecho a la vida (actual art.19 N°1) que se ha relacionado básicamente con el tema del derecho humano al agua: toda persona tiene derecho a cierta cantidad de agua bajo criterios de calidad, disponibilidad, distancia respecto de la fuente natural.

Este derecho se encuentra reconocido en tratados internacionales, por la ONU y también ha sido recogido por nuestra jurisprudencia judicial vía

recursos de protección, estando también las aguas vinculadas con el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación (Art. 19 N°8) en cuanto a que también existe mucha normativa sobre la materia y también varios recursos protección en materia de contaminación de las aguas.

Respecto a la regulación contenida en el Código de Aguas, el abogado explicó que este cuerpo legal reconoce expresamente en su artículo 5 que el agua es un bien nacional de uso público; que existe una administración bipartita en el uso de las aguas (administración del Estado y las organizaciones de usuarios, especialmente las juntas de vigilancia que son aquellas que distribuyen las aguas en las fuentes naturales).

Destacó en su presentación que, a través de la reforma al Código de Aguas, el Código reconoce el derecho humano al agua y el uso prioritario tanto para su constitución como para evitar usos y también reconoce ciertas funciones ecosistémicas de las aguas, básicamente garantizar la calidad de las mismas y también un reconocimiento en la sustentabilidad del acuífero en calidad y en cantidad y lo usos *in situ* que pueden ser con fines recreativos o medioambientales

En cuanto a la caracterización de los derechos de aprovechamiento, el abogado señaló que, en el Código de Aguas, específicamente en el artículo 6, a partir de la reforma, dice que es un derecho real nacido de una concesión. También hay un reconocimiento de los usos consuetudinarios de las aguas que básicamente derivan de un uso de las aguas de alguna antigüedad que permite obtener por la vía de los artículos transitorios la formalización e inscripción. Sabemos también que el Código de Aguas clasifica los derechos de aprovechamiento según su ejercicio y ha agregado esos usos *in situ*.

En el ámbito de las protecciones el abogado señaló que el Código de Aguas y también la Constitución establecen acciones para amparar el derecho de aprovechamiento. También a través de la reforma establece el deber del Estado de proteger las aguas cuando los titulares sean indígenas o comunidades indígenas.

La ley Indígena también establece normas sobre derechos de aprovechamiento en su artículo 64 a través del cual reconoce derechos de aprovechamiento de aguas para determinadas comunidades cuyos miembros son indígenas. Estas aguas, en algunas oportunidades, son consideradas bienes de uso de las comunidades y la posibilidad de buscar si hay aguas indígenas se obtengan derechos de aprovechamiento o se regularicen derechos de aprovechamiento y esos derechos quedan sujetos a ciertas limitaciones para su disposición posterior.

II. ¿QUÉ ES LO QUE DICE LA PROPUESTA?

El abogado señaló que se establece como derecho fundamental el derecho al agua y al saneamiento consagración de la cual nadie puede estar en contra, pero evidentemente tiene que ser conjugado y coordinado en el marco de lo que son los otros usos de las aguas para actividades productivas.

A juicio del expositor cambia radicalmente la naturaleza jurídica de las aguas: 1. Deja de ser un bien nacional de uso público y pasa a ser un bien común inapropiable vale decir que todos podríamos tener derecho a ella, pero alguien tiene que regular cómo, cuándo y en qué condiciones se accede. Desde el punto de vista de la institucionalidad hay un cambio por el hecho de que se crea la Agencia Nacional del Agua que tendría una gran preponderancia en cuanto a la

gestión del recurso. También se crean los Consejos de Cuenca para el manejo integrado de las cuencas u hoyas hidrográficas definidas en el artículo 3 del Código de Aguas.

Desde el punto de vista del régimen para utilizar aguas, el abogado explicó que los derechos de aprovechamiento de aguas se transmutan en autorizaciones administrativas que son muy precarias porque son revocables, intransferibles, no se establece en base a qué criterios se establece la organización administrativa, no se establece un plazo de duración de las mismas, en fin, no se establece cuáles serían los parámetros que se considerarían para determinar el caudal que comprenderían estas autorizaciones.

A juicio del abogado, existen una serie de aspectos que quedan en la indefinición y que quedarán bajo el criterio de la Agencia Nacional del Agua. Además, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de aprovechamiento de aguas actuales estas autorizaciones de uso son intransferibles lo que rompe con la situación actual donde los derechos de aprovechamiento de aguas están dentro del tráfico jurídico.

Continuó su exposición señalando que el proyecto contempla diversos reconocimientos de derechos de aguas en favor de indígenas (bastante reforzados) y también junto con eso hay un desbalance entre los beneficios o derechos que se le reconocerían a los particulares no indígenas en relación con los derechos o privilegios que se establecen para el uso tradicional de las aguas en favor de indígenas.

En cuanto a las normas transitorias agregó que en el proyecto se establecen 3 normas específicas que se refieren al régimen de las aguas.

Dentro de estas normas una de las que más llaman en atención es la entrada en vigencia de inmediato

del nuevo régimen respecto de la utilización de las aguas. *“todos los derechos de aprovechamiento de aguas se considerarán autorizaciones”*.

Estas normas transitorias, a su entender, no se hacen cargo debidamente de lo que ocurriría con los derechos de aprovechamiento consuetudinario que son una importante cantidad del total que existe en nuestro país por lo que una cantidad importante de personas quedaría en una situación de bastante incerteza o inseguridad. Las normas transitorias establecen que los titulares de derechos de aprovechamiento deberán registrarlos ante el Catastro en contraposición a eso el proyecto establece que los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas serán objeto de registro automático.

Por otro lado, existe un tema que podría revelar un descuido por parte de los constituyentes ya que en los artículos transitorios 25 se citan disposiciones del Código de Aguas actual 112 y 113, el 112 que se refiere al Catastro Público de Aguas (122 no 112) y cuando cita al 113 se refiere a los gravámenes que se pueden constituir en la actualidad sobre derechos de aprovechamiento de aguas (115 y 115 bis no en el 113)

Vinculado a la intransferibilidad de las autorizaciones de aguas está el hecho de que cualquier acto jurídico que se celebre sobre el derechos de aprovechamiento de aguas adolecerá de objeto ilícito bajo sanción de nulidad absoluta. También tiene relevancia que pasa por ejemplo con aquellas hipotecas constituidas en la actualidad se verán seriamente disminuidas. El tema no es menor ya que dificultaría también el acceso al crédito.

CONCLUSIONES

1. Hay una refundación o reformulación del régimen regulatorio de las aguas haciendo caso

omiso de la reciente reforma del Código de Aguas; que recoge no poca medida, pero en términos más sobrios y prudentes varios de los principios que establece el proyecto

2. Existe una radical transformación, tanto respecto de la naturaleza jurídica de las aguas, como de los títulos y sus características, de derechos de aprovechamiento de aguas a autorización de uso

3. El agua, junto a otros recursos naturales, ser parte constitutiva de un nuevo sujeto de derechos: la naturaleza;

4. Todos estos cambios o transformaciones son algo ajeno a nuestra tradición histórica en la materia. Así las Juntas de Vigilancia que tienen un enorme peso en nuestro país y basto reconocimiento quedarían supeditada a lo que sería la Agencia y el Consejo.

5. Transmutación y degradación de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas

6. Autorizaciones serán intransferibles, temporales

7. Cambio en la institucionalidad

8. Se mandata al Estado a proteger el agua en todos sus estados, fases y ciclo hidrológico y en este sentido no queda claro que situación jurídica que tendrían las aguas una vez que siendo extraídas sean incorporadas a obras artificiales de conducción, acumulación para uso de los particulares ¿perderán su calidad de bien común natural o seguirán siéndolo? Y además el CA actual presume al dueño de estas obras a quienes sean titulares de derechos de aprovechamiento de aguas de las aguas que se conducen o almacenan en ellas. Si se considera que el agua aun incorporada a esta obra es un bien natural esa presunción quedaría sin efecto.

9. Establece una discriminación en favor de indígenas, con privilegios.



Natalia Dasencich Celedón

Abogada por la Universidad de Chile. Diplomada en Derecho Administración Económico por la UC. Magister en Governace Risk and Resources, por la Universidad de Heidelberg, Académica en la Universidad del Desarrollo.

La profesora parte su ponencia señalando que en la discusión al interior de la Convención Constitucional se presentaron dos visiones. Por un lado, aquella que proponía la noción de Bienes Comunes Naturales, proveniente de la ecología profunda y una idealización de la vida comunitaria, previa a la existencia del Estado Nacional como administrador de los bienes comunes que los entregaba en concesión u otros títulos administrativos. Por otro lado, también se proponía la doctrina del Public Trust, en que el Estado pasa a ser un garante de esos bienes, pero respetando los derechos de propiedad sobre ellos.

Finalmente, explica, la propuesta constitucional combina ambas propuestas. Por el lado de los Bienes Comunes Naturales, estos son los elementos o componentes de la naturaleza, lo cual se explica a partir de que la naturaleza es un nuevo sujeto de derechos. Así, esta noción cambia el paradigma del dominio que distingue entre sujeto-

Nueva institucionalidad de las aguas y participación de las Organizaciones de Usuarios en el nuevo escenario”

objeto, pues, según señala la profesora, las personas serían parte de la naturaleza y forman con ella un todo inseparable. Además, estos bienes serían administrados en los territorios a través del Consejo de Cuencas, cumpliendo con la aspiración de esta doctrina de alejar al Estado de la administración de estos bienes.

Por otro lado, la abogada señala que lo que se rescató del Public Trust es la idea de que el Estado tiene el deber especial de custodia para asegurar los derechos de la naturaleza y el interés intergeneracional, es decir, no solo de esta generación, sino que también de las futuras.

Posteriormente, explica que para entender la nueva institucionalidad es necesario comprender qué son los Bienes Comunes Naturales, pues son el elemento constitutivo de un sujeto de derechos. Así, señala que la estructura de las garantías fundamentales en la propuesta está dadas a tres sujetos: las personas, los pueblos y naciones indígenas (derechos colectivos) y la naturaleza.

Luego, la profesora desarrolla la distinción que hace la propuesta entre los Bienes Comunes Naturales que inapropiables, como el agua, y aquellos que son apropiables. Respecto de los primeros, el Estado es custodio de dichos bienes; mientras que, en los segundos, si bien existe un deber de custodia, este es más atenuado.

Respecto de la institucionalidad del agua, la abogada explica que la propuesta deja atrás el modelo dual de administración centralizada, a través de la DGA y las OUA en cada cuenca, pues existirá una nueva autoridad a nivel nacional que será la Agencia Nacional del Agua (ANA) y una nueva administración de las cuencas, la cual tendrá participación de la región autónoma, la asamblea regional y el consejo de cuencas. Además, existirán el Defensor de la Naturaleza, como titular de la acción para proteger los derechos de la naturaleza; y el Defensor del Pueblo, como representante de aquellas personas que sean pasadas a llevar en sus derechos humanos, teniendo en cuenta que el agua es un elemento esencial para el ejercicio de estos. Por último, señala que todos estos órganos son autónomos.

A nivel de cuenca, la abogada analiza el rol que va a cumplir el Gobierno Regional y la Asamblea Regional, pues ambas poseen potestades en materia de aguas y gestión de cuencas. En el caso de la Asamblea Regional, esta debe aprobar, rechazar o proponer modificaciones al plan de manejo integrado de cuencas propuesto por el Consejo de Cuencas, órgano que estará encargado de la administración del agua. Dicho plan de manejo de cuencas, según señala, debe contar con el consentimiento indígena del artículo 191 de la propuesta, al ser una materia que se a nivel de la entidad territorial.

Posteriormente, la profesora analiza la eventual participación de los titulares de autorización en el Consejo de Cuenca. Respecto de la fuente natural, se pregunta si van a seguir existiendo las Juntas de Vigilancia y la inconstitucionalidad sobrevinida del art. 266 del CA, pues la administración estaría radicada en los Consejos de Cuenca, por lo que eventualmente sólo podrían mantener la facultad de la distribución de las aguas. Respecto de la distribución en la fuente, se cuestiona si finalizará o no la prorrata y los derechos eventuales en materia de aguas, pues la propuesta establece ciertas directrices que debe seguir el Consejo de Cuenca: uso razonable, priorización de DDHH al agua y el saneamiento, y el equilibrio de los ecosistemas/fin de los seccionamientos.

Luego, analiza la organización de usuarios en obras de aprovechamiento común y se pregunta qué sucede con el pequeño ciclo del agua o ciclo antrópico ¿está incluido en el deber del Estado de proteger las aguas en todos sus estados, fases y ciclo hidrológico? Entonces, ¿se produce la desafectación una vez captada el agua desde la fuente natural? ¿Dejarán de ser Bienes Comunes Naturales con todo lo que ello implica? El legislador tendrá que resolverlo con posterioridad.

Finalmente, la abogada revisa el fin de la justicia arbitral OUA, pues la propuesta establece en el artículo 320 que la ley no podrá establecer arbitrajes forzosos, por lo que no hay claridad sobre qué órgano jurisdiccional podría conocer los conflictos entre los comuneros ¿Podrían conocerlo los juzgados vecinales mientras no sea radicada la competencia en otro tribunal? Se deja planteada la discusión.

BOLETÍN

Mirada Administrativa N° 18

Agosto 2022

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

EDICIÓN GENERAL

Programa de Derecho

Administrativo Económico UC

(PDAE)