



Comentarios críticos acerca de la Propuesta de CPR de 2022 en materia de aguas

Dr. Christian Rojas Calderón – Profesor Investigador Facultad de Derecho UNAB
III Seminario de análisis Derecho Administrativo Económico en la Propuesta de
Constitución

PDAE UC - 24 de agosto de 2022



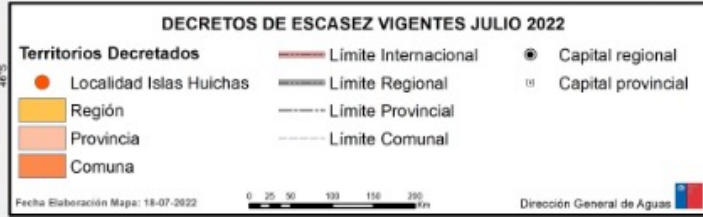
I.- EL ANTECEDENTE Y LA URGENCIA

1) Escasez estructural y cambio climático (dato que desde hace muchos años se viene presentando)

- Según el Instituto de Recursos Mundiales (WRI), 17 países enfrentan un “estrés hídrico extremo” (25% población del mundo) y Chile es el número 18, el primero en categoría “estrés hídrico alto”.
- En estos lugares con estrés hídrico es probable que no todos los usuarios puedan acceder a toda el agua que necesitan para sus actividades personales y económicas, que disminuyan los niveles de agua subterránea, y algunos ríos incluso se pueden secar.



N° EN MAPA	N° DECRETO	FECHA DECRETO	FECHA CADUCIDAD	REGIÓN	PROVINCIA	COMUNA	N° COMUNAS BAJO DECRETO	ÁREA KM²	POBLACIÓN RURAL
En Negrita se destaca el Territorio (Región, Provincia o Comuna) decretado									
1	19	08-02-2022	08-09-2022	Aysén	Aysén	Localidad de las Islas Huichas de la comuna de Aysén	1	15	1.000
2	36	08-03-2022	10-09-2022	VALPARAISO	PIEDRA	Patena, La Ligua, Cabildo, Papudo, Zapallar	5	4.506	35.932
3	21	10-02-2022	30-09-2022	METROPOLITANA	CHACABUCO	Calina, Sill	2	1.021	34.433
4	23	24-02-2022	24-09-2022	METROPOLITANA	CHACABUCO	Lampa	1	450	21.271
5	24	24-02-2022	24-09-2022	METROPOLITANA	MELIPILLA	Ahuai	1	844	3.660
6	35	24-02-2022	27-09-2022	METROPOLITANA	TALAGANTE	Padre Hurtado, Puñafur, Talagante, El Monte	4	303	35.263
7	26	25-03-2022	26-09-2022	BIOSIS	CURICÓ	Caril, Romeral, Huachilla, Licantén, Pano, Sagrado Familia, Tena, Volcapiñ, Malina	9	7.290	77.617
					TAIZA	San Clemente, Concepción, La Laja, Palena, San Rafael, Peralta, Milla, Río Claro, Coronel, Simpatido	10	9.928	82.277
					UNARI	Bafno, Lirio, Langari, Verdes Buenas, Coliban, Parul, San José, Villa Alegre	8	10.082	104.181
8	27	01-03-2022	01-09-2022	LIBERTADOR GENERAL BERNARDO O'HIGGINS	CAHUAPAL	Rancagua, Colnaga, Corral, Colnaga, Delfinos, Graneros, Los Caberos, Machal, Malil, Mocolo, Oliver, Puro, Pichidagua, Quirón de Tilcos, Rengo, Requena, San Vicente	17	7.500	139.250
					COCHINHUO (CARI)	Pichilemu, La Estrella, Uteche, Marchihue, Navidad, Paroderos	6	3.290	31.299
					COCHAGUA	San Fernando, Olipa, Ombanare, Lodal, Marcanca, Pudahuel, Rosillo, Maipo, Parangarua, Santa Cruz	10	5.552	89.643
9	65	04-05-2022	01-09-2022	VALPARAISO	SAN ANTONIO	Algarrobo, Corral, El Quilón, El Tabo, San Antonio, Sano Domingo	6	1.618	34.894
					VALPARAISO	Casablanca, Condón, Juan Fernández, Puchuncaví, Quintero, Valparaíso, Villa del Mar	7	2.012	20.937
10	47	10-09-2022	10-09-2022	VALPARAISO	SAN FELIPE DE AQUEMUNCA	Puñerolo, Santa María, Coelemu, Paquiñán, San Felipe, Ispay	6	2.638	18.969
					ISLAUSTRA	Ispayán, La Cabera, La Cruz, Itaque, Itaque	5	1.114	26.119
11	63	17-03-2022	17-09-2022	METROPOLITANA	LOS ANDES	San Esteban, Los Andes, Rincozudo, Calle Larga	4	5.075	33.457
					ERDOYIARA	San José de Milla, Puente Alto, Pirque	3	5.715	31.864
12	64	17-03-2022	17-09-2022	METROPOLITANA	MAPO	San Bernardo, Bufo	2	373	18.768
					TALASANTA	Isidro Mallo	1	187	9.273
13	66	17-03-2022	17-09-2022	METROPOLITANA	MILIPILLA	San Pedro	1	794	9.776
14	66	24-02-2022	24-09-2022	VALPARAISO	SANTOAGO	Pudahuel	1	106	4.155
					MARCA MARCA	Quilpué, Umeche, Orsted, Villa Alemana	4	1.108	15.224
15	208	06-07-2022	06-07-2022	METROPOLITANA	SANTOAGO	La Barmacha, Las Condes, Vitacura	3	1.102	2.899
					ELQUI	Andacollo, Coquimbillo, La Higuera, La Serena, Pailón, Vitacura	6	17.132	12.822
16	709	06-07-2022	06-07-2022	COQUIMBO	UNARI	Cambalá, Monte Patria, Ovalle, Punitaqui, Río Hurtado	5	13.363	55.856
					CHOPAPA	Canela, Riquel, Los Vilos, Selmanca	4	10.130	33.763
17	122	18-07-2022	18-07-2022	LOS RIOS	VALDIVIA	Valdivia, Corral, Lanco, Los Lagos, Malle, Mariposa, Pailón, Panguipulli	8	10.071	69.320
					RANGCO	La Unión, Pudonco, Lago Ranco, Río Bueno	4	11.178	11.712
RESUMEN: 17 Decretos que se aplican Sobre:							147	133.211	1.090.830
							42,3%	17,6%	6,2%



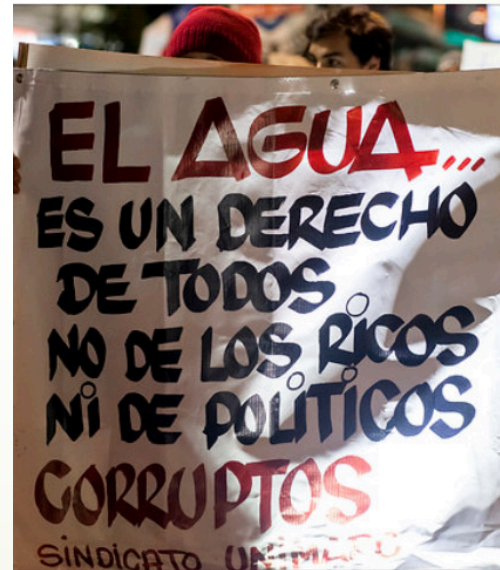
2) Fuertes conflictos socio-ambientales: donde el Agua es un tema central.

Y esto mismo, ha sumado al escenario de conflictividad social-política-económica un componente ambiental, generando hasta un eslogan:



➔ 3) Y entremedio un proceso de fuerte cuestionamiento institucional.

➔ Que es parte central de las reivindicaciones de la protestas sociales desde hace un tiempo, pero incrementadas a partir del 18 de Octubre de 2019



II.- LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL QUE TENEMOS

Capítulo III. De los derechos y deberes constitucionales


Art. 19 . La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 23. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

Nº 24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

...

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



► 2 notas:

Sobre el n° 23: se reconocen los bienes nacionales como inapropiables, entre ellos las aguas.

No reconoce como categoría a los bienes comunitarios (de comunidades indígenas y de comunidades agrícolas).

Sobre el n° 24 inciso final: Pese a lo anterior, acá privatiza una concesión sobre un bien público



III.- LA REGULACIÓN DE LA PROPUESTA

Capítulo III. Naturaleza y Medioambiente

Apartado 2º Estatuto de las aguas

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

► IV.- LOS DOS GRANDES TEMAS

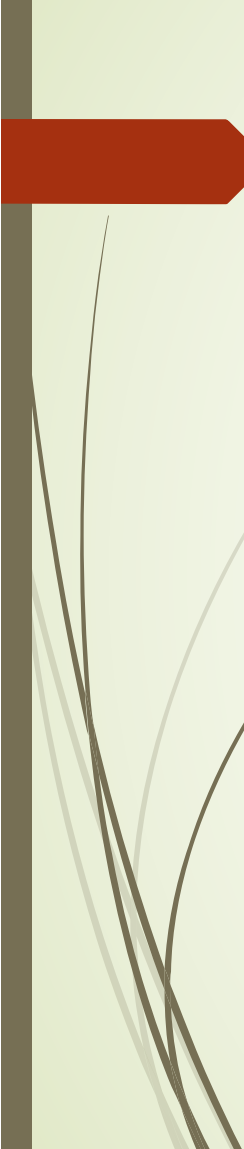
1) Eventual distinción y diferencia entre derecho de aprovechamiento de aguas (DAA) y autorización de uso de agua (AUA)

Creo que es más aparente que real. Trabajos clásicos Vergara Blanco (1998) y de quienes lo seguimos Rivera (2013) Rojas (2016): *género* la autorización y la *especie* es la concesión en cuanto bien público.

Hay una perspectiva de las aguas como bienes comunes o *commons* en Hervé (2015)

Trabajo reciente de García Machmar (2019) y Arancibia Mattar (2021) critican sus características y la diferencia.

Se expresa incluso eso en la reciente reforma de la Ley N° 21.435 de 06 de abril pasado, que *normaliza* el estatuto de las aguas a su calidad de bien público.



► Estamos ante la presencia de un verdadero **Nuevo Código de Aguas**, toda vez que, los cambios son de tan hondo calado que ya no es posible reconocer el ya antiguo código del `81 (el tercero en nuestra historia republicana), y sostener que estamos ante el cuarto código.

► Principales modificaciones se concretan en:

1.1.) Reafirmación del carácter público de las aguas, y orientación a la función de satisfacción del interés público y sus funciones ecológicas.

1.2.) Reconocimientos de funcionalidades del agua, *desmercantilizando* el agua; entre ellas, el “derecho humano al agua”

1.3.) Nueva definición de DAA y temporalidad (30 años)

1.4.) Extinción de los DAA vía caducidad

1.5.) Modificaciones relativas a DAA de uso doméstico y de yacimientos mineros o “derechos de agua del minero”

1.6.) Nuevo tratamiento (integral) de aguas subterráneas

1.7.) Proceso de perfeccionamiento forzoso de la información y registro de DAA



2) Una nueva institucionalidad

(2.1.) Reclamada durante mucho tiempo.

Informes del Banco Mundial (2011 y 2014), por numerosos trabajos académicos, y recogida por varios proyectos de ley (incluyendo uno enviado hacia el fin del gobierno anterior para la creación de una Subsecretaría de RRHH) dentro del MOP.

Esto se concreta en una propuesta de Autoridad Nacional del Agua, con un amplio ámbito competencial establecido en el art. 144 de la Propuesta.



(2.2.) Se conecta con la pregunta ¿quién administra de las aguas?

a) Actualmente, de manera excepcional la DGA

Autorizaciones (por ejemplo de oohh), policía (fiscalización y sanción), intervención especial en caso de extrema sequía.

b) Normalmente las Juntas de Vigilancia de Ríos

Administran los bienes comunes; repartir las aguas entre sus comuneros; construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento; e incluso resolver determinados conflictos entre usuarios.

Institucionalidad del Agua

Presidente de la República



Fuente: MOP, 2013



3) ¿Es adecuada la Propuesta sobre la ANA?

3.1.) Sí


Porque responde adecuadamente a lo que los expertos (entre ellos, por ejemplo, con fuerza el CDGA UC), han reclamado.

3.2.) Pero también no.

Por exceso de atribuciones entregadas a la ANA.

3.3.) Queda, sin embargo, espacio para el legislador.

¿En qué?

- 
- a) En la conformación de la ANA, suficientemente adecuada a su condición de autoridad administrativa independiente.
 - b) En la regulación legal de los consejos de cuenca, dentro de los cuales deben incluirse las OUA y entre ellas destacadamente las juntas de vigilancia de ríos, dado su condición actual de administradores de rrhh
 - c) En el modo en que se van a integrar y realizar las coordinaciones correspondientes con los demás organismos con competencia en materia de aguas.

Esto, en el entendido que al régimen general de aguas se suman otros regímenes especiales como –principalísimamente- el abastecimiento de agua potable y su saneamiento.

Lo cual hace complejo el proceso.



Y ... Eso.

Muchas gracias!

christian.rojas@unab.cl

<https://unab.academia.edu/ChristianRojasCalderon>

