

Boletín N° 8.355-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Allende y señores Gómez, Letelier, Rossi y Ruiz-Esquide, que declara a las aguas bienes nacionales de uso público y reserva a la ley la constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos de los particulares sobre aquéllas, así como la determinación de los caudales que aseguren su disponibilidad para el consumo humano.

El proyecto que se somete a consideración este Honorable Senado ha tenido destacados antecedentes, que por diversas razones no han terminado adecuadamente.

Se considera que en Chile desde la Región Metropolitana hacia el norte prevalecen las condiciones áridas: la media de disponibilidad de agua está por debajo de los 800 m<sup>3</sup>/persona/año, e incluso alcanza en algunas regiones valores inferiores a 500 m<sup>3</sup>/persona/año (Salazar, C. "Situación de los recursos hídricos en Chile". Third World Center for Water Management. 2003).

Las mismas zonas señaladas albergan a más de un 60% de la población del país y su producción representa al menos un 70% del PIB. Reciente y conjuntamente la Dirección General de Aguas y el Ministerio de Obras Públicas han indicado que el balance entre recursos disponibles y extracciones para usos consuntivos o extractivos es deficitario en esas regiones, y en la proyección a 15 años esa tendencia se intensifica, constituyéndose en una fuente de creciente conflictividad (DGA - MOP. "Modernización del mercado de aguas en Chile. Contribución del Estado a la modernización del mercado del agua". 28 de abril de 2011).

Consideramos que es hora de adecuar los términos de la Carta Fundamental no sólo a la regla general de derecho privado que considera que las aguas son bienes nacionales de uso público, lo que implica que el dominio de ellas pertenece a la Nación toda y su uso a todos los habitantes de aquélla (el artículo 595 del Código Civil y en el artículo 5° del Código de Aguas), sino que también a los instrumentos internacionales vigentes y ratificados por Chile y que, por ende, se encuentran incorporados a su derecho interno.

Desde el punto de vista económico, el bloque regulatorio dado por la Constitución Política y el Código de Aguas vigente considera al elemento hídrico como un bien de consumo de similar tratamiento a cualquier recurso económico, donde el mercado es el único actor legítimo en la asignación de la cantidad, las modalidades y los plazos asociados a estos derechos, sin intervención alguna del Estado. Nos hemos ocupado hasta el momento de la función productiva del agua (muy importante para las diversas actividades productivas del país) pero minimizando las funciones ecológicas, sociales y culturales del recurso. El agua finalmente se ha cosificado.

De este modo, el Estado chileno no tiene facultades de gestión ni administración del agua, sólo tiene facultades

menores de intervención en el marco del principio de subsidiariedad que inspira al constituyente de 1980. Tanto en el derecho constitucional comparado, está fuertemente asentada la gestión integrada de recursos hídricos, donde el Estado juega un rol fuertemente planificador y regulador, como ocurre en Australia que al igual que Chile es un país minero.

Derechos fundamentales que justifican una reforma de este tipo

La mala distribución del recurso hídrico, la ausencia de gobierno en las cuencas y las características inherentes a los derechos de aprovechamiento de agua ha transformado la regulación del recurso agua en un asunto de seguridad nacional.

Desde el ámbito internacional se ha establecido el derecho al agua de una manera bastante clara. La crisis del recurso ha llevado a la comunidad internacional a tomar conciencia de que el acceso al agua potable y al saneamiento debe encuadrarse en el marco de los derechos humanos.

a.- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979 (art. 14 2);

b.- El Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo, aprobado en 1985 (art. 5).

c.- La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 (arts. 24 y 27 3).

d.- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en 2006 (art. 28).

e.- En 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas aprobó su Observación general N° 15 sobre el derecho al agua, en la que este derecho se definió como el derecho de todos “a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

f.- En 2006, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, aprobó las directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento.

Por ende, si Chile no regula la prioridad humana en el consumo del recurso está incumpliendo pactos internacionales, ya incorporados a su derecho interno vía ratificación por forma constitucional, o bien como soft law.

Ahora cabe el análisis desde el punto de vista constitucional.

El inciso final del numeral 24 de la Carta preceptúa 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”*. De tal manera, los derechos legalmente constituidos en relación al uso que hagan de ellas constituyen un derecho real de aprovechamiento, sin una planificación estatal que dé cuenta de los usos y de sus modalidades. En este sentido, si éste se otorga a perpetuidad contradice abiertamente lo señalado en la legislación civil y especial.

Consideramos que la Ley N° 20.017 especialmente el artículo 129 bis 8 dio un paso adelante, cuando considera que corresponde al Director General de Aguas, previa consulta a la organización de usuarios respectiva, determinar los derechos de aprovechamiento de las aguas que no se encuentran total o parcialmente utilizadas al 31 de agosto de cada año, dejándolos afectos al pago de patente, indicando el volumen por unidad de tiempo involucrado en los derechos. Pero esto es aún insuficiente por no considerar ex ante los usos que se le darán al recurso, mediante una planificación del regulador, que contengan condiciones y modalidades de su uso -las cuales, reiteramos, jamás pueden ser a perpetuidad- y criterios dados por el constituyente que orienten el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de estos derechos, como lo es en el caso que se somete a consideración de este Honorable Senado, la prioridad del consumo humano en su asignación, la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y la seguridad nacional.

Desde la Constitución, la regulación de las aguas debe tomar como asidero otras normas de la misma Carta que avalan los fundamentos de esta propuesta.

a.- Lo establecido en el capítulo I, “Bases de la Institucionalidad” del Código Político, el cual en el inciso cuarto del artículo 1 establece lo que en doctrina se considera el principio de servicialidad: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

b.- Lo establecido en el capítulo I, artículo 5° inciso segundo, sobre el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como límite al ejercicio de la soberanía reconoce. Para luego decir el propio constituyente que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

c.- Lo establecido en el numeral 8° de su artículo 19, donde señala como “deber del Estado velar para que” (...) “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” (...) “no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

d.- Lo establecido en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política, el cual asegurando “*el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*” luego dice que ella tiene “las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. En este sentido la legislación especial no ha recogido adecuadamente ninguna de estas prevenciones.

Reformas presentadas por otros legisladores en el transcurso desde 1990 hasta ahora al texto de la Constitución Política de la República:

El Mensaje de la Presidenta de la República Michelle Bachelet enviado a la Cámara de Diputados (Boletín N° 6.816-07) ingresado con fecha 7 de enero de 2010 nomina acertadamente diversas iniciativas presentadas en ambas cámaras destinadas a la regulación del recurso hídrico por vía constitucional, a lo cual deben agregarse otras. Resumiendo:

a.- Proyecto de ley de los diputados Mario Acuña Cisternas y Rubén Gajardo Chacón, el 7 de abril del año 1992, denominado “Modifica el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, en lo relativo al régimen jurídico de propiedad de las aguas”.

b.- Proyecto de ley ingresado por los senadores Nelson Ávila, Guido Girardi, Alejandro Navarro, Carlos Ominami y Mariano Ruiz-Esquide, el 30 de septiembre del año 2008, denominado “Proyecto de Reforma Constitucional sobre dominio público de las aguas”.

c.- Proyecto de ley presentado por los diputados René Aedo y Francisco Chahuán Chahuán, el 16 de diciembre del año 2008, individualizado como “Modifica el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, con el objeto de establecer que las aguas tienen la calidad de bienes nacionales de uso público”.

d.- El proyecto de reforma constitucional del senador Ricardo Núñez Muñoz del 7 de octubre de 2008, que tiene por objeto reconocer en la Constitución que la exploración, explotación de derechos de aprovechamiento de aguas debe ser establecida por ley, de conformidad a nuestra diversidad geográfica y climática y a la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos.

e.- Diversos proyectos del senador Antonio Horvath Kiss sobre protección de los glaciares (16 de mayo de 2006), garantizar el acceso y uso del agua (10 de diciembre de 2008) y promover la regionalización de los recursos naturales (31 de marzo de 2009).

Sobre esta reforma en particular

La reforma que se propone en esta materia, recoge los puntos de la presentada por S.E la Presidenta de la República Michelle

Bachelet, en el ya citado Boletín N° 6.816-07 del 7 de enero de 2010, más algunas nuevas.

En este sentido, se modifican las garantías constitucionales establecidas en los números 23 y 24 del artículo 19, considerando de rango constitucional la declaración hasta ahora simplemente legal que considera a las aguas bienes nacionales de uso público, incluyendo la frase *“cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares”*.

En segundo lugar, encarga al legislador regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que sobre las aguas se reconozca a los particulares, asignando sus usos y modalidades según criterios como la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos, la situación de las cuencas hidrográficas y la seguridad nacional. Estableciéndose finalmente que estos derechos jamás podrán tener el carácter de perpetuos.

En último lugar, la reforma entrega las herramientas necesarias al legislador, para limitar o restringir el ejercicio de los derechos, o reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar su disponibilidad.

Por tanto,

Propongo el presente:

#### PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo Primero.- Elimínase el inciso final del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República de Chile.

Artículo Segundo.- Agréganse los siguientes incisos tercero, cuarto y quinto al numeral 23 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile:

*“Las aguas son bienes nacionales de uso público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares”.*

*“Corresponderá a la ley regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que sobre las aguas se reconozca a los particulares, asignando sus usos y modalidades según la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos, la situación de las cuencas hidrográficas y la seguridad nacional. Con todo, estos derechos jamás podrán tener el carácter de perpetuos”.*

*“Corresponderá al legislador reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas, para asegurar siempre la disponibilidad del recurso hídrico para el consumo humano, pudiendo limitar y restringir el ejercicio de estos derechos”.*