

## Artículos

# ESTATUTO JURÍDICO DE LAS AGUAS EN EL BORRADOR DE NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE

María Francisca Mendoza Ruiz

*Asociada principal del equipo de recursos hídricos de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría Abogados (Chile)*

### **Estatuto jurídico de las aguas en el borrador de nueva Constitución para Chile**

*El borrador de nueva Constitución para Chile, que fue rechazado por amplia mayoría en el plebiscito del 4 de septiembre pasado, introducía una serie de modificaciones respecto al régimen jurídico de las aguas y el aprovechamiento que los particulares pueden hacer de ellas. Mediante el establecimiento de una nueva categoría de bienes, denominados bienes comunes naturales, se terminaba con los derechos de aprovechamiento de aguas para, en su reemplazo, otorgar autorizaciones administrativas de uso de aguas, las cuales no son susceptibles de propiedad y son extinguidas, caducables y revocables. Ello tenía una serie de implicancias no solo desde el punto de vista de la propiedad, sino que también desde el punto de vista operacional.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

NUEVA CONSTITUCIÓN, AGUAS, BIENES COMUNES NATURALES, DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS, AUTORIZACIONES DE USO DE AGUAS.

### **Legal statute of water in the draft of the new Constitution for Chile**

*The draft of the new Chilean Constitution, which was rejected by a large majority in the referendum of 4 September, included changes to the legal regime on water and how individuals use it. It proposed a new category of assets, called natural common goods, bringing an end to water-use rights. Instead of these rights, the draft Constitution granted administrative authorisations for water use, which are not subject to ownership, are extinguishable, revocable, and expire. This had implications not only from an ownership perspective, but also from an operational point of view.*

#### **KEYWORDS:**

NEW CONSTITUTION, WATER, NATURAL COMMON GOODS, WATER RIGHTS, WATER USE AUTHORISATIONS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13-10-2022

Mendoza Ruiz, María Francisca (2022). Estatuto jurídico de las aguas en el borrador de nueva Constitución para Chile. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 99-110 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

---

Luego del plebiscito celebrado con fecha 25 de octubre de 2020, en el que 78,27 % de los votantes aprobaron la redacción de una nueva Constitución para Chile, con fecha 4 de julio de 2022, la Convención Constitucional formada para ello entregó al presidente de la República un borrador de nueva Constitución que se conformaba de un articulado permanente y un articulado transitorio. Dicha propuesta de nueva Constitución fue votada en un segundo plebiscito, celebrado el día 4 de septiembre del presente año. En dicho plebiscito el resultado fue diametralmente opuesto al denominado plebiscito de entrada. Así, en este segundo plebiscito el 62 % de los chilenos rechazó la propuesta de nueva Constitución.

Si bien existían una serie de normas que generaban discusión respecto a su inclusión el texto de nueva Constitución propuesto, en el presente artículo abordaremos las normas que tenían que ver con la modificación del régimen jurídico de las aguas y el impacto en los derechos de aprovechamiento de aguas previamente constituidos.

## 2. Régimen jurídico actual de las aguas

---

Conforme al artículo 589 de nuestro Código Civil, se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a toda la nación. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación —como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas—, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Según lo dispuesto por el artículo 19 N.º 23 de la Constitución actual, se asegura a todas las personas:

*"23º.- 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".*

En virtud de lo dispuesto por el artículo 595 del Código Civil: *"Todas las aguas son bienes nacionales de uso público"*.

Por otra parte, el artículo 5.º del Código de Aguas establece: *"Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación."*

*En función del interés público, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código".*

Por último, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas, conforme al inciso final del artículo 19 N.º 24 de la Constitución actual, *"los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos"*.

Conforme a las normas citadas, en la actualidad, las aguas son bienes nacionales de uso público, inapropiables, respecto de las cuales se constituyen derechos de aprovechamiento, que son los que otorgan a su titular la propiedad sobre ellos.

Así, al existir propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, el titular de estos puede usar, gozar y disponer de su derecho en la medida que no sea contrario a la ley o a derecho ajeno.

Conforme a lo anterior, en la actualidad, el titular de un derecho de aprovechamiento puede venderlo, arrendarlo, cederlo, hipotecarlo o darlo en usufructo, entre otros actos jurídicos. Respecto al ejercicio del derecho, éste se sujeta a las normas y limitaciones que establece el Código de Aguas.

Cabe tener presente que, luego de la publicación de la Ley N.º 21.435 que "Modifica el Código de Aguas", los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos con posterioridad a la ley dejan de ser perpetuos, pasando a ser concesiones temporales de treinta años (los derechos constituidos con anterioridad mantienen su carácter indefinido).

### 3. Nuevo estatuto constitucional de las aguas

Conforme al borrador de nueva Constitución, las aguas dejaban de ser bienes nacionales de uso público para pasar a ser bienes comunes naturales. Así conforme al artículo 134:

*"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.*

*Entre estos bienes son inapropiables el agua en todos sus estados y el aire, los reconocidos por el derecho internacional y los que la Constitución o las leyes declaren como tales.*

*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 1".*

<sup>1</sup> Las modificaciones introducidas por esta ley al Código de Aguas comenzaron a regir el día 6 de abril de 2022, fecha en que se publicó en el *Diario Oficial de la República de Chile*.

De esta manera, las aguas que en la actualidad son de dominio de toda la nación, en caso de que se hubiera aprobado el borrador de nueva Constitución, se transformaban en un bien que no tiene propietarios, que se entiende que forma parte de la naturaleza, como componente de ella, y respecto del cual el Estado tiene un deber de custodia.

Una cuestión relevante, en relación con este punto, es que el borrador de nueva Constitución no entregaba ninguna definición de lo que se entendía por bienes comunes naturales, toda vez que el artículo 134 se limitaba a señalar en su inciso 1.º que estos 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"*.

En relación con lo anterior, se encuentra la norma del artículo 103, que señalaba: *"La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad"*.

Respecto al concepto de *bienes comunes naturales*, Jorge Ivars señala: *"La aparición del concepto de bienes comunes está asociado al término inglés commons wells y al concepto de enclosure of the commons, al menos en lo que al mundo anglosajón concierne. A fin de aclarar las ambigüedades conceptuales propias de la traducción, Helfrich (2008: 42) afirma que más allá de algunas terminologías concretas el concepto de bienes comunes nos sitúa en cuatro temas fundamentales:*

- i. *El control sobre el uso y manejo de recursos y bienes que conforman nuestro patrimonio social, natural y cultural.*
- ii. *El acceso a dichos recursos y bienes.*
- iii. *El proceso de producción y reproducción social tanto de bienes como del bien común (Commonwealth).*
- iv. *La justicia distributiva en la repartición de los beneficios que emergen de nuestro acervo común"*<sup>2</sup>.

Luego, el autor continúa con que los *"'recursos naturales' son esos 'bienes materiales' indispensables para la continuidad de la vida humana y natural que no remiten a nadie en particular sino a todo el conjunto social. Es decir, la consideración de 'bien común' se hace extensiva a los 'bienes comunes naturales' que ilegítimamente son nominados como recursos"*<sup>3</sup>.

Así, el concepto de bienes comunes naturales se opone al concepto de recursos naturales, el cual bajo esta visión se asocia a la apropiación y explotación de estos por parte no solo de los particulares, sino también del Estado. En virtud de lo anterior, se sacan los recursos naturales de la esfera de los bienes públicos para pasar a ser bienes comunes, respecto de los cuales el Estado se encuentra impedido de otorgar concesiones.

2 Ivars, Jorge Daniel (2013). ¿Recursos naturales o bienes comunes naturales? Algunas reflexiones. *Papeles de Trabajo* (Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural), n.º 26, pp. 88-97.

3 *Idem.*

## 4. Autorizaciones de uso de aguas

---

Considerando que, según el borrador de nueva Constitución, las aguas ya no pertenecían a toda la nación y eran inapropiables, el Estado solo podría otorgar autorizaciones administrativas para su uso.

Así lo señalaba expresamente el numeral 5 del artículo 134: *"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"*.

Este artículo debía ser complementado con la norma del artículo 142 incluida en el acápite especial sobre "Estatuto de las Aguas": *"El Estado velará por un uso razonable de las aguas. Las autorizaciones de uso de agua serán otorgadas por la Agencia Nacional de Aguas, de carácter intransferible, concedidas basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas, y obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento"*.

De esta manera, en lugar de la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, se implementaba un nuevo régimen para el uso de las aguas, mediante un título de carácter administrativo, esencialmente precario, denominado "Autorización de Uso de Agua", que tenía las siguientes características:

- A. Corresponde a un título de carácter administrativo, otorgado mediante una resolución conferida por un órgano de la Administración del Estado. En este caso, la Dirección General de Aguas o su sucesor jurídico, la Agencia Nacional del Agua.
- B. De carácter temporal, modificable, caducable, extingible y revocable. Dado que no se establece un plazo, deberá ser la ley la que determine la duración de las autorizaciones de uso. Lo mismo ocurre con las causales de caducidad, extinción y revocación. En cuanto a la modificación, la única referencia al respecto se encuentra en el artículo 144, que establecía dentro de las atribuciones de la Agencia Nacional del Agua el *"otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar autorizaciones de uso de agua"*.
- C. Se conceden con base en la disponibilidad efectiva de las aguas. La norma no establece a qué se refiere la disponibilidad efectiva o cómo se determina, y lo cierto es que resulta extremadamente difícil otorgar una autorización con base en la disponibilidad efectiva, ya que eso correspondería a la situación de la fuente en un momento determinado. En la actualidad, los derechos de aprovechamiento de aguas se constituyen sobre la base de probabilidades de excedencia, exigiendo probabilidades del 85 % para la constitución de derechos en carácter de permanente.
- D. Restringidas a un uso determinado, toda vez que el agua solo puede ser empleada en el uso que justificó su otorgamiento.

- E. No confiere propiedad a su titular. Solo confiere una habilitación para la explotación del bien.
- F. Incomerciables. Ello implica que las AUA serán inalienables o de tráfico prohibido, y que resulta aplicable respecto de su transferencia el artículo 1464 N.º 1 del Código Civil, que establece que *"hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio"*.

Se ha señalado como argumento para la inapropiabilidad y la incomerciability el hecho de que Chile sería el único país sobre el que existe propiedad sobre las aguas (aun cuando la propiedad es sobre el derecho y no sobre el agua) y que existe un mercado del agua que permite a unos pocos beneficiarse a costa de un bien que es de todos.

Sin embargo, resulta necesario preguntarse si junto con la eliminación de los derechos de aprovechamiento de aguas y el establecimiento de la inapropiabilidad de las autorizaciones de uso de aguas, era necesario establecer además la incomerciability. Toda vez que, al tratarse de autorizaciones administrativas respecto a las cuales no existe propiedad, ya se cumple con el objetivo de evitar que las aguas ingresen de manera indefinida al patrimonio de unos pocos. Se ha intentado argumentar por quienes defienden este nuevo estatuto jurídico que el borrador de nueva Constitución no impide el cambio de titular de las autorizaciones de uso de aguas, y que el cambio de titular podrá ser autorizado por la Dirección General de Aguas o su sucesor jurídico, tal como ocurre con las resoluciones de calificación ambiental o una patente comercial; sin embargo, dicho argumento carece de sustento toda vez que solo respecto de las autorizaciones de uso de aguas se establece su carácter de incomerciable, sin que pueda ser comparado entonces con el cambio de titularidad de otras autorizaciones administrativas respecto de las cuales el borrador de nueva Constitución no establece dicha declaración.

La imposición de la incomerciability no solo termina con el mercado del agua, sino que también dificulta el desarrollo de los diversos procesos productivos que requieren del agua como un insumo esencial. Lo anterior, por cuanto hoy en día la comerciabilidad de los derechos de aguas permite que quien requiera de derechos de aprovechamiento pueda adquirirlos de quien no esté haciendo uso de ellos, existiendo una autorregulación no solo del mercado, sino del uso de las aguas, lo que permite un uso más eficiente de un recurso que es limitado. Hoy existen acuíferos y cuencas en los que ya no es posible constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, de manera tal que la única forma de acceder a ellos es mediante su transferencia, cuestión que en el borrador de nueva Constitución se encuentra prohibida.

Otra interrogante que surge a partir de la inapropiabilidad de las autorizaciones de uso de aguas y su precariedad, al ser estas revocables, extinguiibles, caducables y modificables por la Autoridad, dice relación con la inversión que tanto los particulares como el Estado estarán dispuestos a hacer respecto a las obras necesarias para el ejercicio de las autorizaciones de uso de agua y su aprovechamiento. Ello por cuanto, si no existe certeza respecto de la vigencia de la autorización, no habrá incentivo para la construcción de obras que permitan un uso eficiente de las aguas. Es más, ¿cómo podrá financiar el Estado proyectos, de riego por ejemplo, si no existe certeza respecto a la vigencia del título que permite el uso de las aguas? ¿Valdrá la pena invertir grandes sumas de dinero en obras para el aprovechamiento eficiente y sustentable de las aguas si no hay seguridad alguna respecto al título que permite dicho aprovechamiento? Esta falta de certeza atenta contra la inversión destinada a lograr un uso más eficiente de las aguas.

## 5. Administración de las aguas

---

En cuanto a la administración de las aguas, el artículo 143 del borrador de nueva Constitución establecía un sistema de gobernanza de las aguas participativo y descentralizado, a través del manejo integrado de cuencas, donde la cuenca hidrográfica sería la unidad mínima de gestión.

Sería responsabilidad de los nuevos consejos de cuenca la administración de las aguas, sin perjuicio de la supervigilancia y demás atribuciones de la Agencia Nacional de las Aguas y otras instituciones competentes. La ley regularía las atribuciones, el funcionamiento y la composición de estos consejos, que debían estar integrados, 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 por que ningún actor pudiera alcanzar el control por sí solo.

En los casos en que no se constituyera un consejo, la administración sería determinada por la Agencia Nacional del Agua.

En virtud de lo anterior, las juntas de vigilancia —que, conforme al Código de Aguas, son los actuales organismos encargados de administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que les encomiende la ley— cederían dicha función y control en favor de los consejos de cuenca.

Cabe tener presente que, en esta nueva forma de administrar las aguas, los titulares de autorizaciones de uso de aguas pasarían a ser un actor más dentro de los consejos de cuenca, al estar estos conformados también por la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales, cámaras de turismo y juntas de vecinos, entre otros) y las entidades territoriales con presencia en la respectiva cuenca (conforme al artículo 187, son entidades territoriales autónomas las comunas autónomas, regiones autónomas y autonomías territoriales indígenas).

## 6. Derecho humano al agua y usos prioritarios

---

El artículo 57 del borrador de nueva Constitución consagraba:

*"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".*

De esta manera, se consagra a nivel constitucional el derecho humano al agua que ya había sido reconocido en la reciente reforma al Código de Aguas, introducida por la Ley N.º 21.435, y se le da una serie de características que, si bien no eran definidas por el borrador de Constitución, coinciden con el contenido del derecho humano al agua establecido por la Observación General N.º 15

del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 2002, que señala que el derecho humano al agua y saneamiento debe ser:

- i. Suficiente. *"El abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico"*.
- ii. Saludable. *"Libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza para la salud humana"*.
- iii. Aceptable. *"El agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, personal y doméstico... Todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género, al ciclo de la vida y a las exigencias de privacidad"*.
- iv. Físicamente accesible. *"Dentro o situados en la inmediata cercanía del hogar, de las instituciones académicas, en el lugar de trabajo o las instituciones de salud"*.
- v. Asequible. El costo debe permitir a todas las personas acceder al agua potable y saneamiento. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el coste del agua no debería superar el 3 % de los ingresos del hogar.

En relación con el derecho humano al agua consagrado por el artículo 57, se encuentran los usos prioritarios del agua establecidos por el artículo 140 del borrador de nueva Constitución. Así, el referido artículo establecía:

*"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"*.

En virtud de la norma citada se establecía la prevalencia del consumo humano y saneamiento y el equilibrio ecosistémico sobre los demás usos. Si bien, en virtud del artículo 5.º bis del actual Código de Aguas, siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, ahora esta preferencia se consagraba a nivel constitucional, a la vez que se incluía dentro del mismo grado el equilibrio ecosistémico. Lo anterior tiene sentido si consideramos que el borrador de Constitución en su artículo 104 consagraba que *"toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado"*.

Por último, cabe señalar que el borrador de Constitución no hacía referencia a los usos productivos de las aguas, limitándose solo a señalar que será la ley la que determinará los demás usos. De esta manera, debía ser el legislador quien estableciera los usos productivos del agua, y si dentro de estos existirían o no prioridades en el uso.



## 7. Situación de los derechos de aprovechamiento de aguas previamente constituidos

---

Considerando que el nuevo estatuto constitucional de las aguas implicaba un cambio radical respecto al actual régimen jurídico de las aguas, el borrador de Constitución en su articulado transitorio regulaba qué ocurre con los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución.

Así conforme a la norma trigésimo quinta transitoria, se dispone que *"desde la entrada en vigencia de esta Constitución todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad a ella se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en esta Constitución"*.

Lo anterior significa que los derechos de aprovechamiento de aguas, respecto de los cuales la Constitución vigente garantiza el derecho de propiedad, pasaban a ser simples autorizaciones administrativas que permiten su uso, y que —como se dijo— respecto de estas autorizaciones no existiría propiedad, serían intransferibles y estarían sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación.

Ahora bien, mientras no se dictara la nueva normativa relativa a las autorizaciones de uso de aguas, se fijaban ciertas excepciones que se aplicarían mientras no se dictara la legislación de reemplazo o dentro de un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución. Así, la norma transitoria establecía excepciones en materia de transferencias, gravámenes y transmisión.

Respecto a las transferencias, previa autorización de la Dirección General de Aguas o su sucesor jurídico, podrían permitirse cambios de titularidad en las autorizaciones de uso de aguas o actos jurídicos que impliquen que una persona distinta de la titular las ejerza, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- A. Estar 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 27 y 142 de la Constitución.
- B. La dictación de un acto administrativo fundado, el cual debía inscribirse en el Catastro Público de Aguas.

En cuanto a los gravámenes, la norma transitoria señalaba que los gravámenes constituidos antes de la publicación de la Constitución seguirían vigentes en los términos que establece su inscripción.

Por último, en cuanto a la transmisión de las autorizaciones de uso de aguas anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución, se señalaba que se sujetarían a las normas del derecho común para efectos de su transmisibilidad por causa de muerte.

Por otra parte, la norma disponía que *"con el objeto de asegurar la continuidad del servicio y el cumplimiento del derecho humano al agua y saneamiento establecidos en el artículo 294, y mientras no se dicte la ley indicada en el artículo transitorio 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"*.

En virtud de lo anterior, se mantenían vigentes, hasta la dictación de la nueva normativa (sin un plazo determinado), los contratos que tengan por objeto el abastecimiento de agua para el consumo humano y saneamiento. Sin embargo, esta vigencia no era absoluta, sino que se encontraba condicionada, según señala expresamente la norma, a la revisión y autorización por parte de la Dirección General de Aguas.

Respecto a las señaladas excepciones, surgen una serie de interrogantes respecto a la transferencia de las autorizaciones de uso de aguas, la cual parecería aplicarse solo a los usos destinados al consumo humano y saneamiento, sin que existiera posibilidad para el resto de los usos—incluido el equilibrio ecosistémico, que para el borrador de nueva Constitución es prioritario— de transferirlos.

En cuanto a los gravámenes, resulta curioso que se mantengan vigentes hasta la dictación de la nueva normativa o dentro del plazo máximo de tres años, ya que, aun cuando subsista el gravamen, no será posible ejercer la acción ejecutiva al recaer la garantía sobre un derecho de aprovechamiento de aguas devenido en autorización intransferible.

Asimismo, en cuanto a la transmisión de las autorizaciones de uso de aguas, si bien se señala que estas se regirán por las normas del derecho común, resulta necesario cuestionarse si las autorizaciones de uso podrán ser heredadas; lo anterior por cuanto al no existir propiedad sobre la autorización de uso de aguas, esta no ingresa al patrimonio del causante. Así, conforme a la nueva normativa, los herederos de un agricultor, por ejemplo, podrían heredar el campo, mas no las aguas con las que este se riega.

Por último, respecto a la referencia que hace la norma transitoria al regular estas excepciones a la dictación de la nueva ley, cabe tener presente que, dado que las normas permanentes del borrador de nueva Constitución establecen la intransferibilidad e inapropiabilidad de las autorizaciones de uso de aguas, la nueva ley no podría contener una norma que permita la transferencia, la imposición de gravámenes o la transmisibilidad de las autorizaciones, toda vez que esta sería inconstitucional.

Por otra parte, según lo dispuesto por la norma trigésimo sexta transitoria:

*"La Dirección General de Aguas o la Agencia Nacional de Aguas, 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."*

*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”.*

Conforme a la norma citada, una vez que entrara en vigencia la nueva Constitución y dentro del plazo de seis meses, se iniciaría un proceso de redistribución de caudales de las cuencas, priorizando aquellas en crisis hídrica y con sobreotorgamiento de derechos. Al respecto, resultaba esperable que los procesos de redistribución comenzaran en cuencas del norte y centro del país, con especial énfasis en aquellas con ecosistemas amenazados, fuerte estrés hídrico y alta conflictividad desde el punto de vista comunitario.

Para efectos de esta redistribución, conforme a los usos prioritarios establecidos por el artículo 140, siempre prevalecería el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas. Con ello, los requerimientos hídricos relacionados al ecosistema pasan a tener un uso privilegiado y prioritario, al mismo nivel del consumo humano.

Conforme a lo anterior, y considerando que la redistribución no podría afectar a pequeños usuarios, era esperable que los restantes titulares que hagan uso productivo de las aguas, tales como mineras, grandes agrícolas, viñas, entre otros, debieran soportar estas limitaciones en el uso del agua, cediendo no solo en favor del consumo humano, sino también de los requerimientos ecosistémicos que se determinen al efecto.

Por último, aun cuando la norma constitucional no establecía si existiría una compensación producto de esta redistribución, a partir de la normativa vigente en el Código de Aguas y de la misma discusión en la Convención, lo esperable era que dichas limitaciones no dieran lugar a ningún tipo de indemnización para quien recibiera menos agua de la autorizada en su título por alguna de las causales antes referidas.

## 8. Comentarios finales

---

De haberse aprobado el borrador de nueva Constitución, era esperable que los cambios al estatuto jurídico de las aguas produjeran importantes consecuencias sobre los proyectos y actividades que utilizan este vital recurso y, en especial, sobre la inversión y funcionamiento de la economía del país. La transformación de los derechos de aprovechamiento de aguas en autorizaciones administrativas no solo significaría un detrimento desde el punto de vista patrimonial para quienes dejarían de tener el dominio sobre sus derechos de aprovechamiento, sino también implicaba el término de un sistema que ha otorgado certeza jurídica para la obtención y traspaso de derechos de aprovechamiento entre distintos actores en un mercado altamente regulado, en particular luego de la reciente reforma del Código de Aguas.

La regulación del agua en Chile, bajo su estructura fundamental de derechos y de propiedad sobre los mismos, aun cuando expuesta a diversas limitaciones y restricciones, ha permitido el desarro-

llo del sector agrícola, de generación hidroeléctrica, entre otras actividades productivas, y ello en virtud de la certeza jurídica que otorga el derecho real de aprovechamiento de aguas y de la posibilidad de constituir garantías sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, cuestión que ha permitido el financiamiento bancario para una gran cantidad de proyectos de inversión. Junto con lo anterior, bajo este mismo sistema, las sanitarias en épocas de mayor escasez de agua han podido asegurar el abastecimiento de agua de la población, suscribiendo, entre otros, contratos de arrendamiento de derechos de aprovechamiento de aguas con terceros; también ha permitido el desarrollo de proyectos hidroeléctricos de pasada basados en la suscripción de contratos de suministro entre comunidades de regantes y empresas hidroeléctricas, a través de los cuales los agricultores arriendan o permiten el uso de sus derechos en la generación de energía eléctrica, entre muchos otros ejemplos.

Así las cosas, de haberse aprobado el texto de nueva Constitución propuesto, prácticamente la totalidad de estos acuerdos y contratos estarían prohibidos, en tanto el título pasaba a tener el carácter de autorización administrativa, sin que existiera propiedad sobre él y habiendo establecido la misma Constitución su carácter de intransferible.

Ahora, en el estado actual del proceso constituyente, en que no existe claridad respecto a cuál será la vía para redactar una nueva propuesta de Constitución, queda la interrogante de cuál será el tratamiento que se le dará a las aguas, si seguirá en la línea de lo ya señalado por el borrador de Constitución analizado, estableciendo su carácter de bienes comunes naturales intransferibles, o si por el contrario mantendrá su carácter de bien nacional de uso público.

Cualquiera que sea la propuesta, esperamos que sea efectiva para que el Estado pueda cumplir con su deber de garantizar el derecho humano al agua y saneamiento, la protección de la naturaleza y de los ecosistemas, y de gestionar adecuadamente este bien público, de manera que permita la coexistencia de los diversos usos del agua, incluido su uso productivo.