Reforma Constitucional, sobre derecho al agua
Boletín N° 8898-07

CONSIDERANDOS

En Chile, nominalmente, *"Las aguas son bienes nacionales de uso público". (art.* 595 del *Código Civil y* art. 5 del *Código de Aguas).* Sin embargo, en la práctica ello no es así ya que la propia legislación establece que sobre ellas *"se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento."*

El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe la ley.

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien puede usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley. (art.6 C° Aguas).

Este derecho se extiende a *'los medios necesarios para ejercitarlo. Así, el que tiene derecho a sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido en el título."* (art.8 C° Aguas) y habilita a su vez a su titular a *"hacer, a su costa, las obras indispensables para ejercitarlo." (art.* 9 C° Aguas).

Pese a que el propio Código señala en su artículo 20 que el derecho de aprovechamiento *se constituye originariamente por acto de autoridad y que la posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción, esta* definición presenta la anomalía jurídica de otorgar a una declaración de *voluntad unilateral del Estado* sobre un *bien nacional de uso público,* el carácter de d*erecho real con los mismos atributos del dominio.*

El artículo 12 clasifica los derechos de aprovechamiento en *consuntivos y no consuntivos.* Esta definición fue introducida por el Código y era desconocida hasta el año 1981 en nuestro derecho. Según el artículo 13, *"derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad".* En cambio, según el artículo 14, *"derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho".*

El *Código de Aguas* de 1981 fundó e instauró un "nuevo régimen jurídico" a partir de su promulgación y vigencia.

En primer lugar, al otorgársele el carácter de "derecho real" y los atributos del dominio, el legislador pretendió asimilar el derecho de propiedad con los derechos de aprovechamiento sobre las aguas.

En segundo lugar, se puede señalar la distinción que hace entre derechos de aprovechamiento *consuntivos y no consuntivos,* que tiene importantes consecuencias jurídicas y prácticas respecto de la utilización de los recursos hídricos por parte de sus titulares.

En tercer lugar, el Código separó los derechos de aprovechamiento de las aguas del dominio de los predios superficiales donde ellas se desplazan o escurren, eliminando la antigua categoría de *cosas accesorias a un inmueble o de inmuebles por destinación.* Esto generará importantes consecuencias, ya que no es necesario que los derechos de aguas se utilicen para el uso y beneficio de un predio determinado, adquiriendo el carácter de un bien comerciable autónomo e independiente. Ello con la finalidad de crear un verdadero "mercado de aguas" entre los usuarios.

En cuarto lugar, se eliminó el *listado de prioridades de uso del agua* para asignar los derechos. Antiguamente, se privilegiaba el otorgamiento de derechos de aguas para

agua potable por sobre sus usos agrícolas o industriales. Hoy en día da lo mismo el uso que se le dará equiparándose en esto también al derecho de propiedad.

En quinto lugar, el otorgamiento de los derechos de aguas era hasta hace poco -2005- *gratuito, y* no estaba sujeto a ningún pago de tasa, derecho, impuesto o patente, por parte del peticionario o titular, lo que ha dado origen a una verdadera especulación en que es bastante frecuente que las grandes empresas e incluso particulares, constituyan derechos de agua con la sola finalidad de transarlos posteriormente a precios que estarán sujetos a las condiciones de mercado, casi siempre elevadísimos en situaciones de sequía o escasez, vulnerando con ello la *función social de la propiedad.* Incluso se da el caso de empresas, como ENDESA, que son propietarias de la casi la totalidad de los derechos no consuntivos de una determinada región, sin que la adquisición de estos derechos esté sujeta a algún proyecto o actividad propia de su giro.

La modificación al Código de Aguas, realizada por la ley 20.017[1] estableció un canon por el no uso del agua y algunas normas de carácter ambiental, como aquellas que establecen un "caudal ecológico mínimo" como requisito para otorgar derechos de aguas (art. 129 bis 1), pero resultó ser una reforma inocua para los grandes consorcios dueños del agua que han mantenido un control total del mercado del agua.

De otra parte la función estatal sobre los recursos hídricos no se encuentra asignada a una única autoridad, ni menos autónoma, encargada de la gestión, administración y protección de las aguas. Tampoco existe como tal la figura de la autoridad de cuenca, que responde a enfoques ecosistémicos ausentes en el país y donde predominan aún, como ya lo hemos dicho, los enfoques sectorialistas y mercantilistas que conciben al agua como un recurso natural más del mercado y además separado e inconexo del resto. Este enfoque queda claramente reflejado en que la principal agencia estatal sobre las aguas es la Dirección General de Aguas, repartición dependiente del Ministerio de Obras Públicas.

'Promulgada el 11 de mayo de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 16 de jimio de 2005.

Si el estatuto propietario de los derechos de agua no ha variado mayormente en Chile en los últimos años, una situación radicalmente inversa ha tenido la propiedad sobre los servicios de aprovisionamiento de agua potable para la población. Estos en menos de una década -a contar de la década de los 90-, han pasado de manos estatales a manos privadas casi en su totalidad a lo largo del país. Esta transformación no ha variado el estatuto jurídico del agua que sigue perteneciendo en teoría a todos los chilenos, pero por la vía de los "servicios" adosados al agua y del otorgamiento masivo de derechos de aprovechamiento de aguas a privados, se ha generado en la práctica una "privatización encubierta" del recurso mismo.

El sistema adoptado en este cambio -promovido fuertemente por el sistema financiero internacional- ha sido sencillamente la venta de las empresas públicas que proveían de agua potable a consorcios privados que pasaron a ser "dueños del negocio" y "dueños del agua" quedando una regulación y fiscalización mínimas de la actividad en manos del Estado, que actúa a través de la Superintendencia de Servicios Sanitarios[2], como ente regulador y contralor. En otras palabras, el Estado pasó de ser el garante y prestador del servicio público de provisión de agua potable para la población a un mero regulador, entregando el servicio a empresas privadas cuyos capitales y activos -entre ellos el agua- son transados libremente en los mercados bursátiles. Este sistema si bien ha mejorado la calidad y cantidad de servicios de aprovisionamiento de agua potable ha implicado al mismo tiempo una transferencia del costo desde el Estado a los consumidores que en la práctica terminan financiando las inversiones y las utilidades de estas empresas.

El negocio eléctrico basado en la fuerza y potencial hidráulica o del agua es otro buen ejemplo de la privatización del agua. Las grandes obras de infraestructura hídrica es actividad y decisión privada, debiendo el Estado entregar las condiciones institucionales para que el mercado opere libremente. Así la nueva legislación

[2] Establecida por Ley 18.902 promulgada el 8 de enero de 1989 y publicada en el Diario Oficial el 27 de enero de 1990.

ambiental contenida en la Ley 19.300 sello se limita a establecer que todo proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental, entre ellos las grandes obras hidráulicas, debe someterse al SEIA.

En Chile, dadas las características de la legislación hídrica y eléctrica, no han existido políticas ni verdaderos controles normativos hídrico-ambientales que definan o determinen la manera cómo se desarrollan los proyectos hidroeléctricos. Por el contrario, trasnacionales como ENDESA o AES GENER o la nacional COLBUN, titulares de grandes proyectos hidroeléctricos del país, han encontrado en la legislación de aguas y eléctrica, un aliado natural, permitiéndoseles poseer y adquirir caudales estratosféricos sin restricción e imponer sus obras hidráulicas con el debido resguardo legal y constitucional y así desarrollar megaproyectos sin los debidos contrapresos ambientales aunque no exentos de escándalos y cuestionamientos políticos.3

Así, creemos, se explica en términos sencillos cómo hemos llegado a un sistema absolutamente monopúlico, controlador y concentrado en unas pocas manos de los recursos hídricos y de los medios y servicios asociados a ellos, entre los que destacan los de orden energético. El cambio de esta situación pasa necesariamente por un cambio de paradigma jurídico institucional para el que Chile no parece estar preparado aún dadas las trabas del régimen político chileno y el control que sobre él mantienen los grandes grupos económicos de nuestro país.

Por ello es que se requiere comenzar con una reforma constitucional que cambie el paradigma existente estableciendo el derecho constitucional al agua como lo han establecido recientemente los foros internacionales de Naciones Unidas y la OEA:

- La Resolución 64/292 titulada "El derecho humano al agua y el saneamiento" de 28 de julio de 2010, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho

[3] Cfr. NAMUNCURA. D. Raleo: ¿represa o pobreza? Ediciones LOM, Primera Edición, 1999,

humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;

- La Resolución AG/RES. 2760 (XLII-0/12) titulada "El derecho humano al agua potable y al saneamiento", de la Asamblea General de la OEA aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2012 que invita a los Estados Miembros a que, de conformidad con sus realidades nacionales, sigan trabajando para asegurar el acceso al agua potable y a servicios de saneamiento para las generaciones presentes y futuras.

Por estas consideraciones es que proponemos la siguiente,

REFORMA CONSTITUCIONAL

1.- Agrégase un nuevo numeral 25 al artículo 19 de la Constitución Política pasando el actual a ser numeral 26:

"El derecho al agua en cantidad y calidad suficiente para satisfacer las necesidades básicas.
El Estado deberá, para garantizar este derecho, proveer de los servicios básicos necesarios para un adecuado suministro.
Asimismo, el Estado podrá restringir o priorizar el uso del agua en las actividades económicas que la requieran, para garantizar este derecho."

2.- Agrégase en el artículo 20 de la Constitución Política a continuación del guarismo "24°," el guarismo "25^{0}" y reemplázase el actual "25°" por "26°".

1.- Derógase el inciso 11° del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política, que establece:

2.-

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