MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA CON EL QUE SE INICIA UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 19, NUMERALES 23 Y 24, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

Santiago, enero 6 de 2010

M E N S A J E N º 1774-357/

A S.E. EL

PRESIDENTE

DE LA H.

CAMARA DE

DIPUTADOS.

Honorable Cámara de Diputados:

El agua es fuente de vida y desarrollo. Además, constituye la base del medio ambiente, el eje de nuestros pueblos originarios, es insumo esencial para la producción de bienes y servicios y forma parte integrante del paisaje y origen de nuestras cuencas hidrográficas.

De acuerdo con nuestra legislación vigente, 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.

Tal reconocimiento se encuentra en el artículo 595 del Código Civil y en el artículo 5° del Código de Aguas. Es decir, la calidad de bien nacional de uso público o bien público del agua se encuentra exclusivamente reconocida en la ley y no en la Constitución.

La normativa del Código de Aguas se aplica exclusivamente a aguas terrestres, las

que, por antonomasia, corresponden a aguas dulces.

Cabe señalar, por lo demás, que sólo el 3% del agua existente en el planeta es dulce y, que de este pequeño porcentaje el 70% se encuentra en estado sólido en los polos y glaciares, por lo que no puede ser fácilmente aprovechada.

El agua disponible es escasa y limitada, de ahí la importancia de su regulación y protección.

Paradójicamente, nuestra Ley Fundamental se encarga de reservar para el Estado “El dominio absoluto, exclusivo, inalienable de imprescriptible de todas las minas” dejando afuera el bien más preciado: el agua. Es más, el propio constituyente establece la obligación para el titular de la concesión minera “a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”, obligación que no se produce respecto del uso del agua. Dicha falta de equilibrio en la regulación, se manifiesta de manera más evidente, frente al mandato al legislador de contemplar “causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión”, lo que ocurrió con el Código de Minería de 1983.

Este desbalance se produce de manera más radical, cuando se examina el estatuto jurídico de las sustancias no susceptibles de concesiones mineras, como ocurre con los hidrocarburos líquidos o gaseosos, los que pueden ser explotados sólo por el Estado, y, excepcionalmente, mediante concesiones administrativas o contratos de operación, las que pueden ser dejadas sin efecto sin expresión de causa cuando dichos yacimientos se encuentren en zonas que “se determinen como de importancia para la seguridad nacional”.

Chile enfrenta un desafío producido por el aumento de la población y su crecimiento económico, cual es la fuerte expansión de la demanda por agua. En efecto, el aumento de requerimiento del recurso para el consumo humano, minería, agricultura, industria, turismo, medio ambiente, entre otros, genera un mayor desbalance entre la oferta por el

vital elemento y su demanda, lo que ya ha producido situaciones de conflictividad dentro de varias cuencas del país, situación que se verá agravada con el devenir del tiempo.

En un país como Chile, en que el agua ha pasado a ser un bien escaso y que se encuentra marcado por graves desequilibrios hídricos debido a su irregular distribución, la adecuada planificación de los recursos hídricos en las cuencas se impone como una necesidad de primera línea.

En adición a dichos problemas, enfrentamos un desafío respecto del cual aún no sabemos su verdadero impacto, y sólo tenemos certeza de su inminencia, cual es, el fenómeno del Cambio Climático. Este proceso ha llevado a todos los países del planeta a adecuar sus legislaciones para estar preparados de manera de contar con potestades públicas eficaces y eficientes que permitan de la mayor manera posible, atenuar las perniciosas consecuencias que en esta materia sufriremos.

A diferencia de la situación que ocurría el año 1980, hoy la escasez del agua ha transformado la disponibilidad de este vital elemento en un asunto de seguridad nacional, mucho más que la disponibilidad de los hidrocarburos. Estos últimos se pueden importar de cualquier parte del mundo, como ocurre hoy. El agua no. Es por eso que para todos los países que tienen una geografía árida o semiárida como la nuestra, han relevado el tema de la protección y cuidado del agua como un asunto de seguridad nacional, lo que debe ser recogido por nuestra Constitución.

La propia Constitución Política establece, en el numeral 8° de su artículo 19, que es “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”.

Dada la importancia del agua, como elemento vital de subsistencia, estratégico y necesario para el desarrollo de múltiples actividades productivas y económicas, y en especial considerando que en escenarios de escasez adquiere una connotación

geoestratégica y de seguridad nacional, es imprescindible que nuestra Carta Fundamental reconozca a las aguas como bienes nacionales de uso público, de manera de elevar tal consagración a rango constitucional, cualquiera sea el estado en que se encuentren éstas, esto es líquido, sólido y/o gaseoso quedando en dicha categoría, sin discusión alguna, nuestro oro blanco: los glaciares y nieves. Recordemos que la calidad de bien nacional de uso público del agua está reconocida en nuestra legislación tanto en el Código de Aguas, como también en el Código Civil; en dicho sentido, la reforma propuesta tiene por objeto consagrar a nivel constitucional los principios que Andrés Bello introdujo en nuestra legislación nacional hace ya más de un siglo.

El propio Constituyente, en el inciso 2° del número 24 del art. 19, establece que como obligación y limitación al derecho de propiedad, la función social que deriva de ese derecho, lo 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”, función social que, en materia de derecho de aprovechamiento de aguas, no se encuentra de manera alguna recogida ni en la Constitución ni en el Código de Aguas.

Por su parte, existe actualmente en la Constitución el reconocimiento de derechos de los particulares sobre las aguas y la propiedad de sus titulares respecto de ellos, sin embargo resulta fundamental consagrar en ésta los mecanismos de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos de los particulares sobre las aguas como también la facultad de reservar aguas.

Nuestro país tiene una larga tradición normativa en la regulación del uso del agua, lo que ha permitido un desarrollo económico y social de gran envergadura, tanto en la agricultura, hidroelectricidad, minería, celulosa y acuicultura, entre otros. Sin embargo, el año 1981 con la entrada en vigencia de un nuevo Código de Aguas, se produjo un desbalance entre el bien común y los intereses de unos pocos particulares, desbalance que requiere ser corregido. En efecto, dicha normativa dio origen a una

concentración desproporcionada de derechos de aprovechamiento para fines hidroeléctricos, concentrando, según lo ha resuelto el tribunal de Defensa de Libre Competencia, el noventa por ciento de tales bienes en sólo tres empresas.

De alguna manera, tal desbalance se corrigió parcialmente por la ley 20.017, estableciendo nuevas facultades para la Administración del Estado. Sin embargo, muchas de las correcciones necesarias no pudieron implementarse por las deficiencias Constitucionales que nuestro país tiene en esta materia.

La gran cantidad de proyectos de ley presentados por diversos Senadores y Diputados para darles a las aguas un reconocimiento y regulación constitucional especial, denota la trascendencia e importancia que tiene para el país y para todos los chilenos legislar sobre estas materias.

Ejemplo de lo anterior son el proyecto de ley presentado por 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”; el ingresado el 9 de febrero de 1996 por los senadores Mariano Ruiz-Esquide Jara, Andrés Zaldívar Larraín, Carmen Frei Ruiz-Tagle, Sergio Paéz Verdugo y Manuel Antonio Matta Aragay, en lo relativo a la caducidad del derecho de aprovechamiento de aguas; el ingresado por los senadores Nelson Ávila Contreras, Guido Girardi Lavín, Alejandro Navarro Brain, Carlos Ominami Pascual y Mariano Ruiz-Esquide Jara, el 30 de septiembre del año 2008, denominado “Proyecto de Reforma Constitucional sobre dominio público de las aguas”; el formulado, el día 19 de noviembre de 2008, por los diputados Marcelo Díaz Díaz, Marco Espinoza Monardes, Antonio Leal Labrín, Adriana Muñoz D’albora y José Miguel Ortiz Novoa designado “Introduce modificaciones al Código de Aguas”; y finalmente el propuesto por los diputados René Aedo Ormeño 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".

Por su parte, reconociendo la diversidad geográfica del país y sus zonas y condiciones climáticas disímiles que determinan variaciones extremas en temperatura, pluviosidad, regímenes de viento, densidad demográfica, entre otros, el H. senador Ricardo Núñez Muñoz, presentó el 7 de octubre de 2008, un proyecto de reforma constitucional, que tiene por objeto reconocer en nuestra carta magna 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, modificación incorporada al presente mensaje.

Asimismo, el senador Antonio Horvath Kiss, ha presentado diversos proyectos de ley y reformas constitucionales que tienen por objeto proteger 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), lo que denota una constante preocupación por la protección y conservación de los recursos naturales y medioambientales.

El proyecto relativo a la protección de glaciares fue presentado conjuntamente con los senadores Guido Girardi Lavín, Alejandro Navarro Brain, Carlos Bianchi Chelech y Carlos Kuschel Silva.

Además, en lo tocante a la tutela de los glaciares, el entonces diputado don Leopoldo Sánchez Grunert, presentó, el 16 de agosto de 2005, un proyecto de ley destinado a prohibir la ejecución de proyectos de inversión en glaciares.

Es dable destacar que la reforma a la Carta Fundamental que se propone en esta materia, conserva en su integridad el dominio que los titulares actuales tienen sobre sus respectivos derechos reales de aprovechamiento de aguas, constituidos y reconocidos en conformidad a la ley, como asimismo las facultades inherentes a su carácter de propietarios.

En estas condiciones la enmienda al Código Fundamental, no afecta la certeza y seguridad jurídica de los propietarios de los derechos reales de aprovechamiento de aguas, para emprender o desarrollar actividades económicas y productivas con reglas claras y precisas que garanticen las inversiones que realicen para tales fines.

A su vez, la enmienda propuesta facilita el acceso al recurso hídrico a personas que tenían escasas posibilidades de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas por acto originario de autoridad, bajo el marco regulatorio vigente.

Por otra parte, la reforma entrega las herramientas necesarias a las autoridades competentes, para, en caso de ser imprescindible, limitar o restringir el ejercicio de los derechos, o reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad del vital elemento. La inclusión de dichas herramientas se justifica a la luz de la necesidad de establecer que, dentro de los diversos usos que pueden recibir, y de hecho reciben las aguas, debe darse prioridad al consumo humano.

Por lo anteriormente expuesto, es preciso introducir modificaciones en el numeral 23 del artículo 19, eliminando, a su vez, el inciso final del numeral 24 del mismo artículo de nuestra Carta Magna. Lo anterior, con el objeto de que las aguas y los derechos de los particulares sobre éstas, se consagren, regulen, reconozcan y protejan de forma íntegra, armónica, sistemática y conjunta.

En consecuencia, tengo el honor de someter a consideración del H. Congreso Nacional, un proyecto de ley destinado a modificar el artículo 19, en sus numerales 23 y 24, de la Constitución Política de la República de Chile.

P R O Y E C T O D E R E F O R M A C O N S T I T U C I O N A L :

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, considerando la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y, especialmente, la situación de las cuencas hidrográficas. Dichos derechos otorgarán a sus titulares la propiedad sobre los mismos. La ley podrá establecer limitaciones y obligaciones al ejercicio de éstos, en conformidad con lo prescrito en el inciso 2° del numeral 24 de este artículo.

La autoridad competente tendrá la facultad de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas, para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico.".

Dios guarde a V.E.,

MICHELLE BACHELET JERIA
Presidenta de la República

SERGIO BITAR CHACRA
Ministro De Obras Públicas

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY
Ministro
Secretario General de la Presidencia