



# AGUA Y NUEVA CONSTITUCIÓN: ACTUALIDAD Y PROSPECTIVA

Dr. Christian Rojas Calderón

Seminario “AGUA Y CONSTITUCIÓN” – Centro de Derecho y Gestión del Agua UC - 05/11/2020

## **PROPUESTA:**

**I.- Diagnóstico:** Sequía estructural “normalizada”, cambio climático, y demanda social.

### **II.- Problemas jurídicos:**

- Estructura regulatoria y temas propios de las regulaciones liberales (énfasis temático en la “propiedad”)
- Con una preocupación también sobre la organización administrativa *lato sensu*
- Escaso o nula referencia a la gestión (salvo enviarla a las juntas de vigilancia, y excepcionalmente de vuelta a la AP sectorial)

### **III.- Soluciones jurídicas a nivel Constitucional:**

- Cambiar la práctica despropietarizando (no hay “propiedad” del CC)
- Regular considerando esas dos fases
- Considerar la relación entre todas las fases del agua (GIRH)

### **IV.- Cierre conclusivo.**

## I.- DIAGNÓSTICO: LOS DATOS CADA VEZ MÁS IRREBATIBLES

### 1) Un escenario de 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”.

### 2) La urgencia, pero con Sequía estructural

Los decretos de escasez hídrica, incluso regiones completas: Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana y Maule

... decretados y renovados una y otra vez (ya hace casi 10 años) !!!

Entonces, parece que hace rato estamos llegando tarde.

## DECRETOS DE ESCASEZ VIGENTES NOVIEMBRE 2020



N° EN MAPA	N° DECRETO	FECHA DECRETO	FECHA CADUCIDAD	REGIÓN	PROVINCIA	COMUNA	N° COMUNAS BAJO DECRETO	ÁREA Km²	POBLACIÓN RURAL
1	72	01-07-2020	01-01-2021	COQUIMBO	ELQUI	Andacollo, Coquimbo, La Higuera, La Serena, Paliasso, Vicuña	6	17.133	52.853
					LIMARÍ	Combarbalá, Monte Patria, Ovalle, Puntaaçu, Río Hurtado	5	12.363	55.856
					CHOAPA	Canela, Illapel, Los Vilos, Salamanca	4	10.138	33.761
2	73	01-07-2020	01-01-2021	METROPOLITANA	MELIPILLA	<b>Curacal, María Pinto, Melipilla</b>	3	2.431	58.045
3	81	05-08-2020	05-02-2021	VALPARAÍSO	PETORCA	Petorca, La Ligua, Cabildo, Papudo, Zapallar	5	4.596	25.587
4	82	05-08-2020	05-02-2021	METROPOLITANA	CHACABUCO	<b>Celina, Tili</b>	2	1.623	34.431
5	85	21-08-2020	21-02-2021	METROPOLITANA	CHACABUCO	Lampa	3	450	21.273
6	90	24-08-2020	24-02-2021	METROPOLITANA	TALAGANTE	<b>Padre Hurtado, Peñafiel, Talagante, El Monte</b>	4	303	35.565
						VALPARAÍSO	Casablanca, Concón, Juan Fernández, Puchuncaví, Quintero, Valparaíso, Villa del Mar, Algarrobo, Cartagena, El Quisco, El Tabo, San Antonio, Santo Domingo	7	2.015
7	92	27-08-2020	27-02-2021	VALPARAÍSO	SAN ANTONIO	San Antonio, Santo Domingo	6	1.518	16.024
8	95	31-08-2020	28-02-2021	METROPOLITANA	MELIPILLA	<b>San Pedro, Ailud</b>	2	1.687	12.286
9	100	04-09-2020	04-03-2021	VALPARAÍSO	SAN FELIPE DE ACOMAGUA	Putendo, Santa María, Cotena, Panquehue, San Felipe, Uaylay	6	2.038	38.988
					QUILLOTA	Hijuelo, La Calera, La Cruz, Nogales, Quilota	5	1.114	26.312
					LOS ANDES	San Esteban, Los Andes, Rincón de los Andes, Calle Larga	4	3.075	19.457
10	107	14-05-2020	14-05-2021	METROPOLITANA	CORDILLERA	<b>San José de Maipo, Puente Alto, Pirque</b>	3	5.515	21.844
					MAIPO	<b>San Bernardo, Buin</b>	2	575	18.768
					TALAGANTE	<b>Isla de Maipo</b>	1	187	9.278
11	108	21-09-2020	21-05-2021	METROPOLITANA	SANTIAGO	<b>Pudahuel</b>	1	198	4.155
12	109	21-09-2020	21-03-2021	VALPARAÍSO	MARCA MARGA	Quilpué, Limache, Omeú, Villa Alemana	4	1.158	15.524
13	118	05-10-2020	05-06-2021	METROPOLITANA	MAIPO	<b>Paine</b>	1	676	26.606
14	125	21-10-2020	21-04-2021	METROPOLITANA	SANTIAGO	<b>Lo Barnechea, Las Condes, Vitacura</b>	3	1.152	2.699
15	131	02-11-2020	02-05-2021	METROPOLITANA	MAIPO	<b>Calera de Tango</b>	1	73	13.847
16	132	02-11-2020	02-05-2021	ATACAMA	COPIAPO	Copiapó, Caldera, Tierra Amarilla	3	32.577	8.546
RESUMEN:							<b>79</b>	<b>104.034</b>	<b>573.612</b>
16 Decretos que se aplican Sobre:							Comunas	Km²	Personas
							<b>22,8%</b>	<b>13,8%</b>	<b>3,3%</b>

**Territorio Decretado**

- Región
- Provincia
- Comuna

● Capital regional  
□ Capital provincial

— Límite internacional  
— Límite regional

--- Límite provincial  
--- Límite comunal

Fecha Elaboración Mapa: 02-11-2020

0 25 50 100 150 200 Km

Dirección General de Aguas

### 3) 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:



#### 4) Y entremedio un proceso de fuerte cuestionamiento institucional.

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



## II.- PROBLEMAS JURÍDICOS: EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL Y TRADICIONAL DE LAS AGUAS

### 1) La regulación de las aguas

(1.1.) El núcleo está repartido:

- Constitución Política de la República: mención (con una parte explícita y otra implícita, y una omisión)
- DL 2603 de 1979
- Código de Aguas
- DS 203/2014, Reglamento sobre exploración y explotación de aguas subterráneas
- Manual DGA de normas sobre administración de recursos hídricos

(1.2.) El complemento (resistido muchas veces): Código Civil (transferencia y transmisión, servidumbres e hipotecas); Código de Procedimiento Civil (juicios en materia de aguas); Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (aplicable a la DGA); y Ley 19.300 BGM Ambiente y Reglamento de Normas de Calidad Ambiental y Emisión (MUY RELEVANTE)

(1.3.) Agreguemos: Ley sobre Reutilización de Aguas Grises (2019) con Reglamento pendiente; y Ley sobre Servicios Sanitarios Rurales (2018) con Reglamento recién dictado.

(1.4.) Falta: Ley sobre Desalación de agua marina (proyecto en trámite) y Ley sobre Regeneración de agua (idea)

### **(1.3.) Fundamento normativo de la actual regulación**

La actual regulación es continuadora, esencialmente, del Código de Aguas de 1951.

Dicho código, a su vez se basó en el Proyecto de Código de Aguas de Rafael Moreno de 1927 y modificado en 1930 y 1936.

A su turno, ese proyecto se basó principalmente en la Ley de Aguas de España de 1879 y regulaciones chilenas vigentes a esa época (Código Civil de 1855, Código de Procedimiento Civil de 1904, el Código de Minería de 1932, y la Ley 2139 de Asociaciones de Canalistas de 1909).

[en España esto cambió en 1985, aunque desde principios de s. XX hacen planificación por cuenca]

## 2) Las materias reguladas

Las propias de una regulación del Estado liberal

(2.1.) Énfasis en la “propiedad” (más bien la constitución de titularidades administrativas): a) Reconocimiento de las Aguas continentales (superficiales y subterráneas) como un BNUP, y b) Régimen concesional y Sistemas de uso admisibles (Uso común: general [paisajísticos] y especial [usos domésticos] y Uso privativo: acá están los derechos de aprovechamiento de aguas (DDA)

(2.2.) Los órganos encargados de operar el sistema: (2.2.) Administración de las aguas: a) Dirección General de Aguas (DGA), y b) Juntas de Vigilancia de Ríos. Secundariamente las asociaciones de canalistas y comunidades de agua.

### III.- ¿Y la Constitución tiene algo que decir?

#### 1) Dato histórico: CP 1925 (después de la reforma de 1967)

Art. 10: La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

10.- El derecho de propiedad en sus diversas especies.

...

(inc. 6º) La Ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional, y expropiar para incorporarlas a dicho dominio las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

## 2) La CPR actual

### 2.1.) La norma matriz

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

24.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

(inciso final)

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

Sobre ello, algunos comentarios:

- a) Lo explícito: sobre los DAA hay propiedad y protección explícita
- b) Lo implícito: no hay propiedad sobre el Agua, y sobre los DAA hay un tipo de derecho (una concesión administrativa)
- c) La omisión: nada se dice sobre el “derecho humano al agua”. Esto es explicable porque en realidad este es un tipo de derecho de carácter prestacional –propio del servicio público de abastecimiento de agua potable y saneamiento-, ligado a una acción positiva que a una omisión como es a propósito de la “propiedad”

## 2.2.) La norma complementaria en la CPR

Art. 19 N° 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.

- Aquí se comprende el derecho a la propiedad (y clasificadorio de bienes ante la Constitución).
- Y es posible distinguir entre bienes *apropiables* (sobre los cuales puede recaer el derecho de propiedad tradicional); bienes *comunes*, como el aire y el altamar (sobre los cuales hay un régimen de protección y/o calidad ambiental) y bienes *de la nación*, o nacionales de uso público (que tienen un régimen jurídico-administrativo o concesional para su aprovechamiento)

### 3) ¿Qué ha hecho la práctica jurídica y judicial en este campo?

En general, proteger las titularidades concesionales en base a meros criterios de traslado de categorizaciones, tutela y uso construidos para la propiedad privada.

Ello, ha puesto muchas veces en pugna a:

- Titulares de DAA constituidos vs DAA reconocidos (no formalizados)
- Titulares de DAA (en sus variantes) vs protección del medioambiente (o de un medioambiente específico)
- Titulares de DAA vs potestades administrativas (sea la DGA sea las Juntas de Vigilancia respectivas)
- Titulares de DAA vs derechos ancestrales (sea de comunidades indígenas sea de comunidades agrícolas)
- Titulares de DAA vs el derecho humano al agua (de reconocimiento jurisprudencial)

Sobre esto la jurisprudencia ha resuelto, de maneras disímiles:

- a veces de manera consistente con titularidades formales; y
- otras veces no (por estar en juego otros elementos: particularmente los asociados a protección de derechos fundamentales).

## IV.- ¿ Qué se dice en otros lados?

1) En general, no hay un cierre o clausura en la CPR sobre el agua, sino que esto está entregado al legislador democrático.

Y cuando se hace, se realiza de manera general como cláusulas finalistas y no condicionales.

Esto es posiblemente, lo que debamos hacer.

## 2) EJEMPLOS:

### (2.1.) Constitución Española.

Art. 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

## (2.2.) Ley Fundamental de la RF de Alemania

Art. 15. El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

Entrega, por tanto, al legislador democrático –Federal y Federación-, determinar qué se protege en el sector del medioambiente y de los recursos naturales.

**Muchas gracias!**

[christian.rojas@uai.cl](mailto:christian.rojas@uai.cl)

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