

# Comentarios al proyecto de reforma constitucional en materia de aguas

## Analysis of the Constitutional reform project in water regulation

Iván Mauricio Obando Camino\*

El 16 de marzo de 2016 la Sala del Senado, a petición de la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía, acordó unificar en un solo proyecto de ley las nueve mociones parlamentarias de reforma constitucional existentes en materia de aguas, proyecto que actualmente se encuentra en estudio en el Congreso Nacional. El presente trabajo tiene principalmente dos objetivos: En primer lugar, efectuar un análisis de los antecedentes nacionales e internacionales que justifican la existencia del proyecto de ley en comento; En segundo lugar, desarrollar sus principales alcances.

**Palabras clave:** Proyecto de reforma constitucional, Dominio hídrico del Estado, Derecho humano al agua.

On March 16th, 2016, the Senate Room, upon the request of the Special Commission of Water Resources, Desertification and Draught, decided to unify the current nine parliamentary motions of the constitutional reform concerning water in a unique draft law. This project is currently being discussed in the National Congress. This paper is aimed both at developing an analysis of the national and international backgrounds that justify the very existence of the draft law previously referred, and to address its main attainments.

**Key words:** Constitutional Reform Project, Water domain of the State, Water human rights.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción

En los últimos años se han presentado diversas propuestas de reforma constitucional en materia de aguas en el Congreso Nacional, mediante mociones parlamentarias promovidas por congresistas de diversos par-

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Valparaíso y Magister y Doctor por SUNY-Albany. Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Correo electrónico: iobandoc@utalca.cl

tidos, las que han tenido por objeto modificar y/o suplementar los preceptos constitucionales atingentes, directa o indirectamente, a la materia indicada. Pese a que la tramitación legislativa de estas mociones parlamentarias, que ascienden a un número de nueve, avanzó con paso cansino en años previos, la situación cambió a partir del 17 de junio de 2014, en que los comités parlamentarios del Senado acordaron que todas ellas fueron estudiadas conjuntamente por la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía de la misma cámara, en forma paralela al estudio del proyecto de reforma al Código de Aguas efectuado en la Cámara de Diputados, que consta en el Boletín N° 7543-12. Para estos efectos, esta comisión parlamentaria celebró ocho sesiones aproximadamente entre el 21 de octubre de 2014 y el 15 de marzo de 2016, en las que analizó las diferentes mociones presentadas y escuchó los planteamientos formulados por académicos, expertos y representantes de diversas organizaciones de la sociedad civil. El acuerdo de los comités parlamentarios tuvo por objeto que la comisión parlamentaria citada no solo analizara dichas mociones, sino que también propusiere, sobre la base de ellas, una reforma constitucional acerca del régimen jurídico de los recursos hídricos. Por lo anterior, la Sala del Senado acordó refundir todos los proyectos de ley existentes (Boletines N°s. 6.124-09, 6.141-09, 6.254-09, 6.697-07, 7.108-07, 8.355-07, 9.321-12, 10.496-07 y 10.497-07) en uno solo el 16 de marzo de 2016, a solicitud de la comisión parlamentaria<sup>1</sup>, para que esta última propusiere un proyecto unificado de reforma constitucional a la Sala del Senado, el que sería posteriormente estudiado por la misma corporación. La comisión antedicha, como producto de la fusión de las mociones parlamentarias, acordó proponer a la Sala del Senado que la denominación de la nueva iniciativa de reforma constitucional fuere "Proyecto de reforma constitucional sobre dominio y uso de las aguas"<sup>2</sup>.

Por acuerdo de los mismos comités parlamentarios, datado 18 de mayo de 2016, se autorizó a la Presidenta de dicha comisión parlamentaria para dar cuenta en la Sala del Senado sobre el informe recaído en el proyecto aludido, con motivo de su primer trámite constitucional, el que posteriormente sería enviado en estudio, para ser informado en general, a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Para ello la comisión parlamentaria dedicó cuatro sesiones, celebradas entre el 12 de abril y el 10 de mayo de 2016, a pronunciarse sobre la propuesta de texto refundido de los diversos proyectos de ley, al término de lo cual acordó solicitar a los comités parlamentarios que

---

<sup>1</sup> Informe de la Comisión especial sobre recursos hídricos, desertificación y sequía (En adelante ICERH) 2016, 42.

<sup>2</sup> ICERH 2016, 2.

el proyecto pasara a la Sala del Senado, para proceder a su discusión general. Es así que el 4 de agosto de 2016, tras poco más de dos años desde el primer acuerdo de los comités parlamentarios, la Sala del Senado tomó conocimiento, en primer trámite constitucional, del informe recaído en el proyecto de reforma constitucional despachado por su Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía, el que propuso modificar el artículo 19 N° 23 y el artículo 20 de la Constitución Política, para agregar tres nuevos incisos al primero y ampliar la procedencia del recurso de protección en ciertos aspectos.

En tal sentido, la reforma constitucional propuesta finalmente y que se encuentra actualmente pendiente de estudio –sin urgencia– en el Senado, consistió en un artículo que consta de dos numerales, los que tienen el siguiente tenor: “Artículo único.- Modifíquese la Constitución Política de la República de la siguiente manera:/ 1.- Agréguese en el numeral 23° del artículo 19, los siguientes incisos tercero, cuarto y quinto, nuevos, reemplazando el punto y coma (;) del inciso segundo por un punto (.):/ 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. Declárense de utilidad pública los derechos que sobre ellas se hayan constituido o reconocido: /La ley regulará el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los actuales derechos y de las concesiones que sobre las aguas se reconozca a particulares. Estas últimas serán siempre temporales, se circunscribirán a fines específicos y podrán estar sujetas al pago de patentes o tasas:/ En su otorgamiento y ejercicio se priorizará el consumo humano, el doméstico y el saneamiento, resguardando los usos comunitarios ancestrales y la mantención de un caudal ecológico, para lo cual se podrá reservar aguas superficiales y subterráneas y establecer otras limitaciones y obligaciones. Se dispondrá de un manejo sustentable e integrado de los recursos hídricos de las cuencas, que considere las características de cada zona del país y que asegure la participación e información de la ciudadanía:/ 2.- Intercálese, en el inciso primero del artículo 20, a continuación del ordinal “23°”, la siguiente frase: “en lo relativo a lo dispuesto en el inciso primero y al derecho al agua para el consumo humano, doméstico y el saneamiento”<sup>3</sup>.

Atendido lo expuesto, en las páginas siguientes analizaremos los antecedentes del proyecto de reforma constitucional en referencia, como asimismo los alcances preliminares que pueden deducirse de sus diversos preceptos, en el estadio actual de su proceso genético en sede legislativa, teniendo a la vez presente que el proyecto aludido puede experimentar diversas modificaciones en el transcurso del pro-

---

<sup>3</sup> ICERH 2016, 50.

ceso legislativo, por lo que estos comentarios tienen un carácter meramente preliminar, en el mejor de los casos.

Conforme a lo anterior, este trabajo consta de cuatro secciones, incluidas esta introducción y la conclusión. En la sección primera nos detenemos en lo que estimamos son los antecedentes del proyecto de reforma constitucional. En la sección segunda procedemos a un análisis preliminar de los alcances del citado proyecto.

## I. Antecedentes del proyecto de reforma constitucional

Existen diversos antecedentes que han incidido, directa o indirectamente, en el proyecto de reforma constitucional de marras, aunque esto no sea discernible a primera vista. Sin ánimo de ser exhaustivos, estimamos que estos pueden agruparse en cinco grandes rubros, a saber: un diagnóstico crítico sobre el funcionamiento del régimen jurídico adoptado en 1981; desarrollos en el derecho constitucional comparado en materia de aguas; desarrollos en el derecho internacional de la persona humana en materia de aguas; la presentación de nueve mociones parlamentarias sobre el dominio hídrico del Estado y los derechos de los particulares sobre las aguas, en su caso; y el programa de gobierno de la actual administración Bachelet, incluidos los informes evacuados por su comisión constitucional, elaborado antes de la elección presidencial de noviembre de 2013.

En las páginas que siguen nos referiremos a los cuatro últimos rubros por su mayor cercanía con el ámbito de la dogmática jurídica y por ser suficientemente conocidas las críticas vertidas al actual régimen jurídico de las aguas, especialmente desde foros internacionales<sup>4</sup>.

### 1. Desarrollos en el derecho constitucional comparado.

Diversas constituciones nacionales dictadas en las últimas décadas contemplan normas relacionadas, directa o indirectamente, con el régimen jurídico del dominio público hídrico, cuya extensión y detalle es mayor, comparado al único precepto que contempla nuestra Constitución.

Pueden citarse al respecto constituciones que sujetan tal dominio a las normas generales concernientes a la propiedad estatal, remitiendo al legislador la regulación en detalle de aquel. Es el caso de la Constitución española, de 1978, cuyo artículo 132 encomienda a la ley la regulación del régimen jurídico de los bienes de dominio público, como sigue: "1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafecta-

<sup>4</sup> DOUROJEANNI y JOURAVLEV 1999, 15 y ss.; BAUER 2002, 117 y ss.; BROWN y PEÑA 2003, 13-14, 53-55, 36; BAUER 2005, 152 y ss.

*ción./ 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental./ 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.” A su turno, el artículo 149.1.22. Confiere al Estado competencia normativa exclusiva sobre “[l]a legislación, ordenación y concesión de los aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, [...]”.*

En otros casos, la Constitución encomienda ciertos cometidos al Estado, en relación con los recursos hídricos, como sucede con la Constitución suiza, de 1999 cuyo artículo 76 se refiere a las competencias pertinentes de la federación y de los cantones, en los términos siguientes: *“Aguas/ 1 La Confederación velará en el marco de sus competencias por la utilización racional y la protección de sus recursos de agua, así como por la protección y la lucha contra la acción perjudicial del agua./ 2 Fijará los principios aplicables a la conservación y explotación de los recursos de agua, a la utilización del agua para la producción de energía y la refrigeración, así como otras intervenciones que puedan darse en el ciclo del agua./ 3 Dictará las normas sobre la protección de las aguas, el mantenimiento de los caudales mínimos convenientes, la corrección de cursos de agua, la seguridad de los embalses y sobre las intervenciones que tienden a influir sobre las precipitaciones atmosféricas./ 4 Los cantones disponen de los recursos de agua. Podrán fijar dentro de los límites establecidos por la legislación federal derechos o censos por su utilización. La Confederación tiene el derecho a requerir los recursos de agua para sus empresas de transporte y comunicaciones mediante el pago de los derechos o censos y una justa compensación por los inconvenientes./ 5 En la concesión o el ejercicio de los derechos de agua que atañe a las relaciones internacionales, la Confederación estatuirá con la cooperación de los cantones interesados. Si los cantones interesados no pueden ponerse de acuerdo sobre la concesión de aguas intercantonales, la Confederación decide./ 6. La Confederación toma en consideración en la ejecución de sus competencias los intereses de los cantones de donde surgen las aguas”.*

Otros estados federales regulan, asimismo, la distribución de competencias entre la federación y las entidades federadas respecto del dominio hídrico y la utilización de las aguas. Así, la Constitución brasileña, de 1988, en su artículo 22.IV., otorga al Estado federal competencia privativa para legislar sobre las aguas, al tiempo que su artículo 26.I. incluye entre los bienes de los estados *“las aguas superficiales o subterráneas, fluyentes emergentes y en depósito, salvo, en este caso, en la forma de la ley, las derivadas de obras de la Unión; [...]”.* Otro tanto acontece con la Constitución argentina, de 1853, cuyo artículo 124 confiere a las provincias el dominio originario de los recursos naturales

existentes en su territorio, sin perjuicio de disponer que las autoridades proveerán a la utilización racional de los recursos naturales y a la preservación del patrimonio natural en su artículo 41.

Por su parte, el artículo 27 de la Constitución mexicana, de 1917 –un estado federal– establece el dominio originario de la Nación, sobre las aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, la que ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Del mismo modo, este mismo precepto consagra, en su párrafo 5°, la propiedad de la Nación sobre la aguas de *“las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquellas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. [...]”*

Como indica el precepto constitucional, el dominio nacional sobre tales aguas es inalienable e imprescriptible y su explotación, uso o aprovechamiento por los particulares o por sociedades constituidas conforme a leyes mexicanas, solo puede realizarse mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de conformidad a la ley, para lo cual el texto constitucional da lineamientos en algunos de los veinte numerales de este artículo. Interesantemente, el precepto constitucional en comento consagra también normas para las aguas subterráneas en su párrafo 5°, el que da plena libertad para su alumbramiento y apropiación por el dueño del suelo, pudiendo reglamentarse su extracción y utilización, y establecerse zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional, cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamiento<sup>5</sup>. Por último, el artículo 73. XVII. otorga

<sup>5</sup> El mismo precepto dispone que “cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos

competencia al Congreso Federal para dictar normas sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

En términos más parcos, la Constitución colombiana, de 1991 dispone también el dominio nacional sobre el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, en su artículo 102. Algo similar sucede con la Constitución peruana, de 1993, la que establece, en su artículo 66, que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio nacional, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento; con todo, una ley orgánica debe fijar las condiciones para su utilización y otorgamiento a los particulares, quienes adquieren un derecho real de concesión, sujeto a la ley. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 73 del texto constitucional clarifica que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, pudiendo concederse los bienes de uso público a los particulares, para su aprovechamiento económico, de acuerdo a la ley.

En este mismo orden de ideas, la Constitución venezolana, de 1999, en su artículo 304, alude al dominio público sobre los recursos hídricos y los deberes estatales a su respecto, en los términos siguientes: *"Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio."*

## 2. Desarrollos en el derecho internacional de la persona humana.

En los últimos años la doctrina y operadores jurídicos han deducido un derecho humano al agua, en especial al agua potable y al saneamiento, a partir de una interpretación sistemática de las normas de diversos instrumentos jurídicos internacionales que consagran el derecho a un nivel de vida adecuado.

Así, el artículo 25.1. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, mientras que el artículo 11.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia, en tanto que el artículo 12.1. del mismo Pacto reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

---

o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados".

En términos algo más explícitos, el artículo 14.2.h) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer, de 1979, indica que los Estados Partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le deben asegurar el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de los servicios sanitarios y el abastecimiento de agua, entre otros. En forma congruente con lo anterior, el artículo 24.2.c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, preceptúa que los Estados Partes deben asegurar la plena aplicación del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud y, en particular, deben adoptar las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otros, el suministro de agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó la Observación General N° 15, en 2002, la que afirmó la existencia de un derecho humano al agua, a partir de una interpretación oficial de las normas pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referidas *supra*, poniendo término así a la incertidumbre que rodeaba la naturaleza jurídica del mentado derecho<sup>6</sup>. El §2 de esta Observación General definió el derecho en comentario como el "*derecho de todos a disponer de agua suficiente salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico*", enfatizando el papel central de este derecho para posibilitar la subsistencia humana y una vida digna, agregando en el mismo párrafo que "*[u]n abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica*", explayándose así sobre algo que ya había insinuado en la Observación General N° 6, de 1995, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, oportunidad en que expresó que el agua constituía un derecho fundamental comprendido en el derecho a un nivel de vida adecuado previsto en el artículo 11.1. del Pacto citado<sup>7</sup>. El Consejo señaló, asimismo, que el derecho humano al agua constituye una garantía para asegurar un nivel de vida adecuado para la persona y la familia, sin

---

<sup>6</sup> OBANDO 2013, 44

<sup>7</sup> *IDEM.*



perjuicio de estar vinculado con el derecho a la vivienda y a la alimentación, como asimismo con el derecho a la vida y a la dignidad humana, todos ellos contemplados en los instrumentos constitutivos de la Carta Internacional de los Derechos Humanos<sup>8</sup>. Finalmente, el §12 de la Observación General citada estableció que el contenido mínimo del derecho referido comprende la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad, incluyendo el saneamiento en la disponibilidad del agua<sup>9</sup>.

Del mismo modo, debe traerse a colación la aprobación de la Resolución N° 64/292, de 28 de julio de 2010, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que declaró “*el derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*”<sup>10</sup>, lo que llevó a que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas expidiera el mismo año una resolución en igual sentido, incluyendo de manera expresa el acceso al agua potable y al saneamiento, como parte de este derecho<sup>11</sup>, llamando a los Estados parte, mediante una nueva resolución dictada al año siguiente, a garantizar el financiamiento apropiado para el suministro sostenible de los servicios respectivos, debiendo la relatora especial recopilar soluciones y buenas prácticas para la implementación del derecho aludido<sup>12</sup>. Algo similar aconteció con la Declaración Ministerial del VI Foro Mundial del Agua aprobada en Marsella, en 2012, que incluyó el derecho citado, con los componentes enunciados *supra*, en el marco de la política internacional sectorial correspondiente<sup>13</sup>.

Lo anterior fue profundizado mediante las Resoluciones N°s. 21/2, 24/18 y 27/7, de 2012, 2013 y 204, respectivamente, aprobadas por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las que enfatizaron la idea de la gestión integral del agua basada en una concepción de derechos humanos, considerando los diversos ámbitos involucrados en el derecho mencionado *supra*; la inclusión del derecho humano al agua potable y el saneamiento, como asimismo de los principios de igualdad y no discriminación, entre los objetivos de desarrollo posteriores al año 2015; y la importancia de resguardar, incluso mediante vías jurisdiccionales apropiadas, la observancia y efectividad en el tiempo de este derecho, entre otros aspectos<sup>14</sup>. En tal sentido, la Resolución N° 27/, de 2014, señala que el “*derecho humano al agua potable y el saneamiento significa que toda persona, sin discriminación, tiene de-*

<sup>8</sup> OBANDO 2013, 445

<sup>9</sup> *IBIDEM*, 449

<sup>10</sup> MORA Y DUBOIS, 2015, 2.

<sup>11</sup> *IBIDEM*, 3.

<sup>12</sup> MORA Y DUBOIS 2015, 3.

<sup>13</sup> *IDEM*.

<sup>14</sup> *IBIDEM*, 4-6, 8-9.

recho a agua suficiente, segura, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico, y al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea inocuo, higiénico, seguro y aceptable social y culturalmente, y que proporcione intimidad y garantice la dignidad y que este es esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos [...]”<sup>15</sup>. Por último, no menos importante en esta materia es la Resolución N° 68/157, de 2013, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que complementó la resolución aprobada por este organismo en 2010, reunió los principales pronunciamientos de organismos de Naciones Unidas y encomendó a los Estados garantizar la realización progresiva y no discriminatoria del derecho humano al agua potable y el saneamiento, debiendo consultar estos con las comunidades sobre soluciones tendientes a asegurar el acceso sostenible al agua potable y el saneamiento, como asimismo disponer de mecanismos eficaces de rendición de cuentas para todos los proveedores de servicios a fin que respeten los derechos humanos, entre otros<sup>16</sup>.

Este desarrollo jurídico internacional ha tenido un impacto constitucional en nuestro continente en los últimos años, ya que diversas constituciones políticas han terminado por consagrar este derecho fundamental, en términos directos o indirectos (a partir de otros derechos, e. g. derecho a la salud, la vivienda, etc.), mientras que la jurisprudencia constitucional ha liderado la recepción del citado derecho en otros ordenamientos constitucionales. Entre las primeras podemos citar las Constituciones de Bolivia (artículos 16 y 20), Ecuador (artículos 12, 32, 373 y 413), Honduras (artículo 145), México (artículo 4, párrafo 6), Nicaragua (artículos 59, 60, 64, 89 y 105), República Dominicana (artículos 15 y 61), Uruguay (artículo 47) y Venezuela (artículos 21, 82, 117, 127-129 y 304); por su parte, entre los segundos, podemos citar los casos de Argentina (a nivel provincial), Colombia y Costa Rica. Sin perjuicio de lo anterior, este derecho ha sido reconocido solamente a nivel legislativo en Paraguay<sup>17</sup>.

En el mismo ámbito del derecho internacional de la persona humana, debe recordarse que el artículo 15.1. del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribunales N° 169, de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo, contempla normas acerca derechos de los pueblos referidos sobre los recursos naturales, en los términos siguientes: “*Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la*

<sup>15</sup> *IBIDEM*, 8.

<sup>16</sup> *IBIDEM*, 6-7.

<sup>17</sup> *IBIDEM*, 29-70.

utilización, administración y conservación de dichos recursos.” Adicionalmente, el artículo 21.1. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007, consagra el derecho de marras en favor de dichos pueblos al disponer que estos tienen derecho, “sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en [...] la vivienda, el saneamiento, la salud [...]”.

En tal sentido, la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado expresó en su informe haber considerado como antecedentes jurídicos, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribunales N° 169, de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo, aludidos *supra*, para el análisis y elaboración de la reforma constitucional de marras<sup>18</sup>.

### 3. Mociones parlamentarias presentadas en la materia

Miembros del Congreso Nacional presentaron nueve mociones parlamentarias para reformar la Constitución Política, en materia de dominio hídrico del Estado y los derechos de los particulares sobre las aguas, en su caso, con anterioridad. Todas ellas tuvieron una inspiración y un contenido diverso, pero decían relación abrumadoramente con el artículo 19 N° 24 inciso 11° de la Constitución Política, ya fuere para derogarlo, sustituirlo o modificarlo. La excepción fueron las mociones de los numerales 6 y 7, señaladas *infra*, que propusieron además modificar el artículo 19 N° 23 y N° 9 de la Constitución Política, respectivamente.

Estas mociones parlamentarias consistieron en los siguientes boletines:

a) Boletín N° 6.124-09, de los Senadores Girardi y Navarro, y de los ex Senadores, Ávila, Ominami y Ruiz-Esquide, sobre dominio público de las aguas.

b) Boletín N° 6.141-09, del ex Senador Núñez, sobre exploración, explotación y constitución de derechos de aprovechamiento de aguas.

c) Boletín N° 6.254-09, del Senador Horvath, sobre acceso y uso de agua.

d) Boletín N° 6.697-07, de los ex Senadores Ávila, Núñez y Vásquez, sobre concesiones de derechos de agua.

e) Boletín N° 7.108, de los Senadores Navarro, Rossi y Tuma, sobre dominio público de las aguas subterráneas.

<sup>18</sup> ICERH 2016, 5.

f) Boletín N° 8.355-07, de los Senadores Allende, Letelier y Rossi, y de los ex Senadores Gómez y Ruiz- Esquide, sobre declaración de bien nacional de uso público de las aguas y reserva a la ley de la constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos de los particulares sobre ellas, y sobre determinación de los caudales que aseguren su disponibilidad para el consumo humano.

g) Boletín N° 9.321-12, de los Senadores Girardi, Muñoz, Araya, De Urresti y Horvath, sobre derogación del inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política y aseguramiento a todas las personas del derecho al agua y a su acceso en cantidad y calidad suficientes para satisfacer necesidades individuales y colectivas.

h) Boletín N° 10.496-07, del Senador Chahuán, para establecer que las aguas son bienes nacionales de uso público.

i) Boletín N° 10.497-07, del Senador Chahuán, sobre modificación del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política para establecer el carácter prioritario del aprovechamiento y consumo del agua<sup>19</sup>.

Si bien es cierto los objetivos de estas mociones se yuxtapusieron en ocasiones, no lo es menos que algunas de ellas se distinguieron de las demás por su contenido. En general, los objetivos de estas mociones dijeron relación con relacionar la constitución de derechos y usos de agua con la diversidad geográfica del país y/o planes de manejo de cuenca regionalizados; limitar temporalmente las concesiones del Estado, incluidos los derechos de aprovechamiento de aguas; establecer el dominio estatal sobre todos los recursos hídricos y la posibilidad de priorizar su uso; establecer causales de caducidad y posibilitar la expropiación de los derechos citados; descartar la duración perpetua de los mentados derechos; autorizar al legislador para establecer la reserva de caudales para fines públicos; establecer el manejo integrado de cuencas y acuíferos; consagrar el derecho humano al agua; derogar la propiedad privada sobre los derechos antedichos; y priorizar el aprovechamiento y consumo humano del agua; entre otros.

Las mociones precitadas constituyeron los proyectos de reforma constitucional que fueron estudiados conjuntamente por la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Sequía y Desertificación del Senado, entre 2014 y 2016, sobre la base de las cuales esta elaboró y despachó su propuesta unificada de reforma constitucional en mayo de 2016, referida *supra*, la que está pendiente de estudio en el Senado.

---

<sup>19</sup> *IBIDEM* 2016, 1-2.

4. El programa de gobierno de la candidata Dra. Michelle Bachelet Jeria.

En cuanto al programa de gobierno presentado en su momento por la actual Administración Bachelet, la entonces precandidata Dra. Michelle Bachelet Jeria nombró un Equipo Programático Constitucional para que elaborara diversas propuestas constitucionales, con miras a las elecciones primarias de la Nueva Mayoría, celebradas en el mes de junio de 2013. Este equipo elaboró un primer informe, titulado "Bases de la Nueva Constitución para Chile", el que contuvo propuestas sobre el dominio hídrico del Estado, con motivo de una futura regulación del derecho de propiedad.

Entre las propuestas formuladas, este informe puso el énfasis en que la propiedad obliga y su uso debe ser al servicio del bien común, siguiendo el modelo constitucional alemán, español e italiano; que la función social del derecho a la propiedad privada y a la herencia servirá para delimitar el contenido de este derecho de acuerdo a la ley, garantizándose la libre iniciativa económica privada, pero sin oposición al interés social; y que la actividad económica y pública son compatibles y pueden coordinarse para fines sociales<sup>20</sup>. Por otra parte, respecto del tema que nos ocupa, el informe señaló que debiera reconocerse el dominio público hídrico, minero y del espectro radioeléctrico, teniendo el Estado un derecho a regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente mineros; que las aguas son bienes nacionales de uso público, cualquiera sea su estado, el lugar en que se encuentren depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares; que el legislador regulará el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozcan a particulares sobre las aguas; y que el legislador podrá reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas, para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico a las personas<sup>21</sup>.

Posteriormente, una vez realizadas las elecciones primarias referidas, la candidata presidencial Dra. Michelle Bachelet Jeria nombró una Comisión de Nueva Constitución, la que emitió un nuevo informe sobre propuestas constitucionales, con el mismo título y las mismas propuestas formuladas en esta materia en el primer informe, con la salvedad que la propuesta sobre la reserva de caudales fue vinculada a objetos relacionados con el derecho humano al agua, como lo indicó expresamente la comisión. En tal sentido, la propuesta modificada señaló que "*[s]e delegará en el legislador [...] sin perjuicio de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad, cali-*

---

<sup>20</sup> ZÚÑIGA 2015, 159-160.

<sup>21</sup> *IBIDEM*, 160.

*dad, seguridad y continuidad del recurso hídrico para todas las personas (esto es, el derecho al agua)*<sup>22</sup>.

De esta manera, el conjunto de propuestas antedichas pasaron al apartado "Nueva Constitución" del programa de gobierno propuesto por la candidata Dra. Michelle Bachelet Jeria para el periodo 2014-2018<sup>23</sup> <sup>24</sup>.

## II. Comentarios al proyecto de reforma constitucional

### 1. Subsistencia de los derechos de aprovechamiento de aguas preexistentes.

Una revisión al articulado del proyecto de reforma constitucional propuesto por la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado revela que ella no abroga el artículo 19 N° 24 inciso 11° de la Constitución Política, que asegura el derecho de propiedad sobre los derechos de los particulares sobre las aguas, constituidos o reconocidos, en conformidad a la ley.

Al respecto, dos de las mociones parlamentarias contemplaban la derogación de este precepto constitucional (Boletín N° 8.335-07 y N° 9.321-12), mientras que cuatro de las restantes mociones proponían la sustitución del mismo con el objeto reconocer alguna forma de uso y aprovechamiento de las aguas en favor de particulares (Boletín N° 6.124-09, N° 6.254-09 y N° 8.355-07). Por su parte, la propuesta de texto refundido de la reforma constitucional, sometido a la consideración de la comisión parlamentaria, preveía la derogación de aquel, lo que fue rechazado por esta última tras dos empates sucesivos en la votación particular correspondiente<sup>25</sup>.

Por lo tanto, los derechos de los particulares sobre las aguas, constituidos o reconocidos en conformidad a la ley, a que alude el artículo 19 N° 24 inciso 11°, continuarán gozando de la garantía constitucional del derecho de propiedad, contemplada en el mismo precepto cons-

<sup>22</sup> *IBIDEM*, 281.

<sup>23</sup> *IBIDEM*, 320.

<sup>24</sup> A poco de inaugurada la segunda Administración Bachelet, en 2014, los profesores Valenzuela y Salvat, de la Universidad Alberto Hurtado, dieron a conocer su propuesta constitucional en relación con el dominio de los recursos hídricos y los derechos de los particulares, la que era aún más drástica que la propuesta presidencial, en los términos siguientes: "Artículo 13. Los recursos naturales y minerales son del Estado./ La totalidad de los recursos naturales y minerales (metálicos y no metálicos) pertenecen al Estado, estando prohibida su privatización. El agua es un bien público en toda su fase, siendo controlada por el Estado y su uso público regulado por ley, privilegiando a las comunidades vulnerables para asegurar su sustentabilidad. [...]". Véase VALENZUELA y SALVAT 2014, 17.

<sup>25</sup> ICERH 2016, 43, 48 y 50.

titucional, y del amparo de la acción constitucional de protección prevista en el artículo 20 de aquella, como se infiere de la discusión del precepto habida en la comisión parlamentaria<sup>26</sup>, salvo mejor parecer de la Sala de alguna de las corporaciones del Congreso Nacional.

2. Modificación a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

La reforma constitucional en ciernes agrega cuatro nuevos incisos al artículo 19 N° 23 de la Carta Constitucional, a continuación de su actual inciso 2°, lo que sugiere que la comisión parlamentaria decidió dictar normas constitucionales que van a incidir en la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, las que se expresan en un nuevo estatuto constitucional aplicable al dominio hídrico del Estado y a los derechos de los particulares sobre las aguas. En esto la comisión parlamentaria se inspiró parcialmente en la propuesta de la moción del Boletín N° 8.355-07, individualizado *supra*.

Así, el tenor del nuevo inciso 3° del artículo 19 N° 23 principia con una regla de carácter absoluto, de la cual extrae una consecuencia, al señalar: *"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."* De esta manera, se eleva a rango constitucional la regla de los artículos 595 del Código Civil y 5° del Código de Aguas, reconociéndose el carácter de bien nacional de uso público a todas las aguas terrestres, sin respecto del estado en que se presenten, como bien señala la reforma constitucional, de lo que se deduce que incluye a los glaciares, como se hizo constar en la historia de la misma en el seno de la comisión respectiva<sup>27</sup>.

De acuerdo a su literalidad, el precepto propuesto parece provenir de la moción del Boletín N° 8.355-07, que preceptuaba: *"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."* Esta moción perseguía hacer que el texto constitucional fuere congruente con lo estatuido por el derecho privado y por tratados internacionales vigentes y ratificados por el país<sup>28</sup>.

Acto seguido, el nuevo inciso 3° del artículo 19 N° 23 finaliza estableciendo un regla atingente a la garantía constitucional de que están revestidos los actuales derechos de aprovechamiento de aguas y señala: *"Declárense de utilidad pública los derechos que sobre ellas se hayan constituido o reconocido"*.

<sup>26</sup> *IBIDEM*, 46 y 47.

<sup>27</sup> *IBIDEM*, 42.

<sup>28</sup> *IBIDEM*, 9.

Este nuevo precepto está en concordancia con lo preceptuado por el artículo 19 N° 24 inciso 3°, que establece la privación del dominio mediante la expropiación, lo que permite explicar que la reforma constitucional no tocara el inciso 11° del mismo precepto constitucional. De lo expuesto, se desprende que el precepto propuesto persigue habilitar, mediante una declaración de utilidad pública, para llevar a efecto la expropiación de los derechos de aprovechamiento de aguas, constituidos o reconocidos, con anterioridad a la reforma constitucional<sup>29</sup>. En tal caso, resulta inconcuso que deberán seguirse en este caso las formalidades y requisitos establecidos para la expropiación en el mismo texto constitucional, más específicamente entre los incisos 3° a 5° del artículo 19 N° 24, dado que este se mantiene inalterable por la reforma.

Aparentemente, este nuevo precepto constitucional proviene de la moción del Boletín N° 6.124-09, cuya redacción era más asertiva acerca del objetivo perseguido<sup>30</sup> y evocaba el tenor de la ley de reforma constitucional N° 16.615, de 1967, que reformó el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925, no obstante la inexistencia de aguas privadas desde ese año. La moción en comento señalaba lo siguiente: *"Decláranse de utilidad pública, a efectos de expropiación, todas las aguas de la Nación y los derechos que sobre ellas se hayan constituido o reconocido"*.

El nuevo inciso 4° del artículo 19 N° 23, a su turno, se refiere a la regulación del acceso, ejercicio y extinción de los derechos de los particulares respecto de las aguas, considerando la situación jurídica preexistente y la situación jurídica futura, en relación con la modificación actualmente en ciernes del Código de Aguas. El nuevo precepto señala: *"La ley regulará el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los actuales derechos y de las concesiones que sobre las aguas se reconozcan a los particulares"*.

El texto propuesto distingue entre los actuales derechos de aprovechamiento de aguas y las futuras concesiones sobre aguas. En este punto se encomienda al legislador regular el procedimiento conducente a la constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de unos y otras, pero la referencia que se efectúa a un "reconocimiento" resulta intrigante, ya que no está claro qué cosa se podría reconocer conforme al nuevo marco constitucional. Ciertamente no las concesiones futuras, ya que las concesiones administrativas suponen la tramitación de un procedimiento constitutivo previo, para efectos de su otorgamiento por la Administración del Estado, pero ellas no se reconocen en caso alguno por esta última; por lo tanto, el tenor de la reforma parece sugerir

<sup>29</sup> *IBIDEM*, 42, 44 y 46.

<sup>30</sup> *IBIDEM*, 5.



que podría subsistir, eventualmente y a futuro, alguna forma de reconocimiento de algunos usos mínimos de aguas, salvo que la reforma alude al reconocimiento de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas, bajo algún procedimiento, lo que deberá ser discernido en la reforma al Código de Aguas.

La reforma se refiere también a la extinción de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas, de lo que se deduce que estos derechos continuarían siendo derechos reales civiles, garantizados por el derecho de propiedad, pero el dominio estaría sujeto a la posibilidad de extinción de concurrir una causal a su respecto. Por lo tanto, la norma propuesta autoriza la creación de causales de extinción de tales derechos por el legislador, que podrían adicionarse a la actual extinción por renuncia y por no pago de la patente en la parte no usada, previstas en los artículos 6°, 124 bis 11 y 129 del Código de Aguas.

Debido a que la reforma alude a concesiones, debe entenderse que ella se refiere a concesiones administrativas sobre las aguas que la Administración del Estado piensa otorgar a los particulares, cuya constitución deberá ser regulada por el legislador, pudiendo incluirse en un Código de Aguas reformado o en una ley especial. Se trataría, entonces, de derechos reales administrativos otorgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la reforma constitucional, los que estarán amparados por la garantía constitucional del derecho de propiedad debido a su naturaleza incorpórea, al tenor del artículo 19 N° 24 inciso 1° de la Carta Fundamental<sup>31</sup>.

El nuevo inciso 4° propuesto concluye señalando, respecto de estas concesiones administrativas, lo siguiente: *"Estas últimas serán siempre temporales, se circunscribirán a fines específicos y podrán estar sujetas al pago de patentes o tasas."* Dado que este precepto se refiere solamente a las concesiones aludidas, debe entenderse que la temporalidad *ab initio* será aplicable solamente a esta últimas, como quedó plasmado en la historia de la discusión del precepto en la comisión parlamentaria<sup>32</sup>.

Aparentemente, el precepto en comento tiene dos fuentes de inspiración. Por una parte, la moción del Boletín N° 8.355-07 que apuntaba a que los derechos que se les reconociesen a los particulares sobre las aguas estuvieren sujetos a usos determinados y no fueren de carácter perpetuo, para lo cual propuso el siguiente texto constitucional: *"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*

<sup>31</sup> VERGARA 1998, 187.

<sup>32</sup> ICERH 2016, 47.

la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de recursos hídricos, la situación de las cuencas hidrográficas y la seguridad nacional. Con todo, estos derechos jamás podrán tener carácter de perpetuos". Por otra parte, la moción del Boletín N° 6.6977-07 discutió también sobre la idea de limitar la vigencia de las concesiones que se otorgarán a los particulares sobre las aguas, al preceptuar: "Las concesiones que otorgue el Estado, incluidos los derechos sobre las aguas y los contratos especiales de operación, no podrán ser otorgadas por más de treinta años, salvo que los actos administrativos, resoluciones judiciales o contratos respectivos sean aprobados previamente por el Senado, en cuyo caso podrá extenderse hasta por quince años más." La misma moción contempló un artículo transitorio para limitar la vigencia de los derechos de aprovechamiento de aguas preexistentes, pero cuya deficiente técnica legislativa habría frustrado sus objetivos, como queda de manifiesto en el texto siguiente: "Las actuales concesiones, incluidos los derechos sobre las aguas y los contratos especiales de operación, se entenderán otorgadas hasta la fecha de su vencimiento o a contar de la presente reforma constitucional, según corresponda".

El nuevo inciso 5° del artículo 19 N° 23 se refiere a los usos prioritarios que deberán respetarse en el otorgamiento y ejercicio de los derechos de los particulares sobre las aguas. El precepto en comento prescribe lo siguiente: "En su otorgamiento y ejercicio se priorizará el consumo humano, el doméstico y el saneamiento, resguardando los usos comunitarios ancestrales y la mantención de un caudal ecológico, para lo cual se podrá reservar aguas superficiales y subterráneas y establecer otras limitaciones y obligaciones".

Como se puede apreciar, el texto constitucional propuesto contempla tres usos prioritarios para el otorgamiento y ejercicio de aquellos derechos, a saber: consumo humano, consumo doméstico y saneamiento. Estos usos son congruentes con los contemplados en el derecho internacional de la persona humana, a propósito del derecho humano al agua potable y al saneamiento. Es más, la debida concordancia del precepto propuesto con la reforma que se propone al artículo 20 inciso 1° de la Constitución Política, comentada *infra*, llevan a concluir que se introduce –ahora en términos expresos– un nuevo derecho constitucional en el Capítulo III de la Constitución Política, como es el derecho humano al agua potable y al saneamiento, cuyo legítimo ejercicio deberá ser precisado, en cada caso, por los Tribunales Superiores de Justicia, con base en el nuevo texto constitucional y a la luz de lo establecido en el derecho internacional de la persona humana. En todo caso, la redacción del precepto no excluye la posibilidad que el legislador pueda establecer otros usos prioritarios, pero ellos deberán ceder en preferencia respecto de los señalados en el texto constitucional.

Dado que el precepto proyectado se refiere al “otorgamiento”, debe entenderse que este alude –en este respecto– a las futuras concesiones administrativas sobre las aguas, pues las concesiones se otorgan por la Administración del Estado, previa constitución de las mismas en el procedimiento administrativo pertinente; así, por lo demás, quedó de manifiesto en la discusión del precepto en la comisión parlamentaria<sup>33</sup>. Por otra parte, la referencia que el mismo efectúa al “ejercicio” no descarta la posibilidad que pueda comprender no solo las futuras concesiones administrativas, sino también los derechos de aprovechamiento de aguas preexistentes, lo que autorizaría al legislador para contemplar estos usos prioritarios inclusive en relación con el ejercicio de los citados derechos, como, por ejemplo, con motivo de limitaciones a la explotación de las aguas, no obstante que en la discusión generada en la comisión parlamentaria se sugirió que este precepto “no supone afectación de los derechos otorgados actualmente”<sup>34</sup>.

La mención que hace el nuevo precepto al resguardo de los usos comunitarios ancestrales y la mantención de un caudal ecológico no son novedades, de acuerdo al estado de desarrollo del derecho internacional de la persona humana y del derecho de aguas nacional. El primero arranca, precisamente, de los deberes establecidos en el §16.d) de la Observación General N° 15 y en los artículos 5 y 8 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribunales N° 169, de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo, aludidos *supra*; mientras que el segundo fue introducido por la reforma de la ley N° 20.017, de 2005, al Código de Aguas.

Para asegurar la priorización de usos aludida, la parte final de este nuevo inciso establece un instrumento jurídico, como es la reserva de aguas superficiales y subterráneas, las que no podrían ser objeto de las mentadas concesiones; sin embargo, la redacción del precepto mueve a una duda, ya que no queda claro si la reserva puede emplearse también para el resguardo de los usos comunitarios ancestrales y la mantención del caudal ecológico, dado el empleo del artículo determinado “lo” que antecede al pronombre singular “cual”. En la forma en que se encuentra redactado el precepto, parece admitir más de un sentido, lo que debería ser esclarecido en el debate legislativo.

La referencia que el precepto hace a “y establecer otras limitaciones y obligaciones” plantea una interrogante similar, dado el empleo de la conjunción “y” y del pronombre “otro”. La redacción del precepto sugiere que la reserva de caudales constituye una forma de limitación u obligación, pero estas últimas dicen relación usualmente con un

---

<sup>33</sup> *IDEM.*

<sup>34</sup> *IDEM.*

derecho en particular, como es el derecho de propiedad, y constituyen expresión jurídica de la función social de la propiedad. Esto parece confirmar que los actuales derechos de aprovechamiento de aguas y las futuras concesiones administrativas sobre aguas estarán amparadas por la garantía constitucional del derecho de propiedad, como indicado *supra*, pero estarán sujetas a limitaciones y obligaciones que deberán derivar de la función social del citado derecho. No obstante, el precepto ganaría mucho en claridad si el mandato al legislador fuere más específico y se relacionare con la función social de la propiedad.

Diversas mociones contemplaron normas en un sentido similar y, al efecto, pueden citarle las mociones de los Boletines N° 6.124-09, N° 6.254, N° 8.335-07, N° 9.321-12 y N° 10.497-07. La primera contemplaba un inciso que principiaba señalando que “[l]a ley establecerá prioridades de uso de las aguas, [...]”. La segunda, en tanto, agregaba un inciso final a la garantía constitucional de la propiedad, conforme al cual habría Planes de Manejo de Cuencas Regionalizados, acordados según la ley, conforme a los cuales “[s]e asignarán y ajustarán los derechos de agua, sus distintos tipos de uso, incluyendo la conservación, [...]” La tercera, a su turno, señalaba lo siguiente: “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 recursos hídricos, la situación de las cuencas hidrográficas y la seguridad nacional. [...]”/ “Corresponderá al legislador reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas, para asegurar siempre la disponibilidad del recurso hídrico para el consumo humanos, pudiendo limitar y restringir el ejercicio de estos derechos.” La cuarta, por su parte, encomendaba a la ley regular, entre otras cosas, “las prioridades de uso de las aguas, favoreciendo el consumo humano, [...]”. La quinta, finalmente, agregaba un inciso final a la garantía constitucional de la propiedad del tenor siguiente: “Con todo, el aprovechamiento y consumo humano del agua tendrá prioridad sobre cualquier otro destino de dicho recurso”.

La reforma agrega una parte final al nuevo inciso 5° del artículo 19 N° 23 de la Constitución Política, con el objeto de sentar las bases constitucionales para una gestión de cuencas hidrográficas, para lo cual propone el siguiente precepto: “Se dispondrá de un manejo sustentable e integrado de los recursos hídricos de las cuencas, que considere las características de cada zona del país y que asegure la participación e información”.

El texto propuesto señala que la gestión de los recursos hídricos de las cuencas hidrográficas deberá ser integrada y sustentable, lo que no deja de ser redundante a la luz de la conceptualización existente del

referido proceso, el que incluye la sustentabilidad del recurso. En efecto, la Asociación Mundial del Agua ha definido la gestión integrada del agua como *“un proceso que promueve el manejo y desarrollo coordinado del agua, la tierra y los recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar social y económico resultante de manera equitativa sin comprometer la sustentabilidad de los ecosistemas vitales”*<sup>35</sup>. Por su parte, Cotler y Caire (2009) sostienen que la gestión integrada del agua, a partir de las cuencas hidrográficas, constituye un instrumento de gestión colaborativa de la política ambiental, el que supone la participación social y la coordinación de los actores relevantes para efectos de planificar, implementar y evaluar *“acciones dirigidas al control de las externalidades negativas, mediante la participación organizada e informada de la población”*<sup>36</sup>.

De acuerdo a lo anterior, la gestión integrada del agua busca la solución de conflictos entre usuarios y usos en competencia, haciéndose cargo de las diversas externalidades que surgen de la dinámica aludida; de ahí que, en muchos casos, ella se realice por órganos administrativos autónomos o por entidades semifiscales (corporaciones público-privadas) que incluyen a los grandes sectores –no solo económicos– concernidos con el uso del recurso hídrico, lo que comporta en principio una repulsa a la autogestión de los usuarios del agua<sup>37</sup>.

Al respecto, el precepto en comento solo señala que se dispondrá del proceso de gestión de las aguas, con las características señaladas, pero no indica, ni menos sugiere, cuál será el órgano –menos su composición– a cargo del citado proceso, materia que deberá ser discernida por el legislador, dado que a este último corresponderá regular la constitución y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas y de las concesiones administrativas sobre las aguas, conforme al nuevo inciso 4° del artículo 19 N° 23, comentado *supra*.

Igualmente, el texto propuesto establece ciertos requerimientos mínimos para la gestión integrada de cuencas, como son considerar las características de cada zona del país y que se asegure la participación e información de la ciudadanía. Desde luego, el requerimiento de participación e información ciudadana surge de la propia naturaleza del instrumento analizado, por lo que el texto propuesto no plantea novedad al respecto, para lo cual pueden extraerse lecciones de lo sucedido en materia de evaluación de impacto ambiental.

Por otra parte, el requerimiento de una consideración de las características de cada zona del país, apunta a establecer procesos de ges-

<sup>35</sup> MELO Y VIAL 2005, 10.

<sup>36</sup> COTLER Y CAIRE 2009, 17.

<sup>37</sup> *IDEM*.

tión de las aguas que sean congruentes con las características diversas que exhiben las cuencas hidrográficas a lo largo del territorio nacional, evitando así los efectos negativos que genera la implementación de instrumentos uniformes y generales de gestión en la materia<sup>38</sup>.

En este punto, la norma propuesta descansa en parte en las obligaciones normativas y de política pública impuestas a los Estados Parte por el §37.f) y los §47-49 de la Observación General N° 15, referida *supra*, y la redacción empleada arranca de las mociones de los Boletines N° 6.141-09, N° 6.254-09 y N° 9.321-12. La primera de estas mociones preveía que la exploración, explotación y constitución de derechos de aprovechamiento de aguas sería regulada por la ley *"en conformidad a la diversidad geográfica y climática del país, y a la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos."* La segunda preceptuaba que la asignación y ajuste de los derechos respectivos se efectuaría en base a Planes de Manejo de Cuenca Regionalizados, los que deberían ser acordados conforme a la ley. La tercera, a su turno, encomendaba a la ley asegurar *"el manejo integrado de cuencas y de acuíferos para armonizar su uso y acceso en forma participativa [...]"*.

### 3. Ampliación de la procedencia del recurso de protección

La reforma constitucional en comento amplía la procedencia del recurso o acción constitucional de protección, previsto en el artículo 20 de Constitución Política, en relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de esta cautela constitucional. Al respecto, el texto propuesto señala lo siguiente: *"Intercálase, en el inciso primero del artículo 20, a continuación del ordinal "23º," la siguiente frase: "en lo relativo a los dispuesto en el inciso primero y al derecho al agua para el consumo humano, doméstico y el saneamiento"*.

Esta propuesta no fue contemplada en alguna de las nueve mociones estudiadas por la comisión parlamentaria, por lo que surgió en el seno de esta última, como consecuencia del estudio y debate de dichas mociones. Por lo anterior, ella figuró por primera vez en la propuesta de texto refundido de la reforma constitucional presentada por la Presidenta de dicha comisión, Senadora Sra. Muñoz, en la sesión celebrada el 12 de abril de 2016, oportunidad en que su autora sostuvo que la finalidad perseguida era *"agregar tutela jurisdiccional, mediante el recurso de protección, al derecho al agua potable, al saneamiento y a sus usos"*

<sup>38</sup> Por lo demás, Bello ya había adelantado esta noción en el Mensaje del Código Civil en 1855, aunque para fines estrictamente regulatorios, ya que estaba consciente de la diversidad geográfica de nuestro país, oportunidad en que comentó: *"[...] como en todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el proyecto, como el código que le ha servido de guía, se ha ceñido a poco más que sentar las bases; reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades"*.

*prioritarios*<sup>39</sup>, lo que explicitó más adelante como el “*derecho al agua para consumo humano, doméstico, el saneamiento y demás usos prioritarios*”<sup>40</sup>.

Como se puede apreciar, la reforma propuesta amplía la procedencia del citado recurso a un nuevo derecho constitucional, como es el derecho humano al agua, que comprende los usos prioritarios mencionados *supra* y confirma lo señalado precedentemente respecto de este nuevo derecho, aspecto que fue objetado por algunos integrantes de la comisión debido a sus aprensiones sobre los efectos que este arbitrio jurisdiccional podía provocar en proyectos de inversión en recursos hídricos<sup>41</sup>.

Ahora bien, si hasta ahora este derecho podía deducirse con algún esfuerzo interpretativo de los artículos 1º, 5º inciso 2º y 19 Nº 1 de la Constitución Política, en relación con lo dispuesto en los tratados internacionales aludidos *supra*, con el objeto de pretender su cautela por medio del recurso de protección con resultados francamente inciertos, en adelante el intérprete constitucional podrá echar mano a un texto constitucional expreso y a lo dispuesto en el derecho internacional de la persona humana para determinar cuál es el alcance del legítimo ejercicio de este derecho, en los ámbitos del consumo humano, doméstico y el saneamiento, que puede verse afectado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales que importen privación, perturbación o amenaza de aquel, sea de parte del Estado o de particulares, para lo cual podrá tener a la vista la jurisprudencia constitucional de otros países que han ventilado esta materia en estrados judiciales<sup>42</sup>.

## Conclusiones

La reforma constitucional sobre dominio y uso de las aguas, como la denominó la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado, se encuentra aún en las primeras etapas de su discusión legislativa, por lo que los comentarios precedentes tienen un carácter meramente preliminar, ya que el proyecto respectivo puede experimentar aún modificaciones diversas en el procedimiento legislativo.

En este trabajo hemos procurado identificar algunos antecedentes que permiten explicar el origen del proyecto de reforma constitucional, en un esfuerzo por poner de relevancia la confluencia de algunos factores jurídicos y políticos en este respecto, pero sin alejarnos demasiado del ámbito de la dogmática jurídica. Entre los primeros se

<sup>39</sup> ICERH 2016, 42.

<sup>40</sup> *IBIDEM*, 43.

<sup>41</sup> *IBIDEM*, 49.

<sup>42</sup> MINAVERRY (s.d.); MORA Y DUBOIS 2015, 30.

encuentran los desarrollos jurídicos que han experimentado el derecho constitucional comparado y el derecho internacional de la persona en materias relacionadas con el dominio hídrico del Estado y el derecho humano al agua, respectivamente. Entre los segundos se encuentran la presentación de nueve mociones parlamentarias en años precedentes y el programa de gobierno de la actual Administración Bachelet, los que en conjunto ponen de manifiesto el impacto que el proceso político nacional tiene en poner en movimiento la pesada maquinaria del procedimiento legislativo. Por cierto, es perfectamente posible que existan otros antecedentes del proyecto de marras que desconocemos, pero hemos preferido concentrarnos en aquellos que nos parecen más visibles y cercanos al ámbito de la dogmática jurídica, como indicado *supra*, sin pretender tener la última palabra en la materia.

La reforma constitucional en actual gestación pretende brindar una respuesta a los antecedentes señalados, como se desprende de los comentarios formulados en la sección segunda de este trabajo, pero debe reconocerse que la exhaustividad pretendida por sus redactores, en el sentido de insertar en el texto constitucional algunas de sus más sentidas aspiraciones, genera más de una interrogante sobre la interpretación y alcance que deberá darse a algunos de sus preceptos, sin perjuicio de tener implicancias que pueden proyectarse más allá de lo que supone su apariencia, como sucede con el aseguramiento constitucional –por vía indirecta, del derecho humano al agua potable y al saneamiento, como sugerido *supra*.

En tal sentido, es de esperar que en la redacción final de esta reforma constitucional se clarifiquen los aspectos dudosos y se simplifique la redacción de la misma, de manera que esta reforma sea el fruto del trabajo mancomunado de los miembros de la elite política.

### Bibliografía citada

- BAUER, Carl J. (2002). *Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y el Estado en Chile*. (Santiago, LOM Ediciones/Terram) pp. 208.
- BAUER, Carl J. (2005). "In the image of the market: the Chilean model of water resources management", en: *International Journal of Water* 3, N° 2, pp. 146-165.
- BROWN, Ernesto y PEÑA, Humberto (2003). *Systemic Study of Water Management Regimes, Chile*. (Santiago, Asociación Mundial del Agua/Global Water Partnership South America) 37 pp.
- COMISIÓN ESPECIAL SOBRE RECURSOS HÍDRICOS, DESERTIFICACIÓN Y SEQUÍA (2016). "Proyecto de Reforma Constitucional, en primer trámite, sobre dominio y uso de las aguas". Disponible en <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=documentos&ac=getDocto&proyid=18752&tipo=2>, pp. 54.
- COTLER, Helena y CAIRE, Georgina (2009). *Lecciones aprendidas del manejo de cuencas en México*. (México D.F, Instituto Nacional de Ecología/ Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales) pp. 380.



- DOUROJEANNI, Axel y JOURAVLEV, Andrei (1999). *El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad*. (Santiago, CEPAL) pp. 84.
- MELO J., Octavio y VIAL R., José (2005). "Gestión integrada de los recursos hídricos y algunas experiencias de organizaciones de usuarios del agua". Disponible en: <http://190.110.123.222/~portalhi/home/wp-content/uploads/2016/06/gestion-integrada-de-los-recursos-hidricos.pdf>, pp 44 [Fecha de consulta: 11 de mayo de 2017].
- MINAVERRY, Clara (s.d.) "El reconocimiento constitucional y jurisprudencial del derecho humano de acceso al agua en el ámbito internacional y su impacto en América Latina". Disponible en: [http://huespedes.cica.es/gimadus/25/05-el\\_reconocimiento\\_constitucional\\_y\\_jurisprudencial.html](http://huespedes.cica.es/gimadus/25/05-el_reconocimiento_constitucional_y_jurisprudencial.html), [fecha de consulta: 11 de mayo de 2017].
- MORA P., Jorge y DUBOIS C., Vanessa (2015). "Implementación del Derecho Humano al Agua en América Latina". Disponible en: <https://www.caf.com/media/2630071/implementacion-derecho-humano-agua-america-sur-caf.pdf>, pp. 104 [fecha de consulta: 11 de mayo de 2017].
- OBANDO C., Iván (2009). "El derecho humano al agua desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho interno". En: *Nogueira A., Humberto (coord.), Dogmática y Aplicación de Derechos Sociales*. (Santiago, Librotecnia) pp. 14.
- VALENZUELA, Esteban y SALVAT, Pablo (2014). "Capítulo I. Valores Fundamentales de Libertad, Igualdad y Fraternidad". En *Aproximaciones a una Nueva Constitución*. Disponible en: <http://docplayer.es/25429677-Aproximaciones-a-una-nueva-constitucion.html> [fecha de consulta: 11 de mayo de 2017].
- VERGARA B., Alejandro (1998). *Derecho de Aguas Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 297.
- ZÚÑIGA U., Francisco (coord.) (2014). *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones. Antecedentes y Debates*. (Santiago, LegalPublishing/Thomson Reuters) pp. 329.