

PRINCIPIOS Y PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS

Camila Boettiger Philipps¹

I. CONTEXTO DE LA DISCUSIÓN

La normativa constitucional sobre las aguas en Chile requiere de nuevos paradigmas y revisión de conceptos que permitan abordar los diversos problemas que la intervención en los sistemas hídricos presenta en nuestro país: escasez, contaminación y degradación de ecosistemas, además de agotamiento de fuentes naturales y dificultad de acceso para consumo humano en zonas rurales o sin concesión sanitaria.

Adicionalmente, las diferencias en las condiciones geográficas, sociales y económicas en los diferentes territorios del país, demanda ajustar la intervención de los diversos actores a una gestión integrada a nivel de cuencas que incorpore las diferentes valoraciones y usos más allá de los derechos para extracción, considerando la priorización para el derecho humano al agua y al saneamiento, conjuntamente con la función ecosistémica de las aguas.

Por otro lado, debe respetarse la tradición jurídica y función operativa que representan los derechos de aprovechamiento de aguas, como institución esencial a través de la cual las personas pueden usar el agua en diversas actividades y se materializa gran parte de la función pública de las aguas. Dado el carácter técnico e instrumental del Derecho de Aguas, es recomendable que el texto constitucional contenga las bases para la regulación de las aguas, reconociendo en la ley y otras normas como los reglamentos la concreción de los principios y objetivos que se fijan.

Finalmente, al ser un elemento esencial del ambiente natural, es necesario considerar los conceptos de conservación y preservación dentro del deber general de protección ambiental. La conservación implica el uso o aprovechamiento racional, permitiendo la regeneración y permanencia de los elementos; la preservación, por su parte, tiene un objetivo más restrictivo, de mantención inalterada de condiciones para el desarrollo de especies y ecosistemas. Ambos objetivos están dentro de la protección ambiental, que busca mejorar, prevenir y evitar el deterioro del ambiente, a lo que podría agregarse la restauración o reparación ambiental.

El objetivo de esta propuesta es presentar ideas base o principios que consideramos deberían ser parte de la regulación de las aguas en la normativa constitucional, delineando el rol del Estado sobre las aguas, esto es, que funciones le corresponden a la autoridad para la conservación y protección de las fuentes de agua, considerando su carácter de bien público, recurso común y elemento esencial del ambiente.

¹ Doctora en Derecho, Magíster en Ciencia Jurídica y Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa UDD. Profesora de Derecho Ambiental, Recursos Naturales y Derecho de Aguas de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

II. PROPUESTAS

1. RECONOCER LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS AGUAS COMO BIENES PÚBLICOS

La naturaleza jurídica de las aguas como bienes nacionales de uso público ha sido reconocida por nuestra legislación desde hace mucho tiempo². Sin embargo, esta condición jurídica no ha sido explicitada a nivel constitucional, lo que consideramos necesario por varias razones. Primero, para elevar esa categorización a nuestra normativa fundamental. Segundo, por lo que este concepto implica, en cuanto a excluir las aguas del acceso abierto o la apropiabilidad³, requiriendo un régimen especial de Derecho Público que tenga asociados derechos, deberes, y atribuciones tanto del Estado como de los particulares respecto de ellas. Y tercero, por que este carácter permite compatibilizar de mejor forma las diversas funciones y valores de las fuentes de agua, sobre las que el Estado tiene un rol de tutela y supervisión para su gestión y conservación.

2. PRINCIPIO DE MULTIFUNCIONALIDAD DEL AGUA

El agua es un elemento esencial del ambiente natural que permite la vida humana y de los ecosistemas. También, como recurso natural renovable⁴ cumple múltiples funciones: ecosistémicas, productivas, sociales y culturales, representando distintas valoraciones dentro de la sociedad. Estas funciones y valores deben ser incorporadas en un sistema de ordenación, gestión y protección de las aguas. Proponemos establecer la multifuncionalidad de las aguas como un principio general que debiera ser respetado por el legislador y demás entidades con competencias en materia de aguas.

² Artículos 595 Código Civil y 5 del Código de Aguas.

³ Aquí es necesario hacer una precisión en el concepto. De acuerdo al análisis institucional, las aguas son el clásico ejemplo de los denominados “bienes comunes” o “recursos de aprovechamiento común”, que, por sus características físicas, si son dejados al libre acceso, esto es, sin regular y limitar su uso por las personas, terminan en situaciones de sobrexplotación o deterioro. HARDIN, Garret (1968): "The tragedy of the commons", *Science*, Vol. 162; OSTROM, Elinor (2011) *El gobierno de los bienes comunes* (México, Fondo de Cultura Económica). La categoría de bienes comunes del Derecho no permite regular adecuadamente el acceso y uso de este tipo de recursos, por cuanto considera el acceso libre que se pretende evitar (ej. el aire, la alta mar). Por eso, jurídicamente es la categoría de bienes públicos permite, mejor que cualquier otra, dotar al Estado de las potestades de intervención y tutela para regular el uso y protección de las aguas.

⁴ Los recursos naturales son aquellos elementos naturales que presentan una utilidad a las personas, bienes valiosos cuya producción se realiza a través de procesos naturales o sin intervención humana y cuya provisión se encuentra severamente restringida o fijada por la naturaleza. YOUNG, Oran (1982) *Resources regimes: natural resources and social institutions* (Berkeley, University of California Press) p. 1.

3. UNIDAD HIDROLÓGICA DE CUENCA

Actualmente nuestro sistema reconoce el principio de “unidad de la corriente”⁵; pero dadas las actuales condiciones de cambios hidrológicos, avances técnicos y posibilidades para intervenir, recargar, reutilizar o incluso crear nuevas fuentes de agua, proponemos avanzar a integrar todas las aguas de una cuenca, en cualquier estado, como parte del ciclo hidrológico propio de esa unidad geográfica.

Esto reconoce una situación física, y establecerlo como principio orientador permitiría que cualquier regulación que incida sobre el uso, reutilización, tratamiento y otras actividades relacionadas con las aguas deba ajustar sus efectos para respetar la integración de todas las fuentes de agua en el ciclo hidrológico de la cuenca en donde se producen⁶.

4. GARANTIZAR EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO Y PRIORIZACIÓN DE CONSUMO HUMANO ESENCIAL (BEBIDA Y USO DOMÉSTICO)

El derecho humano al agua y al saneamiento ha sido reconocido internacionalmente como un derecho fundamental para el disfrute de la vida⁷, el cual se propone incorporar expresamente en nuestro catálogo de derechos fundamentales, en los términos aceptados por organismos internacionales, esto es: el derecho humano al agua para uso personal y doméstico bajo estándares de suficiencia, disponibilidad, calidad, accesibilidad y asequibilidad; y al saneamiento en las condiciones que fije la ley, quién debe precisar los organismos responsables de su cumplimiento.

Concordante con lo anterior, podría consagrarse la priorización del uso personal y doméstico del agua, criterio que ayudaría a concretar esta garantía en los ámbitos de asignación y distribución de las aguas disponibles. En todo caso, debe considerarse también la regulación legal o reglamentaria específica sobre los criterios y mecanismos para hacer efectiva esta priorización por la autoridad⁸.

5. SISTEMA DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Las diferentes funciones de las aguas requieren un ordenamiento en sus mecanismos de asignación de uso; históricamente esto ha ocurrido a través del otorgamiento de concesiones o derechos (antiguamente llamadas “mercedes de aguas”) que autorizan utilizar una determinada cantidad desde una fuente natural para un uso determinado. Este sistema debe seguir siendo regulado en la ley, la que debe contemplar la configuración de derechos como

⁵ Artículo 3 del Código de Aguas: “Todas las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente.”

⁶ También propuesto por CELUME (2021) p. 207.

⁷ ONU Resolución 64/292 (2010).

⁸ Propuesta similar a la de RIVERA et al. (2021) p. 16.

concesiones para el aprovechamiento privativo, cuyas características (temporal o indefinido, uso asignado o libre, posible caducidad o extinción, facultades y obligaciones, condiciones de ejercicio y limitaciones) deberán ser definidas por ésta respetando los principios de multifuncionalidad y unidad hidrológica, priorización de acceso humano esencial y conservación de fuentes naturales.

6. INSTITUCIONALIDAD PÚBLICA Y GESTIÓN INTEGRADA DE RECURSOS HÍDRICOS

Finalmente, el cumplimiento de las normas y reglas que implementen estos principios, así como los cambios que nuestro sistema requiere para una gestión integrada a nivel de cuencas, requiere de una institucionalidad pública adecuada que cumpla las funciones de ordenación, gestión y fiscalización a nivel de cuencas a través de organismos público privados que incluyan a todos los actores de las mismas. Asimismo, debe considerarse que el diseño institucional de estos órganos es fundamental para que estos tengan un carácter técnico, independencia política y presupuestaria y con las facultades suficientes para una administración descentralizada, y considerando dentro de la gestión de recursos hídricos instrumentos de conservación, preservación y restauración del ambiente natural.