



Implicancias y efectos de una eventual Reforma Constitucional a las Aguas

Introducción

Desde hace un tiempo la escasez y el eventual agotamiento del agua se han transformado en problemas para todas las naciones del mundo. La idea de buscar soluciones y proponer medidas se está haciendo cada vez más común porque es un asunto que nos incumbe a todos, y nuestro país no ha permanecido –ni puede permanecer– indiferente a esta situación.

Este tema ha provocado gran debate en el último tiempo. A fines del año pasado, el gobierno de la Presidenta Bachelet puso urgencia al proyecto que eleva a rango constitucional el reconocimiento legal –como bien nacional de uso público– de las aguas. Además, establecía la facultad del Estado para reservar caudales cuando así lo exigieran el interés general de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, con un procedimiento legal de constitución, reconocimiento, transferencia, transmisión, renuncia, extinción, caducidad y pérdida de los derechos particulares sobre las aguas, entre otros.

Chile ha sido pionero en materia de regulación de aguas y es un ejemplo a nivel internacional –muchos países incluso han querido utilizar nuestro código para tomarlo como base de sus propias normas–

RESUMEN EJECUTIVO

El proyecto de reforma constitucional a las aguas resulta confuso y vago. Otorgar a las aguas un reconocimiento constitucional, dándole categoría de bien nacional de uso público, resulta innecesario y redundante, ya que las aguas tienen esa condición desde la dictación del Código Civil en 1857. La intención que está detrás de esta declaración es devolver antiguas potestades discrecionales a la administración pública, debilitando el derecho de propiedad respecto de los derechos de aprovechamiento legítimamente adquiridos.

sin embargo, se requieren políticas que perfeccionen el sistema vigente. La idea es lograr un mejor mercado, con reglas claras que otorguen seguridad a todos los actores, evitando la intervención discrecional del Estado en la toma de decisiones.

Sin embargo, una modificación como la propuesta no asegura la mejora de la normativa aplicable a este valioso bien. Aunque es indispensable establecer reglas claras y perfeccionar la normativa vigente en materia de aguas, existen diversos motivos que justifican las dudas acerca de lo adecuado de elevar a rango constitucional la declaración del agua como bien nacional de uso público.

Implicancias de una Reforma Constitucional de las aguas

1. El agua como Bien Nacional de Uso Público

En primer lugar, llama la atención que se quiera consagrar el agua como bien nacional de uso público, pues ese reconocimiento ya existe, desde hace tiempo, en los artículos 595 del Código Civil (“*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”) y de manera similar en el artículo 5 del Código de Aguas.

En segundo lugar, la regulación que se hace respecto del agua sólo dice relación con el derecho de aprovechamiento de las mismas y no sobre la propiedad que pueda tenerse sobre ella pues, atendida la naturaleza de este recurso, éste es de propiedad de todos los chilenos. Precisamente por eso se le reconoce como Bien Nacional de Uso Público.

Además, sostener nuevamente tal carácter no corresponde a una adecuada técnica legislativa. En efecto, la Constitución debe establecer los principios generales sobre los cuales debe erigirse todo nuestro ordenamiento jurídico y una consagración como la propuesta constituiría una intromisión en una materia propia del dominio legal: determinar cuáles bienes tienen el carácter de Bien Nacional de Uso Público.

El hecho de que se consagre esta garantía en la Constitución, de acuerdo al propio mensaje, tendría por objeto, entre otras cosas, velar por el agua como elemento vital en materias de seguridad nacional¹.

1. Extracto Boletín 6816, Mensaje de la ex Presidenta de la República Sra. Michele Bachelet a la Cámara de Diputados, 07 de Enero de 2010, p.5.

“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(...).

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.”

Sin embargo, la argumentación sostenida en el proyecto de ley es fácilmente rebatible, pues la ley ya tiene atribuciones para regular tales materias cuando así lo requiera la seguridad nacional, sin la necesidad de realizar modificaciones en la Constitución.

La ley faculta a adoptar las medidas necesarias en estos casos, por lo cual los fundamentos no se corresponden con los mecanismos que la propia Constitución señala. La ley siempre podrá establecer límites o modificar derechos cuando sea necesario. En suma, para perfeccionar la ley que regula los derechos de agua no se requiere modificación constitucional alguna.

2. La propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de las aguas

Sin embargo, lo anterior no es lo único que plantea la reforma constitucional. Lo más grave de ésta es que se elimina el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad de los particulares sobre los derechos de agua, que se encuentra consagrado en el inciso final del artículo 19 N°24 de nuestra Carta Fundamental.

Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas: (..)

N°24: Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Lo anterior implica que, al suprimir el inciso final de este artículo, que consagra tal reconocimiento, se desconocen derechos ya adquiridos, vulnerando el derecho de propiedad, base de nuestro ordenamiento jurídico.

El representante del Ejecutivo anterior, al explicar las implicancias de esta situación, ha señalado que se trata únicamente de un “traslado” de regulación desde el N°24 al N°23 de la Constitución Política y que, en definitiva, con la reforma se perfeccionaría la actual regulación, pero que en ningún caso se estarían afectando los derechos ya adquiridos. Dicha explicación parece ser insuficiente, ya el derecho se establece con limitaciones y, teniendo además en consideración las novedades que incorpora el Mensaje y que pasaremos a analizar.

3. Una dificultad extra: la “irretroactividad” de la ley

La reforma constitucional planteada en los términos actuales supone que, al modificar el régimen de propiedad sobre los derechos de agua se estaría, en concreto, alterando el derecho que tienen los actuales propietarios sobre los mismos. En otras palabras, se modifica la situación jurídica de bienes que ya han sido incorporados al patrimonio de una persona natural o jurídica. Esto saca a la luz el asunto sobre los

derechos adquiridos y la retroactividad de las leyes. Sin duda, el tema es extenso y tiene muchas aristas como para ser tratado en este documento, por lo que se presentarán sus líneas generales.

La regla general es que la ley se aplique sólo a los actos celebrados con posterioridad a su promulgación, quedando las situaciones anteriores a ella bajo el marco de la antigua norma. Pero, tal como veremos, hay excepciones. Normalmente se habla de la retroactividad como aquella facultad especial de ciertas leyes para regular hechos que ocurrieron antes de su dictación. En rigor, es algo más complejo y el concepto de retroactividad de la ley se aborda, hoy en día, con cierta ambigüedad. El pasado es irrecuperable para la ley, que siempre regirá para el futuro. Por esto, decir que la norma viene a modificar una situación jurídica del pasado es un error, puesto que ontológicamente es imposible. Más bien por retroactividad se entiende una *“ficción legal en virtud de la cual una ley nueva pretende extender su aplicación temporal al ámbito regido por una norma anterior”*².

Si la ley se aplica a hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigencia, entonces es retroactiva. Esto es sencillo con aquellos actos jurídicos que tienen efecto inmediato y no perduran en el tiempo. El problema se presenta cuando el acto jurídico es de tracto sucesivo y sus efectos continúan en el tiempo, incluso después de la promulgación de una ley que los modifica. La pregunta que cabe plantear ¿es retroactiva una ley que modifica los efectos continuos de un acto nacido con anterioridad a ella? En estricto rigor, no, si por efecto retroactivo entendemos el enunciado ya propuesto. Lo que ocurriría con una norma que desde el momento de su promulgación altera una situación jurídica ya existente, es que estaría rigiendo con efecto inmediato, ya que no busca alterar la calificación de hechos ya ocurridos. Sólo serán retroactivas aquellas que crean la ficción de volver a revisar hechos pasados.

Así, la reforma propuesta vendría a alterar el régimen actual de la propiedad sobre los derechos de agua, porque es una norma de efecto inmediato. Con esto, se podría llegar al extremo de incorporar un nuevo requisito para el otorgamiento de derechos de agua, con lo cual todos los derechos constituidos anteriormente –por lo tanto, sin ese requisito– podrían ser considerados nulos y, por lo mismo, los propietarios de derechos de aprovechamiento de aguas podrían ser privados de ellos. Sin embargo, ocurre que estos derechos ya están incorporados en un patrimonio y su modificación viene a alterarlo. Entonces, el problema no es propiamente de retroactividad de la ley, sino de otra situación que muchas veces se confunde con la anterior: la intangibilidad de los actos jurídicos.

Mientras la retroactividad trata sobre la apariencia de modificar situaciones jurídicas pasadas, la tangibilidad es, por el contrario, la alteración de situaciones jurídicas creadas y regidas por una norma y modificadas por la entrada en vigencia de otra posterior, siendo como lo sugiere la lógica, la intangibilidad la propiedad de las mismas situaciones, actos o efectos jurídicos para no ser alterados

2. SACCO AQUINO, Sabina (2006): *La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad* (Revista Chilena de Derecho, vol. 33, N° 3).

por la promulgación de una ley que surge con posterioridad a su nacimiento. De esta forma, perfectamente podría una ley -sin tener efecto retroactivo- alterar la situación de bienes y derechos asignados o regidos por una norma anterior, como es el caso de la presente ley modificatoria de la Constitución. Por ende, el problema de los derechos adquiridos sobre los derechos de agua no es un problema de retroactividad de la ley sino de intangibilidad de derechos.

La Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes abunda en el principio recogido en el Código Civil en su artículo 9 “*la ley sólo podrá disponer para lo futuro y no tendrá efecto retroactivo*”, estableciendo cuándo una ley tendrá el mencionado efecto y qué hacer en el caso de un conflicto. En su artículo 7 señala que las “*meras expectativas no forman derecho*” lo que viene a dar consagración legal al principio de intangibilidad de los derechos. Al reconocer la existencia de “*meras expectativas*” de forma tácita, también lo hace respecto de los derechos adquiridos, diciendo que las leyes posteriores pueden alterar las primeras, mas no los segundos, puesto que, *contrario sensu*, ya conforman derecho.

Nuestra legislación civil y constitucional considera que los bienes susceptibles de dominio son de dos tipos: bienes corporales o incorporales, siendo estos últimos los derechos. La doctrina discute sobre el alcance de este término. Algunos sostienen que se deben incluir los derechos que emanan de la persona humana, teniéndose una suerte de derecho de propiedad sobre –por ejemplo– el derecho a la libre asociación; esta teoría es llamada “*propietarización*” de los derechos, pero no es del todo acogida. Sin embargo, en lo que se está conteste es que por bienes incorporales se deben reconocer, al menos, aquellas prestaciones que el acreedor puede exigir a un deudor en su beneficio: los derechos personales y reales. Estos derechos son verdaderos bienes apropiables y, por tanto, se encuentran contenidos en el patrimonio del acreedor³.

La protección constitucional a la propiedad no debe entenderse exclusivamente a los bienes corporales de un patrimonio, sino también se hace extensivo a sus derechos reales y personales. Ahora bien, el mencionado numeral constitucional, en su tercer inciso, prohíbe la perturbación del patrimonio de las personas, lo que incluye sus derechos. Es más, su modificación sólo se lograría mediante una ley especial que autorice una expropiación, la que debe entenderse en su sentido general –no sólo como una privación del dominio, sino también como una restricción a sus facultades– y conlleva un largo trámite. Así, toda ley que pretenda modificar la situación jurídica de un patrimonio, ya sea en sus bienes corporales o incorporales, se encontrará con esta dificultad: esta particular protección constitucional, que cristaliza en nuestra ley fundamental es el principio de intangibilidad.

Este es un problema muy complejo de la actual reforma que se plantea al régimen de aguas. Ya existen particulares que han adquirido el dominio sobre los derechos de agua, integrándolos en su patrimonio, adquiriendo así especial protección constitucional. Tal como se dijo antes, no se trata de

3. GUZMAN BRITO, Alejandro (1995): *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

un problema de irretroactividad, sino de intangibilidad de la situación jurídica y, de continuar con la iniciativa, al menos, debe reconocerse su carácter expropiatorio y, por ende, el afectado tendrá todas las garantías consagradas en el artículo 19 N°24 de la Constitución.

El Mensaje, además, establece que una ley simple regulará el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que sobre las aguas se reconozcan a los particulares, con lo cual los derechos de propiedad existentes quedan en una situación de gran inseguridad, pues cualquier ley y, por lo tanto, cualquier decisión de Gobierno –que bien podría estar motivada por contingencias políticas y no por la estricta necesidad del país– podría limitar o privar a los dueños de sus legítimos derechos sobre el agua. Con ello, se introduce una enorme incertidumbre respecto de la legislación futura en materia de aguas, afectando aproximadamente al 82% de los usuarios que son agricultores. Muchos de ellos perderán un activo de gran valor, sobre todo en momentos de cambio climático y de mayor escasez como los actuales. Esto puede generar un efecto o impacto social no despreciable. Se hace entonces evidente el peligro que significa una regulación como la propuesta.

El Mensaje sostiene, como fundamento adicional a la necesidad de la reforma, la adecuación a las normas relativas a las concesiones mineras que, según se plantea, tendrían un tratamiento mucho más estricto que las aguas, lo que no sería coherente con la importancia de ambos recursos. Esto no es tan claro, en la medida que, por un lado, se pretende equilibrar la regulación que existe de las minas respecto de los derechos de agua, sin embargo, las limitaciones que se podrían aplicar a estos derechos sólo requerirían leyes de quórum simple, mientras que respecto de las minas esto opera mediante ley orgánica constitucional que otorga mayor certeza a los propietarios respecto de sus inversiones y no los deja en una situación de inseguridad como quedarían los dueños de derechos de agua. En estos casos, el quórum necesario para realizar modificaciones es importante, sobre todo si estamos hablando de la propiedad que podría verse afectada.

4. El problema de la concentración de derechos

Otro argumento que se utiliza para justificar la reforma, es la necesidad de evitar la concentración de derechos que tendrían grandes empresas (las hidroeléctricas, por ejemplo) y la urgente necesidad de acabar con la especulación. En cuanto al primer argumento, es necesario distinguir que los derechos de aprovechamiento de las aguas pueden ser de carácter consuntivo o no consuntivo. Los primeros se utilizan en actividades como la agricultura, minería, industria, empresas sanitarias, entre otros, dentro de los que se incluye el consumo humano. Este derecho se caracteriza porque el agua es efectivamente “usada” sin ser devuelta a su caudal. Por el contrario, los derechos no consuntivos son aquellos que permiten usar el agua que luego es devuelta a su caudal natural. Por ejemplo, el caso de las hidroeléctricas. Este argumento –de concentración de derechos de agua en manos de empresas–

olvida que son nuestros agricultores (no necesariamente grandes empresarios) quienes ostentan gran parte de la titularidad de los derechos de agua constituidos en Chile y que sus tierras tienen incorporado a su valor aquél que corresponde al derecho de aguas que las riega y que, asimismo, numerosas veces es la suma de ambos factores, esto es, tierra agrícola y agua, lo que los hace ser sujetos de crédito.

Respecto a la especulación, es cierto que es un problema grave, pues los propietarios del derecho de aprovechamiento han buscado obtener ganancias mediante transacciones con grandes empresas. Se habla, con razón, de un sobre otorgamiento de derechos, pues la Dirección General de Aguas ha venido operando sobre la base del supuesto teórico de “usos previsibles”. Esto hace que, al momento de constituir un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas se estime la cantidad de agua o el volumen de ésta que el titular del derecho utilizará, según el uso que le dará al mismo y se vuelve a conceder a nuevos titulares el remanente que supuestamente el primero no utilizará. Este criterio ha llevado a otorgar derechos en algunos acuíferos del país que, sumados, superan el volumen sustentable de los mismos. De ahí la duplicidad de aprovechamiento de aguas sobre un mismo derecho y la sobreexplotación de las aguas con nefastas consecuencias -como es el caso del norte de Chile- en determinadas zonas geográficas utilizando gran parte del agua disponible.

Esto se debe a problemas de gestión y registro de los derechos. Se supone que estos derechos están sujetos a inscripción en el respectivo Conservador de Bienes Raíces, sin embargo, los informes que debe emitir el Conservador para actualizar el catastro que lleva la Dirección General de Aguas, no son realizados con la frecuencia ni prolijidad debida, por lo que se produce una confusión de información que deja abierta la puerta a los abusos y mal ejercicio de los derechos de agua constituidos. El particular conoce estas fallas y defectos del sistema, entonces, por una parte, transa sus derechos y, por otra, los sigue utilizando. Si existiera un adecuado control y registro de las aguas el problema de la especulación podría ser resuelto o, a lo menos, compensado, sin que para ello la solución sea una reforma constitucional, sino más bien una normativa más estricta y/o un control adecuado de las leyes que regulan esta materia.

Comentario final

Los asuntos de interés nacional requieren de un estudio acabado y libre de intereses políticos de corto plazo. El derecho humano al agua, de hecho, se presenta desde una perspectiva político-jurídica como un avance sensato (como, por ejemplo, ya lo es el derecho de alimentación), pero su reconocimiento, de ningún modo, implica abandonar los beneficios del actual sistema de racionalización del recurso, sino buscar con calma aquellos puntos, por complejos que sean, donde el sistema debe ser perfeccionado.

Con una reforma como la propuesta, el agua pasaría a ser oficialmente un bien público protegido. Esto quiere decir que todos, incluyendo a quienes viven en el extranjero, somos dueños en parte de

este recurso. Sin embargo, tal modificación abre puertas a numerosos desafíos que se debieran tener en cuenta, en especial en lo relativo a la explotación del recurso hídrico en términos de los problemas asociados a la economía ambiental y la definición de futuras políticas públicas.

Entendida el agua como un bien de todos los chilenos, debemos afirmar que este recurso, vital para todas las especies, incluido el hombre, es un recurso escaso que posee valor, pero carece de precio. Por tanto, aunque es bien nacional de uso público y cabe respecto de él la consabida frase “es de todos”, al mismo tiempo no es de nadie, porque mi dominio no recae sobre una porción de agua determinada, sino sobre la facultad de utilizar una cantidad de la misma.

El agua, además, es un recurso estratégico a nivel de defensa nacional, tanto para uso directo de la población, su uso en generación de energía, uso en sistemas agroindustriales (Chile quiere ser potencia agroalimentaria) y, además, a nivel industrial, donde es el punto inicial para planear la localización de cualquier planta de producción.

En vista que Chile es vulnerable al calentamiento global y que las proyecciones muestran un aumento de la desertificación en la zona central (situación que también sirve de argumento a la reforma que se propone), la discusión se iniciará cuando ésta comience a ser limitante para el desarrollo.

Lo último, plantea un gran desafío para la búsqueda de soluciones a las discusiones que en el futuro vendrán para relacionarlas con innovación, inclusión de nuevas tecnologías, nuevos procesos, sistemas de recolección de aguas lluvias, promoción de tecnologías de desalinización nacionales para potabilización de aguas, sistemas de ciclos cerrados para la implementación de la Ecología Industrial, etc. Mientras tanto, es imprescindible fortalecer institucionalmente a la Dirección General de Aguas para mejorar su gestión y la información relativa a este recurso y fortalecer sus facultades de fiscalización y sanción; castigar la usurpación y extracción ilegal del agua; proteger los glaciares, que son las mayores reserva de agua dulce del mundo; fomentar la formación de las comunidades de aguas subterráneas; y aplicar políticas de fomento a la producción de agua.

Sólo aquellos que se adelanten a los tiempos, alineando estrategias ambientales con estrategias de negocios –públicos y privados–, podrán disminuir el riesgo potencial de los escenarios futuros, que además son de importancia mundial, apuntando a ser sustentables por medio de una estrategia y nueva forma de hacer las cosas.

En consecuencia, no es conveniente aprobar una reforma constitucional como la propuesta, porque el perfeccionamiento del sistema de gestión de aguas no pasa por alterar el derecho de propiedad que tienen los actuales dueños de derechos de aprovechamiento. La solución pasa por mejorar la administración y la gestión, mediante modificaciones legales y administrativas, y con la modernización de la Dirección General de Aguas, que es la instancia encargada del otorgamiento y control de estos derechos. Sólo de esta forma podremos compatibilizar el respeto por el derecho de propiedad sobre las aguas y la protección de este recurso vital.