

LA CONSTITUCIÓN Y LAS AGUAS: POR EL MAL CAUCE

- La reforma que se discute propone una modificación al artículo de la Constitución que consagra que “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”. Declara además, como utilidad pública “los derechos que sobre ellas se hayan constituido o reconocido”, señalando que será la ley la que “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”.
- Un análisis de los puntos más controvertidos de esta moción permite afirmar que nada hace recomendable su aprobación. Los perfeccionamientos de la regulación de las aguas no requieren una reforma que, como un cheque en blanco, vista al Estado de atribuciones que se desconocen. Menos aún cuando esa reforma tendrá efectos inciertos en los derechos ya constituidos y en la judicialización de los conflictos en esta materia.

Se están tramitando en el Congreso diversos proyectos de reforma constitucional sobre dominio y uso de las aguas. Ellos han sido refundidos en uno solo que reúne siete mociones presentadas por ex senadores y senadores de la Nueva Mayoría e independientes y dos más presentadas por el senador Francisco Chahúan. Si bien se encuentra en su primera etapa legislativa, ya superó la primera revisión en la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía¹. El paso siguiente es el Informe de la Comisión de Constitución del Senado.

La reforma constitucional que se discute, propone una modificación al numeral 23 del artículo 19 de la Constitución Política de la República que busca consagrar que “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”. Declara además, como utilidad pública “los derechos que sobre ellas se hayan constituido o reconocido”, señalando que será la ley la que “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”. Agrega también otra serie de mandatos generales y, finalmente, extiende el recurso de protección para garantizar el “derecho al agua”.

A continuación analizaremos algunos de los puntos más controvertidos de la moción.

A. Aguas y bienes nacionales de uso público

Los bienes nacionales de uso público son aquellos cuyo dominio pertenece a todos los habitantes de la nación. En conformidad al Código de Aguas, “son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas”.

Los bienes nacionales de uso público, dice el Código Civil, son aquellos cuyo dominio pertenece a todos los habitantes de la naciónⁱⁱ. Las aguas, en conformidad al artículo 5 del Código de Aguas, “son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código”. Como puede apreciarse, ya son las aguas en nuestro derecho bienes nacionales de uso público. ¿Cuál es entonces el sentido de constitucionalizar esta regla? Pueden distinguirse razones político estratégicas y razones jurídicas.

Entre las primeras no cabe duda que se pretende avanzar hacia el objetivo ya anunciado en el programa de Gobierno, esto es, “reconocer el dominio público pleno, absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos hídricos”ⁱⁱⁱ. Si bien jurídicamente es distinto uno y otro régimen, en el discurso político tienden a asimilarse. Y la declaración es una forma simbólica de debilitar el régimen regulatorio de las aguas.

Este simbolismo no es una forma de restarle importancia a la reforma. Dado que la Constitución es un cuerpo jurídico y político, las reformas simbólicas también tienen, tarde o temprano, influencia en la forma de interpretar el derecho.

Las razones jurídicas son más profundas. En la discusión legislativa, las expresó el profesor Alejandro Vergara: “la única razón que justificaría tal declaración en la Constitución Política de la República dice relación con el otorgamiento de potestades excesivas para la autoridad administrativa o la intención de minimizar la intangibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas”^{iv}.

Igual intención puede encontrarse en otras declaraciones hechas con motivo de la tramitación de otra reforma constitucional que consagraba lo mismo. Así, Sergio Bitar señaló el año 2010 en su calidad de Ministro de Obras Públicas que la frase buscaba “contar con una mayor capacidad para regular el uso de este bien, porque cuando, dentro de ese objetivo, se había pretendido establecer la caducidad de los derechos de aprovechamiento por el no uso, se había estimado que tal medida podría ser inconstitucional”^v.

Entonces no estamos ante una reforma puramente simbólica sino que también ante una modificación constitucional que tiene, al menos en esta parte, los siguientes efectos jurídicos:

- i) Permite que más tarde, por la vía legal, se aumente el poder y facultades de los órganos públicos en la regulación de las aguas, sin que los derechos actuales sean una barrera infranqueable.
- ii) En esta línea, la reforma debilita los derechos ya constituidos y los que se constituirán hacia el futuro. En efecto, hoy la Constitución señala que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”^{vi}. La reforma debilita ese tratamiento pues ubica en un mismo plano jurídico dos reglas potencialmente contradictorias. Hoy la propiedad sobre el derecho tiene preeminencia sobre la declaración de bien nacional de uso público.
- iii) Lo anterior tendrá evidentes efectos en la interpretación de las normas legales actualmente vigentes. Primero, frente a eventuales recursos de inaplicabilidad o de protección que puedan paulatinamente ir cuestionando normas vigentes del Código de Aguas que han “degenerado” en inconstitucionales tras la nueva reforma; segundo, en la resolución de conflictos más generales en los tribunales donde el antiguo “derecho de agua” se ve minusvalorado por una reforma constitucional que lo precariza.

B. Declaración de utilidad pública de los derechos actualmente constituidos

El proyecto también declara de “utilidad pública” los derechos constituidos sobre las aguas. El alcance de esta declaración es incierto. Pareciera que se pretende autorizar la expropiación en todo momento, como puede apreciarse de algunos pasajes de la discusión parlamentaria. Sin embargo, ni aún con una declaración tan genérica como la que se analiza podría justificarse una expropiación sin indemnización. La Constitución requiere que, aun por causas de utilidad pública, la expropiación de la propiedad sobre los bienes -en este caso los derechos de aguas- se realice previa indemnización.

Posiblemente la intención de los legisladores que promueven esta norma sea menos jurídica. Simplemente se busca reforzar que en el uso de las aguas y de los derechos de agua hay una “utilidad pública” en juego. Así queda en evidencia en una intervención de la senadora Adriana Muñoz quien explicó que la “propuesta considera la necesidad de utilizar los recursos hídricos por parte del Estado,

El proyecto también declara de “utilidad pública” los derechos constituidos sobre las aguas. El alcance de esta declaración es incierto. Pareciera que se pretende autorizar la expropiación en todo momento.

atendiendo a contingencias específicas^{vii}. Una vez más se intenta traspasar la decisión al Estado alejando al mercado como criterio asignador.

C. Extinción de los actuales derechos

La reforma constitucional en discusión también establece que será la ley la que regule una serie de elementos propios de la política regulatoria de las aguas. Ello es lo natural y ni siquiera es necesario expresarlo. Pero el asunto se complejiza cuando se aprecia el mandato que la Constitución le da a la ley. Señala que será esta última la que regula “la extinción de los actuales derechos” así como determina que las concesiones sobre las aguas “serán siempre temporales”.

Puede apreciarse que una vez más se trata de reglas constitucionales que limitan el derecho de los actuales titulares de derechos de agua de modo de dejar en las sombras los atributos que detentan. Para agravar el efecto, podría argumentarse que es la propia Constitución la que “expropia” por lo que, ahora sí, la extinción de los actuales derechos no sería indemnizable.

D. Derecho al agua y Recurso de Protección

La reforma extiende el Recurso de Protección al “derecho al agua”. Ante todo, de un modo indirecto se consagra el “derecho al agua”. En esto sigue el camino de constituciones tales como la de Bolivia^{viii}, que no parece ser el correcto.

Pero el asunto es más profundo. ¿Puede propiamente hablarse de un derecho al agua? ¿Qué clase de derecho es este? La respuesta excede este análisis pero es claro que al utilizar el lenguaje de los derechos se busca universalizar una pretensión. Es perfectamente legítimo aspirar que haya un acceso masivo al agua. De hecho, por medio de políticas públicas adecuadas Chile lo ha alcanzado como pocos otros países lo han hecho en la región^{ix}. Pero, al consagrar el pretendido “derecho al agua” la discusión cambia de escenario y deja de estar en la deliberación política para pasar al campo de los jueces. Son éstos entonces quienes tienen la última palabra.

Conceptualmente también es inconveniente pues se desvaloriza el concepto de “derecho”. Es evidente que, por más que se diga que se es titular del derecho al agua y que éste esté consagrado en la Constitución, si no se toman las decisiones adecuadas ese derecho queda en nada. Y las decisiones adecuadas emanan de decisiones políticas y no judiciales. Por eso es que el lenguaje de los derechos poco tiene que ver en esta discusión.

¿POR QUÉ LOS CAMBIOS?

¿Qué sentido tiene seguir avanzando con una reforma que presenta tantas debilidades? ¿Contribuye a mejorar la regulación de las aguas, como parece suponer la moción, debilitar los derechos de propiedad? En todo esto vale la pena recordar lo señalado por el Banco Mundial al destacar la seguridad jurídica que la Constitución le reconoce a los derechos de agua. Al respecto, señala que “aunque las aguas son bienes nacionales de uso público, y por ende excluidas del tráfico privado, los DAA (derechos de aprovechamiento de aguas) gozan de plena protección constitucional, como derechos de “propiedad” (Art. 19 Nº 24 de la Constitución), con el mismo estatuto jurídico de Bienes Raíces que tienen la tierra y los inmuebles. Así, tales títulos de propiedad forman parte del tráfico jurídico privado (es decir, ley civil en lugar de administrativa)”^x.

Nada de lo dicho hace recomendable la aprobación de una norma como la que se analiza. Los perfeccionamientos de la regulación de las aguas no requieren una reforma que, como un cheque en blanco, vista al Estado de atribuciones que se desconocen. Menos aún cuando esa reforma tendrá efectos inciertos en los derechos ya constituidos y en la judicialización de los conflictos en esta materia.

ⁱ Su idea de legislar fue aprobada con el voto favorable de las senadoras Allende y Muñoz y del senador Chahúan. En la votación en particular, recibió el voto favorable de los mismos senadores mencionados y del senador Pizarro. Sólo votó en contra o se abstuvo el senador Víctor Pérez. La moción se encuentra en el Informe de la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía, del Senado, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite, sobre dominio y uso de las aguas. Boletines 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, refundidos. En adelante “el informe”.

ⁱⁱ Art. 589. Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. / Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. / Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

ⁱⁱⁱ Programa de Gobierno Michelle Bachelet. Pág. 32.

^{iv} Informe Comisión Especial. Pág. 39.

^v Informe Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. P. 5. Boletín 6816-07

^{vi} Art. 19 Nº 24, inciso final, de la Constitución Política de la República.

^{vii} Informe Comisión Especial. Pág. 46.

^{viii} Artículo 373. I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo.

^{ix} Al año 2015 las coberturas urbanas de agua potable y alcantarillado alcanzaban un 99,97% y 96,8%, respectivamente. Por su parte, la cobertura de tratamiento de aguas servidas llegó a 99,85%.

^x Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Banco Mundial. 2011. P. 30.