

Santiago, 9 de junio de 2022

Señores
Convencionales
Convención Constitucional
Presente

Ref: Aguas: Nuestras preocupaciones
constitucionales

Para su consideración:

Quienes suscribimos este documento somos abogadas y abogados especialistas en derecho de aguas. Es un grupo transversal, diverso y plural. Algunos hemos trabajado en el sector público, durante gobiernos de distinto signo político, muchos estamos en la academia, y otros tantos hemos desarrollado una vida profesional en el sector privado. A todos nos inspira y motiva trabajar por la naturaleza y el medio ambiente, siempre pensando en el bien común y en el desarrollo sostenible de Chile.

Y hoy estamos preocupados por el "estatuto constitucional de las aguas" aprobado por la Convención Constitucional, que no podrá variar sustancialmente en lo que resta del trabajo de las normas transitorias y de armonización. Por ello, queremos hacer un llamado de alerta frente a situaciones que estimamos tienen que ser consideradas.

El borrador dispone que las aguas serán reguladas como bienes comunes naturales y no como bienes públicos (bienes nacionales de uso público) como han sido tratadas históricamente a nivel nacional y mayoritariamente en el derecho comparado. Además, se especifica que el título que permita su uso ya no será un derecho de aprovechamiento (DAA) o una concesión, sino una "autorización de uso" esencialmente precaria, intransferible e inapropiable. Así, se supone que los DAA se transformarán en "autorizaciones de uso", debiendo sus titulares solicitar su "regularización" dentro de un plazo de 5 años y quedar expuesto a otras fórmulas que podrían hacer perder su título. Asimismo, la autoridad "de manera gradual, progresiva y con sentido de urgencia", hará el proceso de redistribución de las aguas.

Un aspecto muy importante es la creación de la Agencia Nacional del Agua (ANA), quien será la encargada de entregar autorizaciones de uso de agua, en la medida se cumplan tres finalidades: asegurar el acceso al derecho humano al agua; la conservación y preservación de ecosistemas, y el uso sostenible del agua. Sólo podrá entregar o renovar autorizaciones para el uso de agua en la medida en que ello se justifique en el beneficio colectivo, la preservación de la naturaleza o en el interés público, según el texto constitucional.

Lo que no se entiende, es ¿por qué se elimina y desconoce que el agua también puede y debe cumplir fines productivos? ¿O es que dicha función del agua quedará comprendida dentro del concepto de beneficio colectivo o interés público, y de ser así toda autorización de uso de agua

para fines productivos tendrá que ser sometido al mecanismo de participación ciudadana y a su opinión vinculante en el otorgamiento del permiso?. De ser así, claramente tendremos que olvidarnos del desarrollo de actividades y proyectos de privados.

Las normas planteadas generarán un impacto sin precedentes en más de 400 mil usuarios de agua y sobre actividades que concentran más del 80% de las exportaciones (minerales, agricultura, peces, celulosa y un largo etc.), representando cerca del 30% del PIB. Ello sin mencionar los efectos sobre el financiamiento de cientos de miles de proyectos y actividades, particularmente del sector agrícola e hidroeléctrico, que han obtenido financiamiento bancario pudiendo dar en garantía sus derechos de aprovechamiento de aguas.

A partir de este nuevo estatuto constitucional del agua, nadie que necesite agua para sus actividades podrá invertir si no tiene la seguridad de que podrá contar con un título para aprovecharla. Un yacimiento minero sin agua no vale nada, al igual que la tierra y otra infinidad de actividades. ¿Quién querrá comprar y producir alimentos en un campo si no tiene alguna certeza de poder utilizar el agua con que este se cultiva?

A lo anterior es necesario agregar que estas autorizaciones no serán comerciables, lo que implica que cualquier transacción que se haga sobre ellas adolecerá de objeto ilícito y será nula absolutamente. Ello, en términos prácticos significa que todo acuerdo entre privados estará prohibido, impidiendo la "reasignación" entre particulares; los herederos de usuarios no podrán seguir usando el agua que utilizaba su causante; quienes vendan tierras regadas no podrán transferir su propiedad con los títulos que permiten usar el agua; no se podrán obtener créditos garantizándolos con los usos de agua, etc.

Especial preocupación merece la mantención de los acuerdos que permiten suministrar aguas a diversos proyectos y actividades, y muy especialmente, aquellos logrados entre usuarios que ceden parte de sus aguas para garantizar el suministro de agua potable. Sin ir más lejos, actualmente esa es la situación del gran Santiago, cuyo abastecimiento depende (40%) en gran medida de las transferencias de aguas que han debido hacer los agricultores, a cambio de compensaciones que han sido destinadas al mejoramiento del sistema de captación y conducción de los regantes y mejora de tecnología para poder adaptarse a caudales sustancialmente menores. Si estos acuerdos dejan de existir, ¿Quién se hará cargo de solucionar o proveer estas fuentes/acuerdos de suministro? ¿Bajo qué condiciones y en qué plazo un agricultor, una sanitaria, un sistema de agua potable rural que dependa de un acuerdo de suministro de agua, obtendrá un acuerdo o fuente de agua de reemplazo? ¿A quién se le quitará o reducirá su autorización de uso de agua para dársela a quién se quede sin abastecimiento fruto del carácter intransferible que tendrán estos nuevos títulos? ¿Cuál podría ser el efecto sobre la anhelada seguridad alimentaria en estos tiempos que vive Chile y el mundo?

En cuanto a la administración del agua que históricamente ha sido realizada por las Organizaciones de Usuarios de Aguas (OUAs), entre ellas las Juntas de Vigilancia, Comunidades de Aguas y Asociaciones de Canalistas, el texto propuesto plantea entregarles este rol a las Regiones Autónomas y a los Consejos de Cuenca. ¿Será que ahora los titulares de los extintos derechos, en adelante autorizaciones, ya no administrarán sus obras, como canales, bocatomas

ni tampoco se harán cargo de la distribución del agua? En efecto, a la luz del texto constitucional la actividad de distribución que desarrollan las Juntas de Vigilancia pasará a ser inconstitucional.

Además, dicho planteamiento parece inconsistente dado que los Consejos de Cuenca tendrían las funciones administración del agua, que se confunden con las de gestión y coordinación que deberán ser ejercidas por las Regiones Autónomas a través de sus órganos. Surgen muchas preguntas sobre cómo los denominados Consejos administrarán las aguas, ya sea de acuerdo a las directrices regionales o a las autorizaciones entregadas por la ANA.

Respecto de la "redistribución" de los caudales en las cuencas que podrá hacer la autoridad, se entiende que primero serán satisfechas las demandas para el consumo humano y el equilibrio de los ecosistemas. ¿Eso ocurrirá en el mismo nivel de prioridad? El texto no lo establece. En ese sentido es legítimo preguntarse ¿A quiénes se les quitará?, ¿A quiénes se les dará?, ¿Con qué criterios? A quienes se les quite, ¿serán indemnizados? y ¿a qué valor?. Por último, y no menos importante ¿Por qué la Constitución no reconoce el valor productivo que tiene el agua, en producción de alimentos, energía eléctrica, minería, entre otros? Esos más de 400 mil usuarios de aguas que existen en Chile, ¿qué valor o prioridad le reconocerá el Estado luego de aprobar esta nueva Constitución?

También cabe preguntarse qué sucederá con las obras hidráulicas. Ello en atención a que quienes obtuvieron o adquirieron un derecho debieron construir importante infraestructura de captación, conducción (miles de kilómetros) y acumulación de aguas para para ejercer su derecho, ya sea en forma individual o colectiva a través de las Organizaciones de Usuarios. ¿Qué sucederá con aquellas obras que ya no se puedan utilizar en todo o parte por la resignación de caudales que se quiere hacer?

Finalmente preocupa la forma en que se hará la transición de un régimen a otro. Luego de una extensa tramitación, este año fue aprobado casi unánimemente un verdadero nuevo Código de Aguas. Su aprobación derribó todos los mitos. Hubo acuerdo, entre otros, en reconocer el agua como un bien público, reconocer la polifuncionalidad del agua; establecer prioridades de uso; dotar a la autoridad de fuertes atribuciones para limitar, caducar y extinguir derechos de aguas, y junto con ello, entregarle atribuciones para asegurar un uso sustentable de este vital recurso. Ante la expectativa de poner en práctica esta nueva normativa, con una nueva Constitución buena parte del nuevo Código quedará en nada. La verdad no se comprende cómo éste será aplicado con las nuevas categorías, partiendo porque el agua ya no tendrá el carácter público sobre el cual existe amplio consenso, sino una nueva categoría de bien común natural. La naturaleza de bienes comunes naturales supone que el agua ya no es de los habitantes de la Nación, y cambia el eje de su administración desde el Estado y los particulares, para entregársela a los territorios los que deberán administrarla en forma democrática y participativa.

Llamamos a las y los constituyentes a considerar estas aprensiones. Chile es un país que depende en forma muy importante de sus recursos naturales, por lo que es necesario ponderar y avanzar teniendo en cuenta los múltiples efectos que la nueva regulación traerá consigo. Lo piensa el actual Gobierno el señalar "de los DAA dependen actualmente múltiples sectores productivos (...), el agua potable rural"; "la falta de certeza respecto a si los titulares de DAA podrán continuar usando agua podría afectar seriamente a la economía (...), ya que podría traer incertidumbre a

los sectores productivos que dependen del agua, impactando fuertemente en el empleo, la inversión y la recaudación fiscal. También afectaría a quienes usan esos derechos para consumo humano, especialmente en sectores rurales”.

Es en un espíritu colaborativo que hacemos llegar estas inquietudes, ante una propuesta constitucional que puede generar un escenario aún más complejo que el actual. Todos queremos una mejor administración y mayor protección de nuestras fuentes naturales, pero los cambios deben hacerse tomando en cuenta la realidad, con gradualidad y respetando los diferentes usos de las aguas, para que estos cambios sean factibles y sostenibles. En ese sentido manifestamos la total disposición de nuestra organización para apoyar a la convención en lo que sea necesario.

Asociación Chilena de Derecho de Aguas¹

¹ La presente carta es suscrita por los siguientes profesionales que conforman la Asociación Chilena de Derecho de Aguas: Matías Desmadryl, Natalia Dasencich, Pablo Jaeger, Francisco Echeverría, Guillermo Aldunate, Rodrigo Weisner, Tatiana Celume, Juan José Crocco, Rafael del Valle, Camila Boettiger, Sebastián Abogair, Hipólito Zañartu, María Luisa Baltra, Benjamín Pérez, Winston Albuquerque, Carlos Ciappa, Paula Elías, Alberto Cardemil y Francisca Mendoza.