

JOAQUÍN TORNOS MAS

Director

ESTANISLAO ARANA GARCÍA

TERESA M. NAVARRO CABALLERO

JOAN PERDIGÓ SOLÀ

Subdirectores

IVÁN RODRÍGUEZ FLORIDO

Secretario

OBSERVATORIO DEL CICLO DEL AGUA 2022

IRANZADI



Incluye soporte electrónico

Autores y autoras

JOAQUÍN TORNOS MAS
Catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona

CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN
*Profesor Investigador, Facultad de Derecho de la Universidad
Andrés Bello*

JEAN-CLAUDE NEMERY
Profesor emérito de la Universidad de Reims Champagne-Ardenne

CLAUDINE VIARD
Profesora titular HDR

LAURENT VIDAL
Profesor titular HDR

FABRIZIO FRACCHIA
Catedrático de derecho administrativo, Universidad BAUCCONI, Milán

PASQUALE PANTALONE
Profesor Ayudante de Derecho Administrativo, Universidad de Milán

SCILLA VERNILE
*Profesor Ayudante de Derecho Administrativo, Universidad
Bicocca de Milán*

ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO
*Profesor Ordinario Asociado de Derecho Administrativo de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*

JOÃO MIRANDA
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa

ESTANISLAO ARANA GARCÍA
Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Granada.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com: 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

© 2023 [Editorial Aranzadi, S.A.U. / Joaquín Tornos Mas (Dir.), Estanislao Arana García, Teresa M. Navarro Caballero y Joan Perdigó Sola (Subdirs.), Iván Rodríguez Florido (Secretario)]

© Portada: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1163-284-3
ISSN: 2660-4477

DL NA 826-2023

Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Indústria Gràfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

TERESA M. NAVARRO CABALLERO
Profesora Titular de Derecho Administrativo Universidad de Murcia

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIBED
*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la
 Universidad de Zaragoza*

ANDRÉS MOLINA GIMÉNEZ
*Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad
 de Alicante*

ELENA ROMÁN BARREIRO
*Dirección General del Agua
 Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico*

JOAN PERDIGÓ SOLÀ
*Abogado y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de
 Barcelona (1983-2018)*

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
*Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad
 Católica de Chile*

GONZALO MUÑOZ ESCUDERO
*Profesor de Derecho de Aguas de las Universidades Diego Portales
 y Alberto Hurtado*

NATALIA DASENCICH CELEDÓN
Profesora de Derecho de Aguas de la Universidad del Desarrollo
 IVÁN RODRÍGUEZ FLORIDO (SECRETARIO DE LA OBRA)
*Profesor Asociado de Derecho Administrativo en la Universidad Pompeu
 Fabra (UPF) y en la Universitat Oberta de Catalunya (UOC)*

Índice General

Página

PRESENTACIÓN	23
PRIMERA PARTE	
CRÓNICAS DE CHILE, ESPAÑA, FRANCIA, ITALIA, PERÚ Y PORTUGAL	
A. CRÓNICA DE CHILE	31
CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN	
Introducción	33
1. La gran reforma al régimen general de los recursos hídricos continentales: el nuevo Código de Aguas a partir de la ley n.º 21.435 de 2022	33
1. Consideraciones generales sobre de la reforma, y algunos cam- bios respecto del aprovechamiento del agua, sus funciones y los derechos de aprovechamiento	33
1.1. Consideraciones generales	33
1.2. Del aprovechamiento del agua y sus funciones	34
A) Reafirmación del carácter público de las aguas, y orientación a la función de satisfac- ción del interés público	34
B) Reconocimientos de funcionalidades del agua	35
C) Reservas y reasignaciones	36
1.3. Nueva conceptualización y tratamiento de los DAA	36

	<u>Página</u>
A) Nueva definición y temporalidad	36
B) Medidas ante el riesgo en el ejercicio de los DAA	37
C) Extinción de los DAA	37
D) Nuevas especificaciones técnicas para los DAA	38
E) Gestión ordinaria y extraordinaria para el ejercicio de DAA	39
2. <i>Nuevas exigencias respecto de la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas (DAA)</i>	39
2.1. Reiteración de tendencia desmercantilizadora	39
2.2. Un efecto de la tendencia desmercantilizadora: casos de extinción DAA constituidos de manera originaria por sólo el ministerio de la ley, y generación de preferencia para constitución de DAA	40
2.3. Modificaciones relativas a DAA para uso doméstico, calificado y complementado	41
2.4. Modificaciones relativas a DAA en yacimientos mineros o “derechos de agua del minero”	41
2.5. Leve densificación de la regulación sobre expropiación de DAA	42
2.6. Prohibición para constituir sistemas de drenes y drenajes en zonas determinadas	43
3. <i>La nueva y completa regulación en materia de aguas subterráneas</i>	44
3.1. Antecedentes, tratamiento en general y destinación	44
3.2. Nueva prohibición (ampliada y condicionada) de exploración de aguas subterráneas	44
3.3. Limitación al ejercicio de DAA en zonas degradadas	45
3.4. Modificación sustantiva sobre la Declaración de Zona de Prohibición	46
3.5. Modificación sustantiva ahora sobre la Declaración de Áreas de Restricción	47
II.	
Jurisprudencia relevante en el 2022	
1. <i>Los fallos más significativos</i>	51
1.1. SCS (03 de febrero de 2022), rol N.º 17.355-2021, Jirón Bolaños, Sonia con Dirección General de Aguas: sobre regularización de derechos de agua, sumando posesiones inscritas	51
1.2. SCS (08 de marzo de 2022), rol N.º 27.222-2021, Junta de Vigilancia del Río Grande y Limarí y sus afluentes con Dirección General de Aguas, Casación acogida	51
1.3. SCS (25 de mayo de 2022), rol 88.998-2021, Agrícola Peñuelas S.A. con Dirección General de Aguas. Casación rechazada	52
2. <i>Breve referencia a las sanciones administrativas impuestas en materia de abastecimiento de agua potable y saneamiento</i>	52
3. <i>Corrección de la actividad de la autoridad sectorial, por medio de la actividad de la Contraloría General de la República (CGR)</i>	53
III.	
Estudios de importancia	
1. <i>Dirección General de Aguas (DGA): Documentación técnica DGA</i>	54
2. <i>Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación: Informe sobre desalinitización</i>	54

	<i>Página</i>
IV. Algunos trabajos e informes relevantes	55
1. <i>Libros</i>	55
2. <i>Artículos</i>	56
<i>Bibliografía</i>	56
B. CRÓNICA DE ESPAÑA	59
JOAQUÍN TORNOS MAS	
I. 2021, un año dominado por la preocupación por el cambio climático	60
II. Los problemas del saneamiento	66
III. Continúa el debate sobre los modos de prestación del servicio de suministro de agua a poblaciones	68
IV. El precio del agua	73
V. Proyectos normativos	75
VI. Condenas a las administraciones responsables de la prestación el servicio o del control de los vertidos o de las extracciones de aguas	77
VII. Algunas resoluciones judiciales de interés	79
1. <i>Sentencias que han resuelto conflictos surgidos en procesos de municipalización y remuneración</i>	79
1.1. La justificación de la opción por la gestión directa del servicio	79
1.2. Nulidad de la prórroga de un contrato concesional ...	79
1.3. Determinación de los bienes que deben revertir a la administración que recupera la gestión directa del servicio	79
1.4. La necesidad de seguir el procedimiento de municipalización	80
2. <i>El recurso a medios propios como forma de gestión directa de los servicios del ciclo del agua</i>	81
2.1. La creación de un Consorcio que a su vez crea una empresa privada para la gestión del servicio	81
2.2. La atribución del servicio de depuración de aguas a un medio propio	83
2.3. Sanción a concesionaria por vulnerar la normativa de protección a consumidores al suministrar agua de baja calidad	84
2.4. Derecho a revisión de tarifas de suministro en alta	84
VIII. Documentos, jornadas e informes de interés	85
IX. Libros y artículos	86
C. CRÓNICA DE FRANCIA	91
CLAUDINE VIARD	
LAURENT VIDAL	
Introducción	92
I. Actualidad normativa, textos y jurisprudencia	93
II. Proceso de remuneración o gestión indirecta del servicio de aguas	98
III. Informes de organismos públicos o privados en el ámbito del agua y su suministro	99
1. <i>Informe anual 2021 de la Junta del Agua de París</i>	99
2. <i>Agua potable: ¿cómo hacer frente a la contaminación por plaguicidas?</i>	102
IV. Consecuencias de la crisis climática en la gestión de los servicios de agua y saneamiento	104
1. <i>Competencia entre empresas de servicio público y delegaciones de servicio público y lentitud en la puesta en marcha de las empresas de servicio público anunciadas</i>	106
1.1. Los proyectos de gestión de servicios públicos avanzan o toman forma	106
1.2. Las gestiones realizadas por Sedif como delegado para que se acepten sus proyectos de inversión	109
2. <i>El suministro de agua potable amenazado por la disminución cuantitativa del recurso</i>	112
2.1. <i>Metabolitos de plaguicidas en el agua potable: ¿autoridades sanitarias vigilantes?</i>	112
2.2. <i>Agua potable y proyectos controvertidos de retención de agua</i>	116

	<i>Página</i>
V. Congresos, seminarios e informes	119
1. <i>Congreso</i>	119
2. <i>SEDIF</i>	120
2.1. Conferencia del SEDIF el 17 de octubre de 2022	120
2.2. Los servicios públicos urbanos del Gran Paris reu- nidos en AMIF 2022	121
2.3. Proyecto de mejora de la calidad del agua potable (SEDIF) - 7 de septiembre de 2022	122
2.4. El futuro del agua en nuestros territorios, Actas de la 1.ª edición del Observatorio del Agua, jueves 18 de noviembre de 2021 Palacio de Congresos de Aube, Troyes	123
3. <i>Informes SEDIF</i>	123
3.1. El SEDIF aprueba su presupuesto para 2023	123
3.2. El SEDIF sigue invirtiendo para mejorar el rendi- miento de su red	124
3.3. SEDIF y Grand Paris Sud acuerdan detener el pro- yecto piloto de OIBP en Arvigny	125
3.4. SEDIF y Est Ensemble acuerdan las condiciones de retirada de los municipios	126
3.5. Herramientas de apoyo a la toma de decisiones	127
3.6. 2022: el 12.º informe anual del Observatorio de los Servicios de Agua y Saneamiento de la OFB abarca el año 2020	128
VI. Publicaciones en revistas, Bibliografía	129
D. CRÓNICA DE ITALIA	135
FABRIZIO FRACCHIA	
PASQUALE PANTALONE	
SCILLA VERNILE	
I. Nuevas normativas y propuestas legislativas	135
II. Jurisprudencia significativa	149
1. <i>Observaciones generales</i>	149
2. <i>Decisiones de jurisprudencia</i>	150
III. <i>Actos reglamentarios</i>	163
IV. <i>Publicaciones</i>	169
V. <i>Congresos y seminarios</i>	172
E. CRÓNICA DE PERÚ	177
ALBERTO CAIRAMFOMA ARROYO	
I. <i>Introducción</i>	177
II. <i>Contexto político</i>	178
III. <i>Novedades normativas</i>	180
3.1. <i>Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Compe- titividad 2022-2025</i>	180
3.2. <i>Resolución de Consejo Directivo N.º 012-2022-SUNASS-CD</i> ...	183
3.3. <i>Resolución de Consejo Directivo N.º 034-2022-SUNASS-CD</i> ...	185
3.4. <i>Resolución de Consejo Directivo N.º 023-2022-SUNASS-CD</i> ...	190
3.5. <i>Resolución de Consejo Directivo N.º 084-202-SUNASS-CD</i> ...	193
IV. <i>Jurisprudencia</i>	197
F. CRÓNICA DE PORTUGAL	201
JOÃO MIRANDA	
I. <i>Introducción</i>	201
II. <i>Proceso de revisión constitucional</i>	202
III. <i>Actos normativos (leyes y reglamentos) y actos políticos</i>	204
IV. <i>Decisiones judiciales fundamentales</i>	211
V. <i>La actividad de regulación del sector</i>	219
VI. <i>Publicaciones</i>	221
VII. <i>Congresos, conferencias, seminarios y cursos</i>	225
VIII. <i>Conclusión</i>	226

SEGUNDA PARTE
ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Página

<p>A. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS EN TORNO A LA EJECUCION DE OBRAS PÚBLICAS HIDRÁULICAS AL SERVICIO DEL CICLO URBANO DEL AGUA, AUNQUE HAYAN SIDO MATERIALIZADAS POR SOCIEDADES ANÓNIMAS TEÓRICAMENTE SOMETIDAS AL DERECHO PRIVADO</p> <p style="padding-left: 20px;">ESTANISLAO ARANA GARCIA</p>	231
<p>I. Introducción</p>	232
<p>II. Naturaleza y régimen jurídico de las entidades en conflicto (ACUAMED y GALASA)</p>	233
<p>III. Naturaleza jurídica de los convenios objeto de controversia</p>	236
<p>IV. El difícil encaje de la actividad de dos sociedades mercantiles de carácter público en el ámbito objetivo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa</p>	240
<p>V. Los Autos del Juzgado número 1 de lo civil de Almería de 29 de octubre de 2020 y de la Audiencia Provincial de Almería de 5 de octubre de 2022</p>	245
<p>VI. Conclusión: el necesario replanteamiento de la utilización por las Administraciones Públicas de entes instrumentales de Derecho privado para la construcción y gestión de infraestructuras hidráulicas de interés general</p>	250
<p>B. EL REGLAMENTO EUROPEO DE REUTILIZACIÓN DEL AGUA Y LA DIRECTIVA DE CALIDAD DE LAS AGUAS DE CONSUMO HUMANO. PRINCIPALES NOVEDADES</p> <p style="padding-left: 20px;">TERESA M. NAVARRO CABALLERO</p>	255
<p>I. Introducción</p>	256
<p>II. El Reglamento europeo de Reutilización de las Aguas</p>	258

Página

<p>1. La importancia de la reutilización en el contexto de la economía circular</p>	258
<p>2. El Reglamento (EU) 2020/741, relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua</p>	260
<p>2.1. Objeto y ámbito de aplicación: aguas regeneradas seguras para el riego agrícola</p>	260
<p>2.2. El sistema de reutilización en el Reglamento europeo. Una visión holística de la actividad de regeneración</p>	263
<p>2.3. Un nuevo enfoque proactivo en la gestión del riesgo. Los planes de gestión del riesgo</p>	265
<p>2.4. La falta del régimen económico-financiero de la reutilización</p>	265
<p>3. Efectos sobre el régimen jurídico español vigente</p>	266
<p>3.1. Algunos apuntes sobre el régimen actual de la reutilización de las aguas depuradas</p>	266
<p>3.2. Títulos habilitantes para desarrollar la actividad de reutilización en derecho interno y en el Reglamento europeo</p>	267
<p>III. La directiva de calidad de las aguas de consumo humano</p>	270
<p>1. Una revisión necesaria tras más de veinte años de la Directiva 98/83/CEE</p>	270
<p>2. Un cambio de paradigma en materia de seguridad del agua. El método basado en factores de riesgo</p>	272
<p>3. Control de fugas, derecho humano al abastecimiento y el saneamiento (thas) e información al público</p>	274
<p>C. EL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA REUTILIZACIÓN DEL AGUA EN ESPAÑA. ¿CÓMO LLENAR UN VACÍO NORMATIVO?</p> <p style="padding-left: 20px;">ISMAEL JIMÉNEZ COMPARED</p>	277
<p>I. Introducción</p>	277
<p>II. Observando los mecanismos económico-financieros que disponen la repercusión de costes en los usuarios que reutilizan agua regenerada</p>	281

	<u>Página</u>		<u>Página</u>
1. Las bases principales de la repercusión	282	E. EL REGLAMENTO (EU) 2020/741 RELATIVO A LOS REQUISITOS MÍNIMOS PARA LA REUTILIZACIÓN DEL AGUA. PRINCIPALES NOVEDADES Y PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA EN ESPAÑA	345
2. Tasas y tarifas locales	288	ELENA ROMÁN BARREIRO	
3. Sobre las tarifas de reutilización en la Comunidad de Madrid ...	293	Presentación	345
4. Fórmulas convencionales: el caso de EPSAR	297	I. Idea general	347
5. Particularidades canarias	299	II. Circunstancias de partida	347
III. Observando cómo la reutilización de agua se contempla en los instrumentos económico-financieros típicos del agua ...	301	III. Aspectos del Reglamento 2020/741 que deben incorporarse a la legislación española sobre reutilización	348
1. El canon de control de vertidos	302	IV. Consideración del régimen jurídico de la reutilización establecido en el texto refundido de la Ley de Aguas y en el Real Decreto 1260/2007, de 7 de diciembre	353
2. Los impuestos autonómicos sobre aguas residuales	304	V. Algunas aproximaciones a la reforma legislativa en materia de reutilización de las aguas regeneradas	360
3. Impuestos generalistas sobre el agua establecidos por las comunidades autónomas	306	VI. Posible propuesta de modificación del texto refundido de la Ley de Aguas	361
IV. ¿Hacia dónde vamos?	307	VII. Aspectos que deben atenderse en la norma reglamentaria que desarrolle la reutilización	371
Bibliografía	309	F. LA IMPRONTA HISTÓRICA EN LOS SERVICIOS DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE. CONCESIONARIOS DE DERECHO, PRESTADORES DE DERECHO Y SERVICIOS SUPRAMUNICIPALES	373
D. LA EVALUACIÓN Y GESTIÓN DEL RIESGO QUE CONLLEVA LA ACTIVIDAD DE REUTILIZACIÓN	311	JOAN PERDIGÓ SOLÀ	
ANDRÉS MOLINA GIMÉNEZ		I. Introducción	373
I. Introducción	311	II. El abastecimiento privado de agua de Sant Hilari Sacalm ...	375
II. La gestión de los riesgos de las aguas regeneradas en el Reglamento comunitario de reutilización de 2020: el Plan de Gestión de Riesgos (PGRAR)	316	III. La municipalización del servicio de abastecimiento de agua de Vidreres	380
III. Insuficiencias en la delimitación del ámbito del PGRAR en el Reglamento europeo	318	IV. La Sèquia de Manresa y Aigües de Manresa	385
IV. Elaboración y actualización del PGRAR	321	1. Antecedentes históricos de la Acequia de Manresa y del servicio de abastecimiento de agua	385
V. Incorporación del PGRAR al título habilitante de la actividad de regeneración	322		
VI. Contenidos y estructura	324		
VII. Régimen de responsabilidades	332		
VIII. Transparencia	334		
IX. Conclusiones	339		
X. Referencias	341		

	<u>Página</u>		<u>Página</u>
2. <i>La municipalización del servicio y la creación de Aigües de Manresa</i>	386	III. <i>La discriminación en contra de los actuales titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que no son indígenas</i> ...	410
3. <i>Aigües de Manresa y el servicio supramunicipal de abastecimiento de agua</i>	388	1. <i>Diversos reconocimientos de derechos de aprovechamiento de aguas a favor de indígenas</i>	410
V. <i>Conclusiones</i>	394	2. <i>Desequilibrio y discriminación regulatoria entre la degradación de los derechos de aprovechamiento de aguas de chilenos no indígenas y amplio y detallado reconocimiento de uso tradicional de aguas indígenas</i>	411
G. LAS AGUAS EN LA FALLIDA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN DE CHILE DE 2022: DETALLADA REFUNDACIÓN, CAPITIS DIMINUTIVO DE ACTUALES DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y DISCRIMINACIÓN RESPECTO DE DERECHOS DE INDÍGENAS	397	IV. <i>Las aguas en las normas transitorias: corrección del texto permanente y nueva discriminación</i>	413
ALEJANDRO VERGARA BLANCO		1. <i>Las tres normas transitorias en materia de aguas</i>	413
GONZALO MUÑOZ ESCUDERO		2. <i>Vigencia inmediata de la normativa de aguas. Se rompe regla general de la propuesta</i>	415
NATALIA DASENCICH CELEDÓN		3. <i>Los derechos de aprovechamiento de aguas consuetudinarios quedan en un limbo jurídico y administrativo</i>	415
Introducción	399	4. <i>Discriminación adicional: el sin precedentes y desmesurado registro automático de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas</i>	416
I. La refundación: pilares de la propuesta en materia de aguas	401	5. <i>La propuesta de norma transitoria contiene citas erróneas de disposiciones vigentes</i>	418
1. <i>Derecho al agua y al saneamiento</i>	401	6. <i>Diversos actos jurídicos que ya no podrán realizar los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas a partir del 5 de septiembre en caso de aprobarse la Constitución, dado su carácter "incomerciable"</i>	419
2. <i>El agua como bien común natural inapropiable</i>	401	7. <i>Síntesis de las normas transitorias en materia de aguas</i>	421
3. <i>La creación de una poderosa agencia autónoma: la Agencia Nacional del Agua</i>	404	Conclusiones	422
4. <i>Uso nacional del agua, manejo integrado de cuencas y nuevos Consejos de Cuenca</i>	405	<i>Libro electrónico. Guía de uso</i>	
II. La degradación o capitis diminutivo: transmutación de los derechos de aprovechamiento de aguas en autorizaciones administrativas	406		
1. <i>Transmutación de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas: ahora serán autorizaciones administrativas. Características de estas autorizaciones</i>	406		
2. <i>Incomerciableidad de las autorizaciones de uso de aguas</i>	408		
3. <i>El olvido de los derechos de aprovechamiento de aguas consuetudinarios</i>	408		
4. <i>Síntesis sobre la situación en que quedarán los antiguos derechos de aprovechamiento de aguas. Efectos de la transmutación</i>	409		

Presentación

A. La presente edición del Observatorio del Ciclo del Agua 2022 continúa con la voluntad de ofrecer al lector interesado una completa información anual sobre los problemas jurídicos más relevantes en materia del ciclo urbano del agua. Se mantiene la estructura de las anteriores publicaciones del Observatorio, articulada en las crónicas de Chile, España, Francia, Italia, Perú y Portugal (este año no contamos con la crónica de Alemania que esperamos recuperar con la publicación del Observatorio del año 2023), y una serie de estudios monográficos vinculados también a cuestiones de interés en el año 2022, con especial atención en este caso a la temática de la reutilización de las aguas, cuestión de singular importancia debido a los problemas del cambio climático y la escasez de agua.

El Observatorio alcanza con esta edición su cuarto año de publicación consecutiva, y como venimos reiterando en cada publicación, nuestra intención es consolidar su sucesiva aparición anual.

De nuevo queremos destacar que este trabajo se ha llevado a cabo en el marco de la Cátedra UB-CCIES “Derecho de Regulación de los Servicios Públicos”, creada por la Universidad de Barcelona en el seno de su Facultad de derecho, con el apoyo de CCIES, Cámara de concesionarios y empresas vinculadas al Sector Público en el ámbito de las infraestructuras, los equipamientos y servicios públicos. Nuestro agradecimiento a la Universidad de Barcelona y al CCIES.

B. Las crónicas del año 2022, al igual que en el año anterior, se han elaborado bajo la dirección de los siguientes profesores. Chile, profesor Cristian Rojas, España, profesor Joaquín Tornos, Francia, profesor Jean Claude Nemery, Italia, profesor Fabrizio Fracchia, Perú, profesor Alberto Cairampoma y Portugal, profesor Joao Miranda.

En las crónicas y Estudios monográficos de este año deben destacarse en primer lugar las referencias a reformas constitucionales, una fallida como es el caso de Chile, que se han ocupado directa o indirectamente del tema del agua.

La importancia del agua y de su tratamiento jurídico se ha hecho presente con toda su fuerza en la propuesta fallida de nueva Constitución chilena del año 2022, así como en la propuesta de reforma constitucional de Portugal.

El derecho al agua y la regulación jurídica de este bien esencial para la vida humana fue objeto de tratamiento especial en el proyecto nueva Constitución de Chile, un tratamiento novedoso y por ello fuertemente discutido. La propuesta reconocía el derecho humano al agua y al saneamiento, lo que no constituye una novedad significativa, pero el nuevo texto constitucional imponía una degradación de los derechos de aprovechamiento de las aguas existentes y un trato diferente de los mismos respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas que se reconocen a los indígenas.

Sobre este importante intento, fallido, de llevar a un texto constitucional el régimen de aprovechamiento de las aguas, contamos con el estudio monográfico de los profesores Vergara Blanco, Muñoz Escudero y la profesora Dasencich Celedón, incorporado al presente volumen. En este trabajo sus autores llevan a cabo una valoración crítica del proyecto de nueva Constitución en la medida en que, a su juicio, establecía una clara *capitis diminutio* de los actuales derechos de aprovechamiento de agua, derechos existentes a los que, por otro lado, se daba un trato discriminatorio respecto de los derechos de los indígenas, que si recibían un amplio y detallado reconocimiento de su uso tradicional. Una nueva regulación de los derechos de aprovechamiento del agua (se califica la propuesta consuetudinaria de una verdadera refundación del régimen regulatorio de las aguas chilenas) que parte de la nueva concepción del agua como un bien común natural —ya no un recurso— como un bien esencial dentro de la nueva categoría de los derechos de la naturaleza.

En el caso de Portugal la crónica de este país nos da cuenta de la apertura de un proceso de revisión constitucional, que podría traducirse en la positivización del derecho fundamental de acceso al agua potable y al saneamiento en el texto de la Constitución, lo que podría convertir a Portugal en uno de los primeros países en hacerlo en el mundo occidental. El proceso de revisión de la Constitución portuguesa abierto en 2022 y que deberá tener desarrollo a lo largo del año 2023.

El proceso de revisión de la Constitución portuguesa de 1976 se impulsó mediante proyectos de revisión presentados por todos los partidos políticos representados en el Parlamento, algunos de los cuales proponían que se incorporara en el texto constitucional una mención al derecho fundamental de acceso al agua potable y al saneamiento.

Especial significación tiene la propuesta del Partido Socialista que en su artículo 66 relativo al “Medio ambiente y calidad de vida”, el derecho de acceso al agua potable y al saneamiento básico en condiciones adecuadas, a un coste socialmente aceptable y sin discriminación, y la responsabilidad del Estado, en colaboración con las autoridades locales, de garantizar la preservación de sus fuentes y el respectivo abastecimiento.

También en Italia el tema del agua ha estado presente, aunque de forma menos directa. La crónica de Italia nos da cuenta de la reforma de los artículos 9 y 41 de la Constitución, nueva redacción que trata de dar un nuevo contenido finalista a la protección del medio ambiente, señalando que esta protección debe tener en cuenta los intereses de las futuras generaciones, artículo 9. Al mismo tiempo se establece que la iniciativa económica privada no puede desarrollarse de modo que cause daño al medio ambiente, artículo 14.

Con esta referencia a los intereses de las futuras generaciones se da especial valor a la solidaridad interregional, que el nuevo párrafo tercero del artículo 9 establece que debe guiar la actuación de la República italiana en su tarea de proteger el medio ambiente.

Una protección de los intereses de las futuras generaciones al que ya se hizo referencia en el DLG. 152/2006, Código del medio ambiente, respecto de los recursos hídricos. Referencia que ahora ha quedado claramente reforzada.

También se nos da cuenta de alguna reforma general de la legislación en materia de aguas, como es el caso de Chile, donde se aprobó un nuevo Código de Aguas en la ley n.º 21.435, que reformó de modo general el anterior Código de 1981. Esta nueva norma impone un régimen esencialmente administrativizado y ambientalizado de los derechos de aprovechamiento de las aguas, a partir de la reafirmación de su carácter público y su orientación a la función de satisfacción del interés general. En la crónica de Chile se nos da una amplia información del contenido de esta importante reforma legislativa.

Un tercer tema que ocupa el interés de las crónicas de este año es el problema del cambio climático y su incidencia en el agua. La realidad cada vez más evidente del cambio climático se ha traducido en menos lluvias y problemas de sequía incluso en lugares en los que nunca había existido problemas de falta de agua. La escasez de agua también se ha traducido en problemas de calidad, cuestión sobre la que se insiste en las crónicas de Francia y Perú. Las crónicas de España, Francia y Portugal hacen especial referencia a esta cuestión. En España el estrés hídrico ha llevado a prestar especial atención a la reutilización de las aguas, con

el fin de poder contar con un recurso complementario, tanto para el uso agrícola o riego de campos de golf, llegándose incluso en pensar en poder destinar agua regenerada para uso de boca. En Francia la escasez de agua ha generado conflictos en el momento de determinar sus diferentes usos, en particular con los agricultores. También ha provocado que se insista en llevar la gestión del suministro a nivel supramunicipal. En Portugal se han aprobado algunas normas con la finalidad de mitigar los efectos del cambio climático.

El debate sobre los diferentes modos de prestación del servicio de suministro y saneamiento de las aguas, gestión directa o indirecta, así como la evaluación de las recientes experiencias de recuperación de la gestión directa en algunos municipios importantes, está también presente en las crónicas de España y Francia. En el caso de Italia se nos da cuenta de la ley 118/2022 que delegó en el Gobierno la regulación de los servicios públicos locales. Fruto de esta delegación se aprobó el DLG de 23 de diciembre de 2022 en virtud de la cual se establece un nuevo reglamento general relativo a la prestación de servicios públicos locales de relevancia económica, de interés general y que contiene alguna referencia específica los servicios hídricos.

El debate y la valoración de las experiencias sobre remunicipalización de los servicios del agua es tratado con especial extensión en la crónica de Francia, con referencia a los casos de París, Burdeos y Lyon, dando continuidad a lo que ya se había expuesto en las crónicas de años anteriores.

Por último, queremos destacar las referencias a la actividad de los entes reguladores del agua de ámbito estatal de Italia y Portugal, ARERA y ERSAR. En el caso de Portugal, si el año pasado la ERSAR fue despojada de las competencias para aprobar reglamentos con eficacia externa, en 2022 esta entidad aprobó múltiples decisiones sobre fijación de tarifas para los sistemas de titularidad estatal, así como recomendaciones en materia tarifaria.

C. Los estudios monográficos que contiene la edición de este año del Observatorio del Ciclo del Agua se ocupan de diversos temas de indudable interés. Varios estudios dedican su atención al tema de la reutilización de las aguas, cuestión que como consecuencia de los efectos el cambio climático sobre la escasez del agua ha pasado a tener una especial importancia. En España, país en el que el estrés hídrico es particularmente notable, la reutilización de las aguas se ha convertido en una necesidad urgente, con el fin de poder contar con un nuevo recurso que pueda destinarse a los usos agrícolas, turísticos (campos de golf), urbanos (riego de plazas

y jardines) e incluso de suministro de agua potable, reduciendo de este modo el recurso a las aguas superficiales y subterráneas.

Para tratar esta importante cuestión contamos con diversos trabajos. El estudio de Elena Román Barreiro, de la Dirección General del Agua del MITECO, a partir del estudio del Reglamento 2020/741 (UE), relativo a los requisitos mínimos para la realización del agua, nos da cuenta de las principales novedades y propuestas de reforma legislativa en España. El trabajo de la profesora Teresa Navarro, de la Universidad de Murcia, analiza el ya citado Reglamento 2020/741 (UE), los requisitos mínimos que impone para la reutilización del agua, así como la Directiva de calidad de las aguas de consumo humano. La reutilización de las aguas y su calidad han sido siempre dos cuestiones íntimamente relacionadas, pues los nuevos usos del agua regenerada deben respetar las exigencias de calidad del agua que se va a utilizar de nuevo.

En esta misma línea de poner en relación la reutilización del agua y su calidad, contamos con el trabajo del profesor Andrés Molina, de la Universidad de Alicante. En este trabajo se estudia la evaluación del riesgo que conlleva la actividad de reutilización, con especial atención al Reglamento comunitario de reutilización de 2020, y el Plan de gestión de Riesgos, PGRAR.

Finalmente, el profesor Ismael Jiménez Compaired, de la Universidad de Zaragoza, lleva a cabo un completo estudio de una cuestión central en toda política de reutilización de aguas, como es el coste de esta actividad y su posible repercusión en los usuarios finales del agua regenerada. Cuestión central, como decimos, ya que se admite con carácter general que precisamente esta repercusión del coste está en la base del limitado recurso a las aguas reutilizadas. Jiménez Compaired analiza las diversas soluciones adoptadas y cómo la reutilización del agua se contempla en los instrumentos económico-financieros típicos del agua, formulando al respecto diversas propuestas de interés.

Otros trabajos se ocupan de otros temas de interés. El trabajo del profesor Estandislaio Arana, de la Universidad de Granada, titulado "La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver los conflictos en torno a la ejecución de obras públicas hidráulicas al servicio del ciclo urbano del agua aunque hayan sido materializadas por sociedades anónimas teóricamente sometidas al derecho privado", estudia la problemática jurisdiccional concreta que puede surgir en caso de conflicto en el momento de la ejecución de obras públicas hidráulicas. Unas obras esenciales para la gestión del agua y para la prestación de los servicios públicos relacionados con este elemento, en especial, el del ciclo urbano

del agua. El estudio de la solución al conflicto jurisdiccional le lleva a formular alguna consideración crítica final sobre el modelo adoptado en España para la gestión de infraestructuras hidráulicas a través de sociedades públicas estatales.

El estudio del Sr. Joan Perdigó vuelve de nuevo sobre el análisis de la incidencia que la titularidad pública o privada sobre el aprovechamiento de agua puede llegar a tener sobre las modalidades de gestión—directa o indirecta— que adopte el servicio municipal de abastecimiento de agua. En el trabajo que se publica este año el Sr. Perdigó analiza los casos de los municipios de Sant Hilari Sacalm, i de Vidreres, supuestos diversos ya que en el primero existía una concesión de utilización el agua a favor de una entidad privada, no concesión de servicio, mientras que en el segundo existía una entidad privada que sin título alguno venía prestando el servicio. La solución final para ordenar la prestación en uno u otro caso difiere. Este estudio permite al autor del trabajo cuestionar la creación jurisprudencial de la figura de las concesiones de hecho. Junto a estos dos casos se nos da cuenta también de un interesante supuesto con una larga historia. Se trata del servicio de suministro de aguas en el municipio de Manresa y otros límites. La existencia de una concesión real de 1339, de alcance supramunicipal, es la que ha dado lugar a la actual empresa Aigües de Manresa SA.

Por último, contamos con el estudio de los profesores Vergara Blanco, Muñoz Escudero y la profesora Dasencich Celedon, al que hemos hecho referencia en la parte inicial de esta presentación. Como ya hemos dicho este trabajo sus autores llevan a cabo una interesante valoración crítica del proyecto de nueva Constitución en la parte que se dedicó al tema de las aguas.

PRIMERA PARTE
Crónicas de Chile, España, Francia,
Italia, Perú y Portugal

G. Las aguas en la fallida propuesta de Constitución de Chile de 2022: detallada refundación, *capitis diminutio* de actuales Derechos de aprovechamiento de aguas y discriminación respecto de Derechos de indígenas

ALEJANDRO VERGARA BLANCO (*)

GONZALO MUÑOZ ESCUDERO (**)

NATALIA DASENCICH CELEDÓN (***)

Resumen:

Tres profesores chilenos de Derecho de Aguas muestran y critican el contenido de la profunda reforma que se intentó en materia de aguas por la fallida propuesta de Constitución de 2022 en Chile. De acuerdo con su detallada revisión, las aguas reciben en la propuesta de Constitución mucha atención, pero no se observa atisbo alguno de asegurar protección jurídica a los actuales titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, como si ellos no hubiesen sido adquiridos legítimamente. Este trabajo se focaliza en la situación en que se intentó dejar a los actuales derechos de aprovechamiento de aguas en la propuesta, y se revisa cómo tales derechos son declarados meras autorizaciones temporales de uso y goce, de

(*) Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

(**) Magister en Derecho de Aguas. Profesor de Derecho de las Universidades Diego Portales y Alberto Hurtado.

(***) Magister Governance of Risk and Resources. Profesora de Derecho de Aguas de la Universidad del Desarrollo.

carácter intransferible. Lo anterior es relevante para los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas los que están actualmente protegidos por la garantía constitucional de la propiedad. Además de esta precarización de esos derechos, la propuesta contiene otras regulaciones que discriminan la situación de la generalidad de los titulares de derecho de aprovechamiento de aguas respecto de los derechos de los indígenas.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA REFUNDACIÓN: PILARES DE LA

PROPUESTA EN MATERIA DE AGUAS. 1. Derecho al agua y al

sanamiento. 2. El agua como bien común natural intransferible. 3. La

creación de una poderosa agencia autónoma: la Agencia Nacional

del Agua. 4. Uso racional del agua, manejo integrado de cuencas y

nuevos Consejos de Cuenca. II. LA DEGRADACIÓN O CAPTIS

DIMINUTIO: TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS DE

APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN AUTORIZACIONES

ADMINISTRATIVAS. 1. Transmutación de los actuales derechos de

aprovechamiento de aguas: ahora serán autorizaciones administrati-

vas. Características de estas autorizaciones. 2. Intransferibilidad

de las autorizaciones de uso de aguas. 3. El olvido de los derechos

de aprovechamiento de aguas consuetudinarios. 4. Síntesis sobre

la situación en que quedarán los antiguos derechos de aprovecha-

miento de aguas. Efectos de la transmutación. III. LA DISCRIMI-

NACIÓN EN CONTRA DE LOS ACTUALES TITULARES DE

DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS QUE NO

SON INDÍGENAS. 1. Diversos reconocimientos de derechos de

aprovechamiento de aguas a favor de indígenas. 2. Desequilibrio y

discriminación regulatoria entre la degradación de los derechos de

aprovechamiento de aguas de chilenos no indígenas y amplio y deta-

llado reconocimiento de uso tradicional de aguas indígenas. IV. LAS

AGUAS EN LAS NORMAS TRANSITORIAS: CORRECCIÓN

DEL TEXTO PERMANENTE Y NUEVA DISCRIMINACIÓN.

1. Las tres normas transitorias en materia de aguas. 2. Vigencia

inmediata de la normativa de aguas. Se rompe regla general de la

propuesta. 3. Los derechos de aprovechamiento de aguas consuetudi-

narios quedan en un limbo jurídico y administrativo. 4. Discrimina-

ción adicional: el sin precedentes y desmesurado registro automático

de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas. 5. La pro-

puesta de norma transitoria contiene citas erróneas de disposiciones

vigentes. 6. Diversos actos jurídicos que ya no podrán realizar los

titulares de derechos de aprovechamiento de aguas a partir del 5 de

septiembre en caso de aprobarse la Constitución, dado su carácter "intransferible". 7. Síntesis de las normas transitorias en materia de aguas. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

a. El agua es un elemento inseparable de la existencia y subsistencia de las personas, permitiendo prácticamente todas las actividades productivas al interior de la sociedad, y su aprovechamiento ha jugado un papel capital a través de la historia de las civilizaciones. Son las cuencas de los ríos las que se han convertido en el eje del desarrollo urbano; a partir de su caudal se alimentan los sistemas de riego, o la fuerza de las aguas que arrastran se convierte en fuente de energía.

Sumado a esta necesidad vital del agua para las personas, se encuentra el hecho de que la disponibilidad, abundancia y escasez de este recurso están condicionadas a las características geográficas particulares de cada país; y estas pueden constituir la causa principal de la necesidad de que exista un Derecho de Aguas, pues en países de ubicación geográfica distinta o de una situación climática diversa, puede ser que no sea necesario regular las formas de uso o aprovechamiento de las aguas.

Por otra parte, la disponibilidad de aguas puede estar condicionada, también, por el cambio climático que, en mayor o en menor medida, afecta a distintas zonas del planeta, lo que también puede incidir en la necesidad de que exista un Derecho de Aguas.

b. Pese a lo anterior, en el texto constitucional de 1980 se optó por mencionar de manera escueta y acotada a las aguas, pero no por ello menos importante, estableciendo una poderosa protección jurídica al reconocer la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento sobre ellas reconocidos o constituidos en conformidad a la ley. Esa presencia formal en el texto de la Constitución desde 1980, está acompañada de la praxis de la jurisprudencia constitucional.

Por cierto, esa norma constitucional está complementada por las normas legales sobre la materia (principalmente, el Código de Aguas) y por actos administrativos (decretos y resoluciones).

La Constitución y legislación vigente sobre aguas contienen una completa regulación sobre la materia, basada en la naturaleza pública de las aguas y la entrega a los particulares de derechos de aprovechamiento de aguas para su utilización. Igualmente, la administración del recurso se le encarga tanto a la Administración del Estado como a organizaciones

de usuarios de aguas (juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas y comunidades de aguas), las que están integradas por particulares que son titulares de derechos de aprovechamiento sobre ellas.

c. La reciente propuesta de Nueva Constitución elaborada por la Convención Constitucional, que fuera rechazada por una amplia mayoría de los ciudadanos en el plebiscito de 4 de septiembre de 2022 en que fue votada (de ahí que señalemos desde el título que se trata de una propuesta *fallida*) desarrolla en extenso la regulación de este *bien común natural* (ya no recurso), eliminando el concepto de derecho de aprovechamiento de aguas y su consecuente protección, creando un nuevo modelo con la irrupción de nuevos derechos y principios tales como los derechos de la naturaleza, la que pasaría a ser un sujeto de derecho y, como tal, titular de garantías fundamentales consagradas en el proyecto constitucional. Esta irrupción da cuenta de una Constitución eco céntrica cuyo eje estructurante es la preservación de la naturaleza, principio que se incardina en la mayor parte de la propuesta constitucional. En este nuevo marco, todos los recursos naturales cambian de naturaleza jurídica y, muy particularmente en el caso de las aguas, sus condiciones de uso por parte de los particulares para actividades productivas, las que deberán supeditarse a los derechos de este nuevo sujeto de derecho.

Por otra parte, la propuesta reconoce el derecho humano al agua y al saneamiento, sin perjuicio de ya está reconocido en la legislación vigente por la modificación del Código de Aguas de 2022.

La propuesta contiene una detallada refundación de la materia de las aguas que significa alterar en su esencia las bases anteriores, a lo que agrega una verdadera *capitis diminutio*, esto es, degradación de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas y una ostensible discriminación respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas que se reconocen a los indígenas.

Revisamos la regulación que a las aguas dedica la propuesta: así, primero damos cuenta de los pilares de la propuesta, esto es, la *refundación* (I), en seguida, el término de los derechos de aprovechamiento de aguas transmutados en autorizaciones administrativas, esto es, la *degradación* (II) a continuación, la especial y amplia protección de los derechos de aprovechamiento de aguas de indígenas, con lo que se establece una discriminación respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas de los no indígenas (III) y, en fin, las aguas en las normas transitorias de la propuesta, que contienen una corrección del texto permanente y una nueva discriminación.

1. LA REFUNDACIÓN: PILARES DE LA PROPUESTA EN MATERIA DE AGUAS

La propuesta dedica a las aguas mucha atención y es pródiga en detalles en especial en la declaración del derecho humano al agua (1), en la consideración del agua como bien común natural inapropiable (2), en la creación de una agencia autónoma para el agua (3), en la creación de unos Consejos de Cuenca y en el establecimiento de potestades regionales relativas al agua (4).

1. DERECHO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO

Como primera regulación en la materia, en el capítulo dedicado a derechos fundamentales y garantías, la propuesta consagra el derecho humano al agua y al saneamiento, con una serie de adjetivos: "suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible". Agrega que "es deber del Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones" (art. 57.1).

Señala además que "El Estado vela por la satisfacción de este derecho atendiendo las necesidades de las personas en sus distintos contextos" (art. 57.2).

Pero en esto el proyecto constitucional es sobreabundante, pues la reforma del Código de Aguas de 2022 ya se había adelantado en el reconocimiento del derecho humano al agua, siendo además bastante más sobria y precisa al declarar que "El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado" (art. 5 inc. 4°), regulando además la función de subsistencia que cumple el agua, que incluye el uso para el consumo humano y el saneamiento (arts. 5bis y 5ter); pudiéndose, incluso, limitar el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas para el cumplimiento de tales funciones (como ocurre, por ejemplo, en zonas declaradas de escasez hídrica como consecuencia de una severa sequía (art. 314).

Pero, en todo caso, en principio, dicho reconocimiento es algo adecuado, pues acentúa una tendencia a respetar la función de subsistencia que cumple el agua en todo grupo humano, lo cual siempre ha de ser prioritario en términos regulatorios.

2. EL AGUA COMO BIEN COMÚN NATURAL INAPROPIABLE

En seguida, la propuesta dedica un capítulo completo a la naturaleza y al medioambiente, en el cual regula la nueva categoría que denomina *bienes comunes naturales* (art. 134). Los define así: "son elementos o

componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras" (art. 134.1).

En medio de esta regulación declara que el agua en todos sus estados constituye un "bien común natural inapropiable" (art. 134.2 y 3). Al respecto cabe señalar:

i) La categoría de los bienes comunes naturales, respecto del agua, vendría a ser una *transmutación* jurídica, pues las aguas dejarían de ser bienes nacionales de uso público (como lo han sido desde 1857 con el Código Civil y luego con los Códigos de Aguas de 1951, 1967 y 1981) y, por lo tanto, objeto del tradicional régimen concesional que conocemos.

Sobre este particular, se ha afirmado que la propuesta le estaría devolviendo a las aguas su característica de bien común; lo cual, a la luz de lo señalado, no es efectivo pues ellas nunca han tenido esa calidad en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, esta nueva categoría jurídica de bienes comunes naturales, que pareciera intentar alejarse tanto de la propiedad estatal como de la privada, se refiere a aquellos *elementos constitutivos* de la naturaleza como bosques nativos, aguas, glaciares, alta montaña, mar territorial, subsuelo, entre otros (art. 134.2), consagrando a la naturaleza como sujeto de derechos; es así como su art. 127.1 señala expresamente: "La naturaleza tiene derechos". Estos derechos son: (i) derecho a que se respete y proteja su existencia; (ii) derecho a la regeneración y mantención; (iii) derecho a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, los que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad (art. 103.1). Es deber del Estado garantizar y promover los derechos de la naturaleza (art. 103.2).

En línea con lo anterior, la propuesta declara al agua como *esencial para el ejercicio de los derechos de la naturaleza* (art. 140.1)). Conforme a ello, al ser el agua un elemento constitutivo de un sujeto de derechos (la naturaleza), su uso deberá atenerse a un régimen especial que subordine el interés particular a los de la naturaleza; así, al regular la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas, precisa que su ejercicio debe ser compatible con la protección de la naturaleza (art. 80.1). Todo lo anterior lleva a que la propuesta sólo protege a nivel constitucional los derechos de la naturaleza y no así los usos productivos del agua.

Respecto al papel del Estado sobre los bienes comunes naturales, la propuesta establece que éste tendrá un especial deber de custodia (art. 134.1), imitando con ello –en forma parcial– la doctrina norteamericana

del *Public Trust*, con la específica finalidad de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras. Para el cumplimiento de esos fines, se dice, el Estado deberá proteger las aguas, en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico lo que deberá ser reflejado en los planes de ordenamiento territorial y planificación ecológica (facultad de la región autónoma) que deberá considerar los impactos del uso del suelo en la calidad y cantidad de las aguas (art. 140.1, art. 197.3, art. 220 letra i), art. 224 letra d) y art. 226 letra m),

Otro elemento distintivo de los bienes comunes naturales es que la propuesta establece que estos deberán administrarse en forma "democrática, solidaria, participativa y equitativa" (art. 134.4). En lo que se refiere específicamente al agua, el Estado debe asegurar un sistema de gobernanza participativo y descentralizado, a través del manejo integrado de cuencas, para lo cual la cuenca hidrográfica será la unidad mínima de gestión (art. 143.1). En cuanto a la administración, ésta deberá realizarse por los Consejos de Cuenca, en el que participen representantes del Estado, titulares de autorizaciones de uso y entidades territoriales (art. 143.2 y 143.3).

Por otra parte, llama la atención que se disponga que el Estado, como custodio de los humedales, bosques nativos y suelos, deberá asegurar la integridad de estos ecosistemas, sus funciones, procesos y "conectividad hídrica" (art. 136), concepto éste último cuyo contenido y alcances no se precisan en la propuesta. Esta nueva tipología de bienes comunes naturales cabrá analizarla en su texto y contexto, pues en principio se aleja de sus precedentes históricos y de derecho comparado.

ii) Precisa además que nadie podrá tener propiedad sobre los bienes comunes naturales; esto es, que serán *inapropiables* (art. 134.3). Ni en la legislación civil (de 1857) ni de aguas (de 1951, 1967 y 1981) anterior ni en la reciente reforma al Código de Aguas de 2022, se realiza tan innecesaria declaración, pues al calificarse a las aguas como bienes nacionales de uso público, se entiende que ellas *per se* son inapropiables, mientras estén en su estado natural, *in rerum natura*, esto es, en su fuente; lo que jurídicamente se subentende al ser públicas. De ahí que este concepto de inapropiabilidad, tanto por el Estado como por los particulares, no genera disputa jurídica alguna, salvo que se utilice como base retórica para enseña argumentar que es esa inapropiabilidad lo que impediría *por extensión* la comerciabilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas de particulares.

En efecto, pareciera ser que al declararse las aguas como inapropiables se busca relevar la idea que son de nadie: ni del Estado, ni de la

nación, ni de los particulares. Y como son de nadie, no caben respecto de ellas actos de señorío o que impliquen cualquier noción de dominación, como lo sería constituir concesiones por parte del Estado. Es así como no cabrían concesiones porque esta técnica presenta dos características que serían contrarias al nuevo orden: (i) éstas habilitan a su titular para usar las aguas de modo privativo, lo que implicaría un cercamiento del recurso; y (ii) las concesiones pueden ser incorporadas al patrimonio del titular y como tales, pueden ser reasignadas o gravadas a través del tráfico jurídico propio de los bienes que se encuentran en el comercio de los hombres.

3. LA CREACIÓN DE UNA PODEROSA AGENCIA AUTÓNOMA: LA AGENCIA NACIONAL DEL AGUA

La propuesta crea una "Agencia Nacional del Agua" (art. 144), que sería un supra-órgano que tendría como misión "coordinar, dirigir y fiscalizar la actuación de los órganos del Estado con competencias en materia hídrica" (art. 144.1). Además, estaría a cargo de "otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar autorizaciones administrativas de uso de aguas" (art. 144.2 c) y de "determinar la calidad de los servicios sanitarios" (art. 144.2 i). Se anuncia, además, que esa agencia impulsará y otorgará asistencia a los "Consejos de Cuenca", que se proyecta entonces crear (art. 144.2 f). Todo ello producirá entrecruzamientos con actuales atribuciones de la Dirección General de Aguas, la Superintendencia de Servicios Sanitarios y las organizaciones de usuarios de aguas, entre otros actuales órganos. En medio de otros aspectos.

Además, desconoce que ya bajo el régimen actual los órganos de la Administración del Estado —en materia de aguas, la Dirección General de Aguas, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la Comisión Nacional de Riego, entre otros— tienen la obligación de coordinarse, pues así lo establece el art. 5° inc. 2° de la Ley N.° 18.575, de 2000 (texto refundido), orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado.

Cabe señalar que si bien a la Agencia le corresponde liderar y coordinar a los organismos con competencia hídrica (art. 144.2 a) y otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar las autorizaciones de uso de aguas (art. 144.2 c), a ella no le compete la administración del agua, tarea entregada a los Consejos de Cuenca (art. 143.2). Será la Agencia la que finalmente resolverán cómo, cuánto y donde se ocupa el agua, puesto que éstos tendrán el control material del recurso; o al menos la facultad para determinar cómo éste se gestiona y distribuye.

4. USO RACIONAL DEL AGUA, MANEJO INTEGRADO DE CUENCAS Y NUEVOS CONSEJOS DE CUENCA

En cuanto a la administración de las aguas, ésta se radica en las regiones autónomas y en los Consejos de Cuenca

Al respecto:

i) La región autónoma deberá velar por "el uso racional del agua" (art. 220 g) y el "manejo integrado de cuencas" (art. 220 i). Junto a ello, a la asamblea regional se le da la atribución de "aprobar, rechazar o proponer modificaciones al plan de manejo integrado de cuencas" (art. 226 k). En fin, se señala que es atribución del gobierno regional "presentar ante la asamblea regional los planes de manejo integrado de cuencas (...)" (art. 224 e); agregándose que, para efectos de ordenar y planificar el territorio, se utilizarán unidades de ordenación que consideren las cuencas hidrográficas y que dichos planes de ordenamiento y planificación ecológica priorizarán la protección de las partes altas de las cuencas, glaciares, zonas de recarga natural de acuíferos y ecosistemas (art. 197.1 y 3). En el mismo sentido, se señala que el plan regional de ordenamiento territorial debe ser preparado y presentado por el gobierno regional a la correspondiente asamblea (art. 224 d). En este plan el eje estructurante deben ser las cuencas y los equilibrios ecológicos que considere los impactos del uso del suelo en la disponibilidad y calidad de las aguas (art. 197.3). Es decir, dentro de los criterios que deberán tallar la forma de utilizar el agua se contará el plan de ordenamiento territorial y planificación ecológica.

ii) Paralelamente se establecen los Consejos de Cuenca, quienes ahora serán "los responsables de la administración de las aguas" (art. 143.2), pudiendo considerar en su integración, agrega, a "los titulares de autorizaciones de aguas" (art. 143.3).

iii) Es del caso señalar que no se hace referencia alguna a las organizaciones de usuarios de aguas en el artículo permanente. Cabe preguntarse, ¿cómo se vincula lo anterior con el actual rol que desde hace más de un siglo han llevado adelante las organizaciones de usuarios de aguas (la primera ley que las reguló, N.° 2.139, es de 1908) en la distribución de las aguas, en especial las juntas de vigilancia? ¿Acaso quedarán sujetas a tales órganos regionales y a los Consejos de Cuenca y perderán su autonomía? Al menos se tiene claridad que a la luz de la propuesta de nueva Constitución la administración del recurso en la fuente natural ya no corresponderá a las juntas de vigilancia.

Especial duda surge respecto de las competencias de los Consejos de Cuenca en relación con las organizaciones de usuarios de aguas sobre

obras de aprovechamiento hidráulico. Dado que según la propuesta, el Estado tiene el deber de proteger las aguas en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico (art. 140.1), no se tiene claridad si las decisiones de dichos Consejos afectarán el recurso una vez que ya ha sido captado desde la fuente natural e introducido en obras de conducción o de acumulación. En ese sentido, es necesario hacer luz para determinar si se produce desafectación una vez que el agua es captada por los titulares de autorizaciones administrativas (a las que se hace referencia a continuación).

II. LA DEGRADACIÓN O CAPTIS DIMINUTIO: TRANSMUTACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

La propuesta transmuta, como por arte de magia, los actuales derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales quedarán transformados en meras "autorizaciones administrativas" (1) las cuales serán "incomerciales" (2), olvidando a los usos consuetudinarios (3). Cabe, además, revisar los efectos de esta transmutación (4).

1. TRANSMUTACIÓN DE LOS ACTUALES DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS: AHORA SERÁN AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS. CARACTERÍSTICAS DE ESTAS AUTORIZACIONES

Consecuente con lo anterior, la propuesta agrega que sólo se podrán otorgar "autorizaciones administrativas" para el uso de las aguas.

Tales autorizaciones de uso tienen las siguientes características.

i) serán otorgadas "de manera temporal, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo" (art. 134.5).

ii) agrega la propuesta que "Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad" (art. 134.5 *in fine*), con lo cual, claramente, las está dejando fuera de la protección que la propia Constitución le presta a la propiedad (en el art. 78.1) sobre todas las clases de bienes. En este caso, la propuesta quiere decir que estas autorizaciones no constituyen una cosa incorporal, que es una clase de bienes, por lo que, además, su supresión no cabe considerarla expropiación (art. 78.3) ni podrán ser objeto de acciones constitucionales, como es la acción cautelar (regulada en el art. 119), pues respecto de las autorizaciones

administrativas no hay derechos fundamentales. En otras palabras, quedan fuera de toda protección jurídica, al menos en la letra de la propuesta, y entregadas a las decisiones administrativas en cuanto a revocación, revisión, caducidad o extinción.

iii) la voz "autorización de uso" da cuenta de un permiso precario y revisable, lo que se condice con el art. 144.2 c), que indica además que éstas son "modificables". En efecto, la propuesta recalca que tales autorizaciones están sujetas a "caducidad, extinción y revocación" (art. 134.5). Si se observan estas tres causales: la caducidad requiere una causal previa, que no especifica la propuesta; la extinción en un concepto genérico, más que una causal; y, la revocación es una causal de extinción que depende de la exclusiva discreción o arbitrio de la Administración. Pero, según la legislación vigente (art. 61 de la Ley N.º 19.880, de 2003, sobre bases de los procedimientos administrativos), esta caducidad "no procede cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente", todo lo cual cabe considerar y no puede ser borrado de un plumazo.

iv) su ejercicio estará subordinado a los derechos de la naturaleza, los que podrán ser reclamados tanto por la Defensoría de la Naturaleza como por cualquier persona o grupo a través de la acción constitucional de tutela de derechos fundamentales (arts. 148 y 149 d). Lo anterior es también concordante con el hecho de que el derecho a realizar cualquier emprendimiento o actividad económica encuentra sus límites en la protección de la naturaleza (art. 80.1 *in fine*)

v) en cuanto a la temporalidad de las nuevas autorizaciones de uso de las aguas (que establece el art. 134.5), esto significa que los actuales derechos de aprovechamiento de aguas no sólo son transmutados en autorizaciones administrativas, sino que, además, ya no serán indefinidos. Cabe preguntarse por el plazo de esos títulos de aguas. Al respecto, ni el artículo permanente ni las normas transitorias de la propuesta se refieren a un plazo específico de la temporalidad de las autorizaciones administrativas. De ahí que no cabe especular que este plazo pudiese ser de 10, 20 o 30 años, pues perfectamente podría ser otro plazo que se establezca por el legislador futuro, transformando así la condición actual de indefinidos de los derechos de aprovechamiento de aguas existentes al 6 de abril de 2022 (fecha de publicación en el Diario Oficial de la ley N.º 21.435 que reformó el Código de Aguas), en un plazo determinado. Lo anterior se señala no obstante de constituir ese hecho una verdadera expropiación regulatoria, al transformar la condición de derecho indefinido en uno temporal cuyo plazo de vigencia no se establece.

2. INCOMERCIABILIDAD DE LAS AUTORIZACIONES DE USO DE AGUAS

Tratándose de bienes comunes naturales en general, la Administración del Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para su uso (art. 134.5); sin embargo, específicamente y sólo para el caso de las aguas, la propuesta declara expresamente que esas autorizaciones son intransferibles (art. 142) (no así para el resto de las autorizaciones sobre bienes comunes naturales). De lo anterior se sigue que la regla general para las autorizaciones de uso de bienes comunes naturales es la comerciabilidad, esto es que pueden ser objeto de actos jurídicos entre particulares; y excepcionalmente, tratándose de autorizaciones para uso de aguas, éstas han sido declaradas expresamente como intransferibles, configurando con ello objeto ilícito en cualquier acto jurídico que se celebre sobre ellas. La misma norma agrega que “estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad” (art. 134.5); y que “obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento” (art. 142).

Nuevamente excede la propuesta la prudente definición que realiza la reciente reforma de abril de 2022, al precisar el Código de Aguas que los derechos de aprovechamiento de aguas son “derechos reales” que se generan en una “concesión” (y no en una mera autorización) dando así certeza a sus titulares. Lo que realiza la propuesta en verdad, como se ve, es una degradación o *capitis diminutio* de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas, cuya condición jurídica actual es la de ser derechos reales nacidos de una concesión (como expresamente lo señala el art. 6.º inc. 1.º Código de Aguas, reformado en 2022). Y no sólo eso, estas autorizaciones de uso han sido sustraídas del comercio jurídico, poniendo a sus titulares en un pie desigual respecto de los titulares de autorizaciones de uso de otros bienes comunes naturales.

3. EL OLVIDO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS CONSUETUDINARIOS

La propuesta en su texto permanente nada dice de los derechos de aprovechamiento de aguas consuetudinarios; esto es, aquellos que no fueron otorgados formalmente por alguna autoridad, sino que se inician por usos costumbristas y han sido “reconocidos” por la legislación vigente (y las legislaciones anteriores).

4. SÍNTESIS SOBRE LA SITUACIÓN EN QUE QUEDARÁN LOS ANTIGUOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS. EFECTOS DE LA TRANSMUTACIÓN

La propuesta señala algunas características de las autorizaciones de uso de agua, naturaleza que tendrán los antiguos derechos de aprovechamiento de aguas una vez operada la transmutación. Así:

i) Transforma o transmuta el actual carácter de derecho real protegido por la propiedad (art. 19 N.º 24 inc. final de la Constitución) que tiene el derecho de aprovechamiento de aguas, en meras autorizaciones administrativas, lo cual es una forma de expropiación regulatoria de los derechos anteriores.

ii) Privva a los particulares titulares de los antiguos derechos de aprovechamiento de aguas (ahora convertidos en autorizaciones administrativas) de la libre transferibilidad de esos derechos. Es técnicamente una especie de expropiación regulatoria.

iii) Transforma en derechos temporales a los derechos de aprovechamiento de aguas existentes que hayan sido constituidos o reconocidos antes del 6 de abril de 2022 –fecha de publicación en el Diario Oficial de la Ley N.º 21.435, que reforma el Código de Aguas– los que en virtud de su art. 1.º transitorio, fueron confirmados como indefinidos. Lo cual es, nuevamente, una expropiación regulatoria.

iv) Elimina la libertad de que gozan los actuales titulares de derechos de aprovechamiento de aguas para usar las aguas sobre las que éstos recaen, en la actividad que estimen conveniente (salvo algunas excepciones y con las limitaciones de respetar las características de estos y de aceptar los turnos en caso de escasez de agua en la fuente matriz). Ahora se redistribuirán “caudales” de acuerdo con otros criterios distintos a la escasez de agua.

Es por ello, entonces, que un actual titular de derecho de aprovechamiento de aguas no tendrá asidero normativo alguno para solicitar que, en atención al caudal que le correspondía a ese derecho, se le otorgue una autorización por esa misma cantidad de agua.

v) En definitiva, la propuesta elimina el derecho de aprovechamiento de aguas del patrimonio de sus titulares, legítimamente adquirido. Y ello sin ninguna previsibilidad que pudiese justificar estos actos del Estado. En efecto, sólo en abril de 2022 comenzó a regir un nuevo estatuto de las aguas que implicó la más grande reforma del Código de Aguas de 1981.

De acuerdo con el nuevo estatuto, se seguirían respetando los derechos de aprovechamiento de aguas, pero con importantes limitaciones para el consumo humano y usos ecosistémicos. Sin embargo, todo ello no fue considerado por la propuesta reformulando en forma radical la regulación de la materia.

vi) Por otra parte, ello es incoherente con la normativa vigente, que por lo demás recoge una tradición histórica en la materia, en cuanto a la propiedad de las obras de captación, distribución y acumulación de aguas, presumiéndose dueños de éstas a los titulares de los respectivos derechos de aprovechamiento sobre ellas; lo cual resulta de toda lógica si se tiene presente que la gran mayoría de tales obras han sido proyectadas, financiadas y construidas por particulares.

III. LA DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LOS ACTUALES TITULARES DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS QUE NO SON INDÍGENAS

La propuesta realiza diversos reconocimientos a los derechos de aprovechamiento de aguas de indígenas (1) pero teniendo a la vista la degradación de los derechos de los demás chilenos no indígenas, se produce una efectiva discriminación en contra de éstos (2).

1. DIVERSOS RECONOCIMIENTOS DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS A FAVOR DE INDÍGENAS

La propuesta de nueva Constitución brinda diversos reconocimientos a favor de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas indígenas.

En efecto, la propuesta reconoce los usos consuetudinarios en favor de los titulares indígenas —a diferencia de los titulares no indígenas— ubicados en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas, imponiendo al Estado el deber de garantizar su protección, integridad y abastecimiento (art. 58). Asimismo, sólo respecto de los indígenas la propuesta reconoce al agua como un *recurso* (arts. 34 y 79.1 y 4), mientras que para el resto de los chilenos es un bien común natural con todas las limitaciones que ello significa. Adicional a ello, los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y *recursos* (art. 34).

Por su parte, cabe señalar que los pueblos indígenas tendrán poder de veto respecto de la formulación del plan de ordenamiento territorial y el manejo integrado de cuencas cuando estos instrumentos se inmiscuyan en materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en la Constitución (entre ellos sus recursos y usos de agua consuetudinarios). En efecto, la planificación territorial y el manejo integrado de cuenca, es de competencia de la región autónoma, la que es una entidad territorial la que como tal deberá consultar a las naciones y pueblos indígenas para que estos den su *consentimiento* previo, libre e informado en las materias que les atañen. De lo anterior se sigue que para que prospere el plan de ordenamiento y manejo de la cuenca se requiere de dicho consentimiento cuando estos afecten sus derechos de agua (ver art. 191 en relación con art. 220 i).

2. DESEQUILIBRIO Y DISCRIMINACIÓN REGULATORIA ENTRE LA DEGRADACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS DE CHILENOS NO INDÍGENAS Y AMPLIO Y DETALLADO RECONOCIMIENTO DE USO TRADICIONAL DE AGUAS INDÍGENAS

En claro contraste con el anterior reconocimiento y amplia protección de los derechos de aprovechamiento de aguas de los indígenas, y la posición de éstos frente a los planes de gestión integrado de cuencas, los derechos de aprovechamiento de aguas del resto de los particulares quedan en una situación desequilibrada y precaria; es así como:

i) los derechos de aprovechamiento de aguas de los particulares no indígenas no son incluidos en el capítulo de los derechos fundamentales. Esto es, no existe para ellos ese reconocimiento ni la protección de los derechos de aprovechamiento de aguas de indígenas.

ii) al revés, los derechos de aprovechamiento de aguas de los particulares no indígenas son debilitados al señalar la propuesta que ya no serán ni derechos reales ni estarán protegidos por la garantía de la propiedad, sino que serán objetos de meras autorizaciones administrativas precarias, temporales, sujetas a caducidad, extinción y revocación, agregándose respecto de ellas diversos deberes (art. 134.5). Al contrario, los derechos de aprovechamiento de aguas de indígenas son objeto de múltiples protecciones (art. 58).

iii) los derechos de aprovechamiento de aguas de los particulares no indígenas están sujetos expresamente a un estatuto de incomerciabilidad y sometidos a limitaciones derivadas de la obligación de un uso razonable

y otras que determinará la autoridad, de las que se podrán derivar disminuciones del caudal primitivo a que tenían derecho (arts. 142, 143 y 144).

iv) Los pueblos y naciones indígenas tienen poder de veto respecto del plan de gestión integrada de cuenca, salvo que se los quiera excluir de las cargas que implica formar parte de un plan de cuenca. En ambos casos (ya sea porque los indígenas tienen poder de veto o queden excluidos del plan) los titulares no indígenas están en un pie de desigualdad respecto de los titulares indígenas.

En suma, se observa un desequilibrio evidente entre los derechos de aprovechamiento de aguas de indígenas (que son privilegiados con protecciones y regímenes especiales favorables diversos) del resto de los particulares del país (cuyos derechos de aprovechamiento de aguas son precarizados y sujetos a la incertidumbre).

Por otra parte, los derechos de aprovechamiento de aguas de indígenas ya gozan de privilegios establecidos en el Código de Aguas por la reforma que le introdujo la Ley N.º 21.435, entre los que es posible mencionar los siguientes:

i) En el inc. final del art. 5º, se dispone que en el caso de los territorios indígenas, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo con la normativa que indica.

ii) Exime del pago de patente por no uso de aguas, los derechos de aprovechamiento de aguas los que sean titulares indígenas o comunidades indígenas, regulados en el artículo 5º del propio Código de Aguas y en los artículos 2º y 9º de la Ley N.º 19.253 –que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena–, respectivamente (art. 129 bis 9 inc. 3º N.º 6).

iii) Exime a los indígenas y comunidades indígenas, del plazo de 5 años para regularizar la inscripción conservatoria de sus derechos de aprovechamiento de aguas, lo que pueden realizar en cualquier tiempo (art. primero transitorio). Con ello se deja vigente para estos últimos la norma que consagra los derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos en base al uso inmemorial de las aguas (art. 2º transitorio del Código de Aguas); no así para titulares no indígenas, los que no podrán invocar el uso inmemorial pasado el plazo de 5 años para inscribir;

iv) Exime a los indígenas y comunidades indígenas de la sanción de caducidad de aquellos derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por acto de autoridad y que no se inscriban en el respectivo Registro

Conservador dentro del plazo de 18 meses, contados desde la entrada en vigencia de la ley (art. segundo transitorio);

iv) Exime a los indígenas y comunidades indígenas de la suspensión del ejercicio de sus derechos de aprovechamiento de aguas (consuntivos, permanentes y continuos) constituidos con posterioridad a la declaración de cuenca agotada (art. quinto transitorio).

IV. LAS AGUAS EN LAS NORMAS TRANSITORIAS: CORRECCIÓN DEL TEXTO PERMANENTE Y NUEVA DISCRIMINACIÓN

En materia de aguas no se dejó entregada la regulación pormenorizada a una ley que se dicte posteriormente, de tal manera que, mientras ello no ocurra, hubiese seguido vigente el régimen actual. Esa fue la regla para las demás modificaciones que hace la propuesta (ver art. 27). Sin embargo, en materia de aguas se nota una gran ansiedad por aplicar de inmediato todo el nuevo esquema, sin mediar una previa discusión parlamentaria para ver el sí fin de detalles propios de una materia altamente compleja como es la de aguas.

La propuesta contiene no solo regulaciones detalladas, sino además modificaciones directas de la Ley N.º 21.435, así como mandatos directos a un organismo administrativo, en este caso, a la Dirección General de Aguas.

Se revisan a continuación las normas transitorias que en materia de derechos de aprovechamiento de aguas contiene la propuesta y se expone, asimismo, cómo dichas normas afectan *adicionalmente* la situación de los actuales titulares de tales derechos.

1. LAS TRES NORMAS TRANSITORIAS EN MATERIA DE AGUAS

La propuesta contiene las tres siguientes normas transitorias.

a) *primero*, el art. 34T. Establece:

1.º) Que en el plazo de doce meses se deberá enviar el proyecto de ley que crea la Agencia Nacional del Agua; realiza la adecuación normativa relativa a las autorizaciones de uso de aguas y regula el funcionamiento de los Consejos de Cuenca (inc. 1.º).

2.º) Le entrega de manera inmediata a la Dirección General de Aguas las potestades (competencias) de la Agencia Nacional del Agua. Cabe

determinar entonces si todas o algunas de las competencias que establece el art. 144 del texto permanente serán asumidas por la Dirección General de Aguas (inc. 2.º).

b) *segundo*, el art. 35T. Establece:

1.º) Un efecto inmediato respecto de todos los derechos de aprovechamiento de aguas "otorgados", los que se transforman/transmutan por el solo efecto de la entrada en vigor de la Constitución nueva, en autorizaciones administrativas (inc. 1.º).

2.º) Un efecto diferido respecto de la constitución y extinción de esos derechos de aprovechamiento de aguas (transmutados en autorizaciones de uso) (inc. 1.º).

3.º) Un efecto inmediato respecto del "ajuste de los caudales a ser redistribuidos en cada cuenca" (inc. 1.º).

4.º) Aclara que los derechos de aprovechamiento de aguas "otorgados, regularizados, reconocidos o constituidos" antes del 6 de abril de 2022 se seguirán sujetando a las disposiciones transitorias de la Ley N.º 21.435. Es decir, debe regularizarse su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente y deben registrarse en el Catastro Público de Aguas que lleva la Dirección General de Aguas (inc. 2.º).

5.º) Pero los derechos de aprovechamiento de aguas de personas, asociaciones y comunidades indígenas tendrán un régimen especial, y "serán inscritos como autorización de uso tradicional de manera automática en el registro respectivo" (inc. 2.º).

6.º) Establece una regla especial respecto de lo que llama "cambios de titularidad de las autorizaciones administrativas", condicionadas al cumplimiento de uno de los dos requisitos siguientes: satisfacción de derecho humano al agua o saneamiento; o que exista disponibilidad efectiva de aguas para saneamiento y sea un uso razonable (inc. 2.º letra a).

7.º) Declara que los gravámenes constituidos respecto de derechos de aprovechamiento de aguas continuarán vigentes, pero solo hasta la regulación de esta materia en la ley ordenada en el art. 34T (inc. 2.º letra b).

8.º) Las autorizaciones de uso de agua (debió decir "derechos de aprovechamiento de aguas") otorgados, constituidos, regularizados o reconocidos antes de la entrada en vigor de la Constitución, se sujetarán a las normas de derecho común para efectos de su transmisibilidad por causa de muerte, hasta la regulación de esta materia por la ley ordenada en el art. 34T (inc. 2.º letra c); excluyendo, entonces, de esta sujeción a las normas de derecho común a la transferibilidad por acto entre vivos.

9º) Declara que se mantendrán en vigor los actos jurídicos que tengan por objeto contar con agua para abastecer sectores urbanos y rurales para consumo humano o saneamiento (inc. 3.º).

c) *tercero*, el art. 36T. Establece que la Dirección General de Aguas o la Agencia Nacional del Agua, "de manera gradual, progresiva y con sentido de urgencia" realizará el "proceso de redistribución de caudales de las cuencas" para "garantizar los usos prioritarios reconocidos en la Constitución" (inc. 1.º).

2. VIGENCIA INMEDIATA DE LA NORMATIVA DE AGUAS. SE ROMPE REGLA GENERAL DE LA PROPUESTA

La propuesta, en su art. 2.º T dispone, en términos generales, para todas las modificaciones de la propuesta, en la primera parte de su inc. 1.º, que:

"Toda la normativa vigente seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida, o bien, mientras no sea declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional (...)."

Pero en las disposiciones transitorias de aguas se ofrecen soluciones distintas; en algunos casos se establecen efectos inmediatos y en otros, efectos diferidos. Así:

i) El art. 34T, en su inc. 1º establece un efecto parcialmente diferido para las autorizaciones de uso de aguas; dice: "En un plazo de doce meses, el Presidente de la República deberá enviar un proyecto de ley para (...) la adecuación normativa relativa a las autorizaciones de uso de aguas". Esto es, en general, existirá un período transitorio entre una y otra normativa.

ii) Pero, en abierta contradicción con ello, el art. 35T inc. 1.º establece un efecto inmediato; dice:

"Con la entrada en vigencia de esta Constitución todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en esta Constitución"

De acuerdo con lo cual, entonces, el nuevo régimen comenzaría a regir de inmediato.

3. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS CONSUETUDINARIOS QUEDAN EN UN LIMBO JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO

Sobre los derechos de aprovechamiento de aguas consuetudinarios, los distintos regímenes regulatorios que han normado las aguas terrestres en

nuestro país siempre han consagrado la existencia de tales derechos como *reconocidos* (aunque no necesariamente con esa denominación), pudiendo citarse, en tal sentido, los arts. 300 y 301 del Código de Aguas de 1951 y los arts. 330 y 331 del Código de Aguas de 1967. Pero la propuesta ahora los “*desconoce*” a través de una norma transitoria ambigua.

En efecto, en el art. 35T hay dos regímenes jurídicos distintos en sus inc. 1.º y 2.º. Así:

i) El inciso primero menciona, exclusivamente, los derechos de aprovechamiento de aguas “*otorgados*” con anterioridad (obviando así el reconocimiento de los derechos de aprovechamiento de aguas consuetudinarios); y,

ii) El inciso segundo amplía la referencia, ya que alude en términos más amplios a los derechos de aprovechamiento de aguas “*otorgados, regularizados, reconocidos o constituidos por acto de autoridad competente antes del 6 de abril de 2022*” (fecha de publicación en el Diario Oficial de la Ley N.º 21.435).

Las consecuencias de tal diferencia son las siguientes:

i) En virtud de lo dispuesto en el inc. 1.º, sólo los derechos aprovechamiento de aguas *otorgados* se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en el propio proyecto de Constitución.

ii) Por el contrario, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos o consuetudinarios *nada se dice respecto del régimen* que se les aplicaría a partir de la fecha en que empezara a regir la nueva Constitución, en caso de que hubiera sido aprobada.

En tal evento, tales derechos de aprovechamiento de aguas quedarán, en consecuencia, en una situación de absoluta indefinición e incerteza. Ello, salvo que se entienda que respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas consuetudinarios se debe aplicar la regla general del art. 2T y su regulación se realizará en la ley a que se refiere el art. 34T inc. 1.º.

4. DISCRIMINACIÓN ADICIONAL: EL SIN PRECEDENTES Y DESMESURADO REGISTRO AUTOMÁTICO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS INDÍGENAS

El inc. 2º del art. 35T establece una discriminación en favor, exclusivamente, de personas, asociaciones y comunidades indígenas, consistente en que a ninguno de ellos se les aplicará la obligación de inscribir

sus derechos de aprovechamiento de aguas –los que son calificados por esta disposición como autorización de uso tradicional– en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente ni de registrarlos en el Catastro Público de Aguas de la Dirección General de Aguas dentro de los plazos y bajo los apercebimientos que señalan los inc. 1.º y 4.º, respectivamente, del art. 2.º transitorio de la Ley N.º 21.435.

Es desmesurado y discriminatorio que mientras todo otro particular chileno titular de derechos de aprovechamiento de aguas consuetudinarios o no inscritos debe realizar una solicitud administrativa, dice esta norma transitoria que los derechos de aprovechamiento de aguas de personas, asociaciones y comunidades indígenas serán inscritos, como autorización de uso tradicional, “de manera automática” en el registro respectivo. Es una nueva hipótesis de discriminación y desigualdad de trato entre titulares de derechos de aprovechamiento de aguas.

Al margen de la discriminación señalada, respecto de las autorizaciones de uso tradicional en favor de los indígenas caben tres observaciones:

a) No se especifica cuál es el ‘registro respectivo’ en el cual ellas serán inscritas de manera automática, no quedando claro si es el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces o el Catastro Público de Aguas de la Dirección General de Aguas. Siguiendo el procedimiento regular de las disposiciones transitorias de la ley que modificó el Código de Aguas en 2022, debiera ser en el Conservador de Bienes Raíces.

b) Tal registro de manera *automática* de las autorizaciones de usos tradicionales –hasta donde se conoce– no existe a nivel comparado. Además, no se visualiza cómo se podría viabilizar tal registro, ni qué requisitos deberían cumplirse y cómo y ante quién debería acreditarse el cumplimiento de éstos para que dicho registro automático fuera procedente, especialmente respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas que no han sido otorgados por acto formal sino reconocidos a partir de usos informales.

Al respecto, cabe señalar que las legislaciones que reconocen a favor de indígenas legalmente los usos de aguas antiguos/consuetudinarios/tradicionales establecen además los requisitos de los respectivos procedimientos de reconocimiento. En efecto, tales usos se declaran *primero* reconocidos por el legislador (no muy distinto al actual art. 19 N.º 24 inc. final de la Constitución vigente, en cuanto se refiere a los derechos *reconocidos* en conformidad a la ley, y al art. 2.º transitorio del Código

de Aguas), pero para su formalización y registro –ya sea como derechos de aprovechamiento de aguas, *cogcesión*, autorización o por medio de alguna otra figura, como es el caso del *Native Title*, el cual comprende derechos ancestrales a los recursos naturales existentes en el área de que se trate, entre ellos el recurso agua– se requiere de un proceso que dé cuenta del cumplimiento de los requisitos que evidencian la continuidad de dichos usos antiguos/consumetudinarios/tradicionales a la fecha de su formalización o regularización, junto con la prueba de su antigüedad, y en algunas jurisdicciones se exige –incluso– que se acredite que se trata de usos culturales (por ejemplo en el caso de los países que tienen la figura del *Native Title*).

c) Por otra parte, llama la atención, asimismo, que se amplíe la cobertura de protección especial de los ‘derechos de aprovechamiento de aguas indígenas’ a aquellos cuyos titulares consistentes en asociaciones indígenas, organizaciones que no están incluidas hoy en el Código de Aguas (reformado) como posibles titulares de ‘derechos de aprovechamiento de aguas indígenas’ (si es que le llamáramos así) (ello, sin perjuicio de que nuestra legislación reconoce a dichas asociaciones, pero para otros efectos; no para asignarles la titularidad de derechos de aprovechamiento de aguas, específicamente en los arts. 36 y 37 de la Ley N.º 19.253 y en el art. 5.º inc. 2.º (principalmente) de la Ley N.º 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, conocida como Ley Lafkenche). Cabe aclarar que las comunidades indígenas, a que se refiere el art. 64 de la Ley N.º 19.253 son distintas a las asociaciones.

5. LA PROPIUESTA DE NORMA TRANSITORIA CONTIENE CITAS ERRÓNEAS DE DISPOSICIONES VIGENTES

El inc. 2.º del art. 35T contiene dos remisiones a artículos del Código de Aguas vigente, las cuales son erróneas y, además, no tienen ninguna relación con las materias abordadas en esa disposición; así:

a) En la letra a) cita el art. 112 (el que se refiere a los registros de derechos de aprovechamiento de aguas que deben llevar los Conservadores de Bienes Raíces), en circunstancias que debió aludir al art. 122, que regula el Catastro Público de Aguas de la Dirección General de Aguas.

b) La segunda, que está en la letra b), se refiere a los gravámenes constituidos conforme al art. 113 (el que nada tiene que ver con ello, pues se refiere a que se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos respecto de derechos de aprovechamiento de aguas y la constitución de

derechos reales sobre ellos); sin embargo, los gravámenes que, según el régimen vigente se pueden constituir sobre derechos de aprovechamiento de aguas, están mencionados en los arts. 115 bis y 116.

Se trata, como se ve, de un descuido de los autores de este texto constitucional, que es indicativo de su falta de familiaridad con el Código de Aguas.

6. DIVERSOS ACTOS JURÍDICOS QUE YA NO PODRÁN REALIZAR LOS TITULARES DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS A PARTIR DEL 5 DE SEPTIEMBRE EN CASO DE APROBARSE LA CONSTITUCIÓN, DADO SU CARÁCTER “INCOMERCIALABLE”

El texto *permanente* señala que las autorizaciones de uso de aguas son de carácter *incomercialable* (art. 142). No obstante, el art. 35T inc. 2.º letra a) altera esa regla y permite lo que llama “cambios de titularidad”. En efecto, en el evento que se aprobara la nueva Constitución, desde el 5 de septiembre de 2022 las autorizaciones administrativas de uso de agua sólo podrán cambiar de titular, previa autorización de la Dirección General de Aguas, siempre que:

- i) estén fundadas en la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento;
- ii) o se establezca la disponibilidad efectiva de las aguas para la misma finalidad.

Ello implica que, a diferencia del régimen actual, se restringe en importante medida la libertad de contratación sobre derechos de aprovechamiento de aguas, pues éstos ya no podrán ser objeto de los más diversos actos y contratos que sobre ellos se celebran hasta ahora. Cabe anotar al respecto:

- i) Por ejemplo, ya no bastará la sola voluntad de las partes para celebrar compraventa, hipoteca, aporte como capital a sociedades, usufructo, entre otros actos respecto de derechos de aprovechamiento de aguas. En esos casos se requerirá a partir de la vigencia de la Constitución la autorización de la Dirección General de Aguas para el “cambio de titularidad”.
- ii) Especial mención merece la autorización que la Dirección General de Aguas deberá dar al cambio de titularidad fundándose en la disponibilidad efectiva de las aguas. ¿Qué pasará en aquellas fuentes que se encuentran en régimen de turno o prorrata? ¿La Dirección General de Aguas autorizará el cambio de titularidad solo respecto del caudal que

efectivamente se presente en la fuente en ese momento? ¿Qué pasará con el resto del caudal que el titular podría potencialmente captar en un régimen hidrológico más favorable? ¿perderá el titular de la autorización la posibilidad de mejorar sus dotaciones si en el periodo siguiente mejoran los caudales? En esa misma línea, también en las fuentes que se encuentran a prorrata (que son la mayoría) el cambio de titularidad de *derechos eventuales* no podrá ser autorizado, y su titular no podrá disponer de ellos. Ni qué decir que estos caudales actuales podrán ser discrecionalmente rebajados por la Dirección General de Aguas inmediatamente después de comenzar a registrar, en su caso, la nueva Constitución (como lo señala expresamente el art. 36T inc. 1°, pues este proceso de redistribución (esto es, rebaja de caudales a cada derecho de aprovechamiento de aguas) comenzará de inmediato, “con sentido de urgencia”.

iii) Es necesario señalar los efectos que tendrá la Constitución sobre los procedimientos de ejecución, embargo y remate de los derechos de aprovechamiento de aguas por no pago de patente por no uso –llevados adelante por la Tesorería General de la República– y en los procedimientos de ejecución seguidos en contra de accionistas morosos por las organizaciones de usuarios de aguas. En efecto, no podrán trabarse los embargos a que se refieren los arts. 129 bis 12 y 214 del Código de Aguas, respectivamente, por adolecer de objeto ilícito; como tampoco llevarse a cabo el remate que indican esos procedimientos. La imposibilidad de realizar el remate también afectará a todos los procedimientos que comprendan la realización de derechos de aprovechamiento de aguas, por adolecer de objeto ilícito (como, por ejemplo, de aquéllos sobre los cuales se haya constituido hipoteca para garantizar créditos en favor de bancos e instituciones financieras).

iv) Finalmente cabe preguntarse qué sucederá con los contratos vigentes cuyo objeto recaea sobre el derecho de aprovechamiento de aguas. Es el caso por ejemplo de titulares de derechos aprovechamiento de aguas *consuntivos* que ocupan sus aguas además en generación hidroeléctrica y han celebrado contratos con terceros para disponer de la energía generada. Tal fue el caso de múltiples iniciativas al interior de canales de riego que construyeron pequeñas centrales hidroeléctricas al interior de sus acueductos haciendo uso de los incentivos de la Ley N.º 20.257, de 2008, respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales. Los titulares de esos proyectos celebraron contratos y comprometieron venta de energía a otras empresas de mayor tamaño.

7. SÍNTESIS DE LAS NORMAS TRANSITORIAS EN MATERIA DE AGUAS

1.º Dado que en virtud del texto permanente de la propuesta los actuales titulares de derechos de aprovechamiento de aguas perderán su título actual, el cual será transmutado por una mera autorización temporal (no se especifica la temporalidad por la propuesta) y, además, dicha autorización será intransferible, se estimó necesario dictar algunas reglas transitorias. La propuesta no lo hace así respecto de todas las materias, como el caso de la regulación minera a la cual no dedica ninguna norma transitoria, salvo la situación de la empresa pública Codelco.

2.º En cuanto al uso y goce sobre el caudal de agua sobre el que recaen los derechos de aprovechamiento de aguas, cabe distinguir:

i) Respecto de la constitución y extinción, señalan las normas transitorias que se aplicarán las reglas actuales, mientras no se dicte la nueva legislación.

ii) Pero en cuanto a su ejercicio ya no podrán ser ejercidos los actuales derechos de aprovechamiento de aguas bajo las mismas reglas de ejercicio y cargas que prescribe el Código de Aguas, sino que serán objeto de “revisión y ajuste de los caudales a ser redistribuidos en cada cuenca” (art. 35T inc. 1.º). Este proceso de redistribución comenzará de inmediato, “con sentido de urgencia” (art. 36T inc. 1.º).

De ahí que no cabría afirmar que las normas transitorias de la propuesta mantengan “las mismas reglas actuales”, pues ellas establecen diversos efectos inmediatos respecto de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas.

3.º Si bien el art. 35T inc. 2.º letra a) señala que los actuales derechos de aprovechamiento de aguas (convertidos en autorizaciones de aguas por la propuesta) admiten cambios en su titularidad y la suscripción de actos jurídicos que impliquen que una persona distinta ejerza los derechos de uso y goce sobre el caudal de aguas, previa autorización de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad efectiva del recurso hídrico, ello implica severas dificultades respecto del caudal, el que podrá ser rebajado a discreción por la autoridad (Dirección General de Aguas), sin previa ley que regule esa atribución, sino como una especie de mandato directo de la Constitución.

4.º En general no existe un verdadero régimen transitorio en materia de aguas, sino más bien un régimen inmediato con algunos ajustes, quebrando la regla que la propuesta establece en general para las demás materias (ver art. 2T), mostrando una gran ansiedad regulatoria en el

tema. Existen importantes y radicales cambios inmediatos, lo que significará un golpe regulatorio en el sector, lo que sembrará incertezas que son difíciles de identificar y cuantificar, en cuanto al efecto expansivo de las mismas. Todo ello pues las aguas constituyen un insumo esencial para diversas actividades económicas.

5.º La propuesta establece una discriminación en favor de personas, asociaciones y comunidades indígenas, creando en su favor un status privilegiado para la utilización de aguas y para el registro "automático" de sus autorizaciones de aguas; en contraste con la precarización de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas del resto de los chilenos.

CONCLUSIONES

1.º La fallida propuesta establecía una verdadera *refundación* del régimen regulatorio de las aguas en Chile, sin tener en consideración la reforma al Código de Aguas, que comenzó a regir el 6 de abril de 2022 y que fue producto de un acuerdo transversal, luego de un extenso debate en el Congreso Nacional.

2.º Cabe hablar de *refundación*, pues la regulación que se contiene en la propuesta constituye una radical transformación, tanto respecto de la naturaleza jurídica de las aguas como de los títulos, y sus características, que se otorgarían para utilizarlas. Dicha refundación alcanza también a la institucionalidad y administración de las aguas.

3.º El agua, junto con otros recursos naturales, será parte constitutiva de un nuevo sujeto de derechos: la naturaleza. Ésta, como tal, gozará de garantías fundamentales constitucionalmente amparadas las que podrán ser reclamadas por cualquier persona y/o su representante legal: el defensor de la naturaleza. En ese sentido, cualquier actividad que se quiera hacer con el agua deberá supeditarse al ejercicio de los derechos de este nuevo sujeto de derechos.

4.º En cuanto a la naturaleza jurídica del agua, así como del título y características del derecho a utilizarlas, la transformación que se propone es completamente ajena a lo que ha sido la tradición y la regulación que históricamente ha regido en nuestro país. En efecto, se deja atrás la naturaleza jurídica del agua como bien nacional de uso público y se prescinde, en consecuencia, de la técnica administrativa de la concesión, propia de este tipo de bienes, para otorgar su uso a particulares. En su lugar se establece que son bienes comunes naturales constitutivos de la naturaleza, nuevo sujeto de derechos. Coherente con lo anterior, sólo cabe dar

autorizaciones modificables, revisables, revocables y temporales para la utilización del recurso.

5.º Sin duda, la transformación más grave es la transmutación y degradación de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas (que ya experimentaron modificaciones importantes con la reciente reforma del Código de Aguas) en meras autorizaciones de uso: las que –en contraste con los primeros– tienen como una de sus notas distintivas su precariedad, con la incertidumbre que ello genera.

6.º Estas autorizaciones serán intransferibles, lo que significa en Derecho que cualquier acto jurídico que se celebre a su respecto adolecerá de objeto ilícito y este acto será nulo absolutamente (art. 1682 Código Civil). Si bien en las normas transitorias se autoriza –por un plazo acotado de 3 años– cambiar la titularidad de las autorizaciones bajo ciertas condiciones (y previa anuencia de la Dirección General de Aguas) una vez vencido el plazo de vigencia de las reglas transitorias comenzará a regir el artículo permanente de la propuesta constitucional y las autorizaciones pasarán a ser totalmente intransferibles.

7.º Respecto de la institucionalidad, se crean nuevos organismos, siendo los principales la Agencia Nacional del Agua y los Consejos de Cuenca; el primero de los cuales pasaría a ser un *supra* organismo, en tanto que respecto de los segundos no hay claridad en cuanto a la forma y condiciones en que participarían en ellos las organizaciones de usuarios de aguas, no habiendo duda –en todo caso– en que ya no serían las juntas de vigilancia las encargadas de administrar las aguas en las fuentes naturales.

8.º La propuesta mandata al Estado a proteger las aguas en todos sus estados y fases y su ciclo hidrológico, por lo que no se tiene claridad si operará la desafectación del recurso una vez que es captado desde la fuente natural e introducido en obras de conducción y/o acumulación. Es necesario despejar lo anterior, puesto que de ello podría vislumbrarse el alcance de la acción de la Administración al interior de las organizaciones de usuarios de aguas en obras de aprovechamiento común; debiendo tenerse presente al respecto que sobre dichas obras se consagra una pre-sunción de dominio en favor de los titulares de los derechos de aprovechamiento en las aguas que las utilizan.

9.º Finalmente, la propuesta establece una ostensible discriminación respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas que se reconocen a los indígenas; creando en esta materia, titulares de primera y de segunda categoría (siendo los primeros personas, asociaciones y comunidades indígenas; y los segundos, todos quienes no tengan alguna de

esas condiciones). Es así como las personas, comunidades y asociaciones indígenas tendrán constitucionalmente garantizado el derecho "a sus recursos", se les exige de una serie de cargas públicas para ejercerlo y podrán participar de modo vinculante en la formulación del plan regional de manejo integrado de cuencas, pudiendo incluso vetarlo en caso de no dar su consentimiento.