

P.

puntos de referencia

CENTRO  
DE ESTUDIOS  
PÚBLICOS

EDICIÓN DIGITAL  
N° 616, AGOSTO 2022

POLÍTICA Y DERECHO

# Desafíos para la gestión del agua y la propuesta de nueva Constitución

JUAN JOSÉ DONOSO



# RESUMEN

- Chile es uno de los países que está siendo afectado de mayor manera por el cambio climático y particularmente desde el año 2010, la zona central del país ha experimentado un fenómeno denominado como “megasequía”.
- Bajo ese escenario, desde hace más de una década, se ha venido relevando la necesidad de introducir cambios a la gestión del agua y su gobernanza. En este contexto, la propuesta de nueva Constitución, entre otros temas, considera una nueva regulación e institucionalidad para el agua, generando un cambio profundo a la gestión del agua en el país.
- Por una parte, la propuesta constitucional tiene como elementos positivos el relevar a nivel país la gestión del agua como un tema prioritario. Primero, con propuestas innovadoras en la gobernanza, creando la Agencia Nacional del Agua como órgano autónomo y los Consejos de Cuenca para profundizar la participación y coordinación entre distintos actores de la cuenca. Segundo, con la incorporación de una mirada ambiental que atraviesa el régimen de garantías de acceso, de uso y la gobernanza, lo que es particularmente relevante en medio de la crisis climática y de pérdida de biodiversidad que enfrenta el país y el planeta.
- Por otro lado, la propuesta de nueva Constitución desecha, sin un objetivo claro, elementos positivos de nuestra institucionalidad actual, como lo es contar con una regulación que otorgue certeza jurídica para los usos productivos de las aguas y un marco razonable para la transferencia eficiente entre estos usos. La propuesta constitucional sobre el régimen de uso de las aguas corre el riesgo de precarizarlo con autorizaciones administrativas que sean discrecionalmente revocables, y de rigidizarlo al definir como intransferibles estas autorizaciones. Junto con eso, la gestión del agua que las Organizaciones de Usuarios de Agua (OUA) cotidianamente llevan a cabo es desconocida por la institucionalidad diseñada, traspasándole su administración a los Consejos de Cuenca, y lo hace con una gobernanza incierta respecto al rol que tendrán las entidades territoriales y cómo se coordinarán con los ya mencionados Consejos y la Agencia Nacional del Agua.
- A la luz de todos los antecedentes expuestos, en cualquiera de los caminos que defina la ciudadanía en el plebiscito del 4 de septiembre, es clave que se generen los mayores consensos posibles tanto en materia constitucional como de implementación legislativa. En caso de que gane el Apruebo, se deberá evaluar llevar adelante ciertas reformas a la Constitución, de manera de enfrentar especialmente las incertidumbres que generan elementos del régimen de uso, así como entrar en los detalles de la arquitectura legislativa que implicaría la aprobación del texto constitucional.
- En caso de ganar el Rechazo, se deberá trabajar de manera prioritaria en rescatar los elementos positivos sobre la gestión del agua presentes en la propuesta de nueva Constitución, así como otros disponibles, generando el mayor consenso posible para el nuevo proceso constitucional que ha sido comprometido transversalmente.

**JUAN JOSÉ DONOSO.** Centro de Estudios Públicos.

El autor agradece a Lucas Sierra, Eugenio García-Huidobro, Alejandro Correa y José Miguel Goycoolea por sus comentarios al texto.



## INTRODUCCIÓN

Chile es uno de los países que está siendo afectado de mayor manera por el cambio climático. En particular, el país cumple con siete de los nueve criterios de vulnerabilidad enunciados por la Convención Marco de la Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: posee áreas costeras de baja altura; zonas áridas y semiáridas; zonas de bosques; territorio proclive a desastres naturales; áreas propensas a sequía y desertificación; zonas urbanas con problemas de contaminación atmosférica y ecosistemas montañosos (Ministerio de Medio Ambiente - MMA 2017).

En línea con lo anterior, Chile está dentro de los 20 países con mayor estrés hídrico del planeta —el primero en Latinoamérica—, y para el año 2040 se pronostica que estará disputando los primeros lugares (*World Resources Institute* - WRI 2015; WRI 2019). La sequía que enfrenta el país se configura como una de las más graves de las que tengamos precedentes y la zona central del territorio nacional muestra déficits sostenidos en las precipitaciones durante los últimos doce años (Dirección Meteorológica de Chile 2022). Al 27 de julio de 2022 la Dirección General de Aguas (DGA) informó la existencia de 147 comunas con decretos de escasez hídrica del Ministerio de Obras Públicas —el 42,5% del total de comunas del país—, ubicadas entre las regiones de Coquimbo y Aysén.<sup>1</sup>

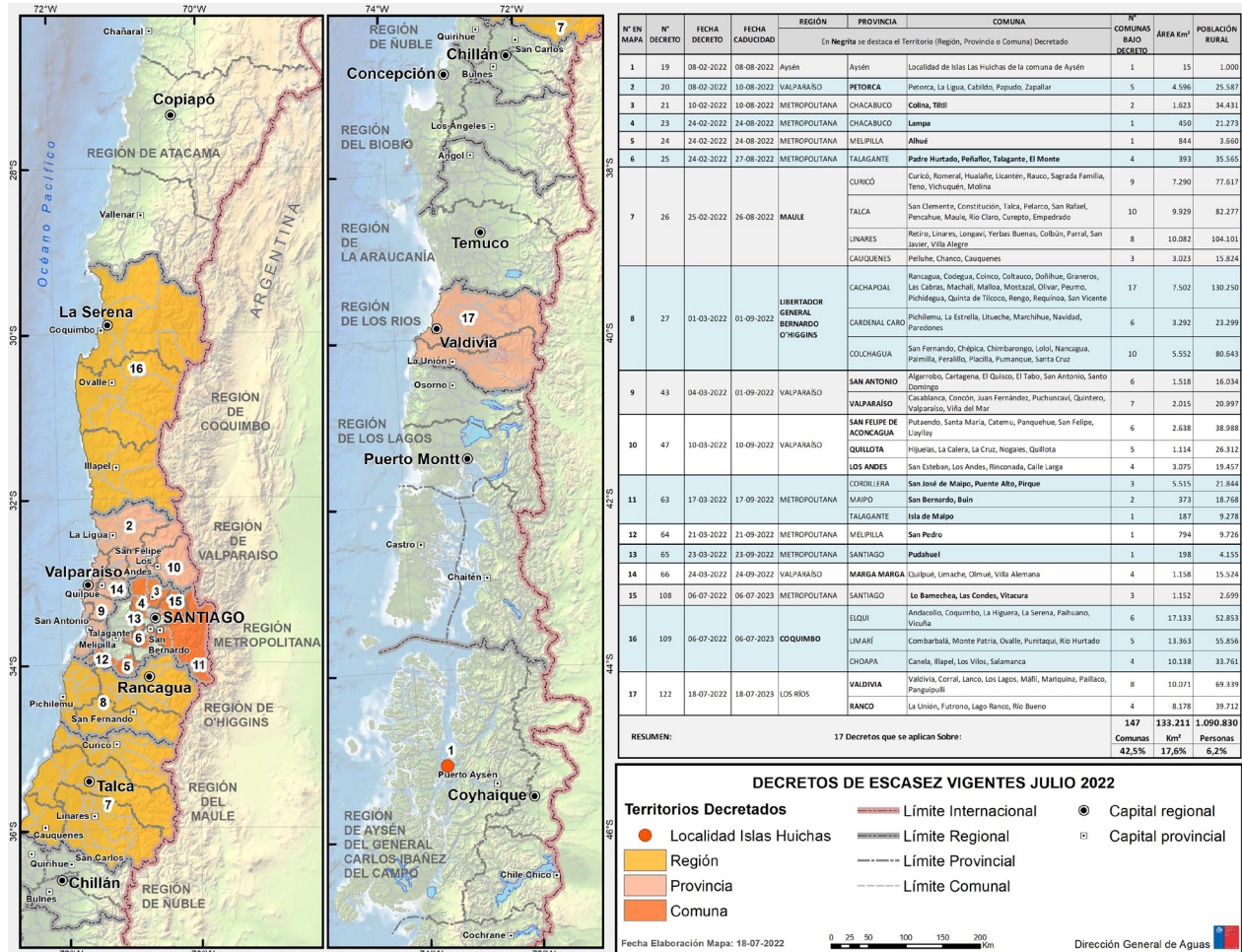
En particular, desde el año 2010 el territorio comprendido entre las regiones de Coquimbo y de La Araucanía ha experimentado un déficit de precipitaciones cercano al 30%. Esta pérdida de lluvias ha permanecido, desde entonces, en forma ininterrumpida y ocurre en la década más cálida de los últimos 100 años, fenómeno denominado como “megasequía”, y que no tiene análogos en el último milenio, de acuerdo con las reconstrucciones climáticas en base al crecimiento de anillos de árboles (Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia-CR2 2022).

**En línea con lo anterior, Chile está dentro de los 20 países con mayor estrés hídrico del planeta.**

Esta escasez hídrica no solo genera un impacto directo sobre el bienestar humano, sino que también sobre nuestros ecosistemas y biodiversidad, y, finalmente, sobre la economía del país. De hecho, algunas regiones del planeta podrían ver sus tasas de crecimiento disminuidas en hasta un 6% del Producto Interno Bruto (PIB) al año 2050 como resultado de los problemas relacionados con el agua (Banco Mundial 2016). Esto es particularmente sensible para Chile, donde el conjunto de bienes cuya producción y com-

<sup>1</sup> [https://dga.mop.gob.cl/DGADocumentos/Decretos\\_vigentes.jpg](https://dga.mop.gob.cl/DGADocumentos/Decretos_vigentes.jpg)

FIGURA 1. Comunas con decretos de escasez hídrica



petitividad en los mercados depende de una adecuada gestión hídrica alcanzan un valor de US\$58.000 millones, lo que representó el 83 % de las exportaciones nacionales del año 2019, convirtiéndose el agua en un elemento fundamental para la política exportadora nacional (Banco Mundial 2021).

Así, desde hace más de una década, se ha venido relevando la necesidad de introducir cambios a la gestión del agua y su gobernanza. A modo de ejemplo, el Banco Mundial en 2011 enfatizó la necesidad de, entre otras acciones, “mejorar la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas”, así como “integrar la gestión de cuencas y fomentar la participación de los grupos interesados” (Banco Mundial 2011). Luego, en 2013, el Banco Mundial recomendó implementar la gestión integrada de recursos hídricos —y en particular crear una Agencia Nacional del Agua, para otorgarle una mayor jerarquía a la gestión del agua, permitiendo mayor neutralidad, independencia y capacidad de ejecución (Banco Mundial 2013)—, lo que luego fue refrendado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en la evaluación de desempeño ambiental de 2016 (CEPAL y OCDE 2016).

Sin embargo, la clase política no fue capaz de traducir estas necesidades en reformas concretas y en plazos acordes a la urgencia del tema. El año 2011 se comenzó a tramitar la moción que finalmente se transformó, recién en abril de 2022 —11 años después—, en la Ley 21.435 que reforma el Código de Aguas (CA). Además, 8 años después de la propuesta institucional del Banco Mundial, se ingresó a trámite legislativo recién en junio de 2021 una tímida propuesta para crear una Subsecretaría de Recursos Hídricos en el Ministerio de Obras Públicas.

En este contexto, con fecha 4 de julio de 2022 la Convención Constitucional hizo entrega de la propuesta de nueva Constitución al presidente de la República, la que será votada por la ciudadanía en el plebiscito de salida del 4 de septiembre de 2022. La propuesta, entre otros temas, considera una nueva regulación e institucionalidad para el agua, generando un cambio profundo a la gestión del agua en el país. A la luz de todos los antecedentes expuestos, resulta particularmente relevante analizar objetivamente la propuesta constitucional en materia de agua, de manera de aportar a la discusión pública que vendrá, en cualquiera de los caminos que defina la ciudadanía en el plebiscito.

La propuesta, entre otros temas, considera una nueva regulación e institucionalidad para el agua, generando un cambio profundo a la gestión del agua en el país.

Para esto, primero se expone la propuesta constitucional en tres dimensiones diferentes: su régimen de garantías de acceso, el régimen de uso y su gobernanza, más las disposiciones transitorias. Luego se continúa con un análisis de la propuesta a la luz de la regulación actual. Por último, se derivan algunas conclusiones del análisis.



## PROPUESTA CONSTITUCIONAL

La regulación del agua en la propuesta de nueva Constitución involucra principalmente 3 capítulos: Derechos Fundamentales y Garantías (capítulo II); Naturaleza y Medioambiente (capítulo III); y Estado Regional y Organización Territorial (capítulo VI). Esta regulación se puede analizar en tres dimensiones diferentes: su régimen de garantías de acceso, el régimen de uso y su gobernanza, más las disposiciones transitorias.

## 2.1. Régimen de garantías de acceso

En el Capítulo II de Derechos Fundamentales y Garantías, en su artículo 57, la propuesta de nueva Constitución consagra el derecho humano al agua y al saneamiento, y se establece que este debe ser “suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible”. Por otra parte, el mismo artículo ya mencionado, establece una doble obligación para el Estado:

- Es su deber garantizar estos derechos para las actuales y futuras generaciones.
- Debe velar por la satisfacción de este derecho atendiendo las necesidades de las personas en sus distintos contextos.

Además, el artículo 140 del Capítulo III de Naturaleza y Medioambiente establece que el agua es esencial para la vida y el ejercicio de los derechos humanos y de la naturaleza, y que es deber del Estado proteger las aguas en todos sus estados, fases y ciclo hidrológico. En esa línea, el mismo artículo refuerza la regulación estableciendo una prioridad, ya que “siempre prevalecerá el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas”, y que la ley determinará los demás usos.

Es importante mencionar también, que la propuesta de nueva Constitución contempla dos órganos autónomos que tendrán un rol en el cumplimiento del régimen antes descrito:

- El artículo 148 establece la Defensoría de la Naturaleza, que tendrá como función, entre otras, la promoción y protección de los derechos de la naturaleza y de los derechos ambientales establecidos, fiscalizando a órganos del Estado y a las entidades privadas en el cumplimiento de estas materias.
- En el capítulo II de Derechos Fundamentales y Garantías, en su artículo 123, se crea la Defensoría del Pueblo, que tendrá como función, entre otras, la promoción y protección de los derechos humanos asegurados, fiscalizando a órganos del Estado y a las entidades privadas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública.

## 2.2. Régimen de uso

En el artículo 134 del Capítulo III de Naturaleza y Medio Ambiente se definen las aguas como bienes comunes naturales, esto es: 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. En particular, el número 3 del artículo mencionado establece un carácter de inapropiable para el agua en todos sus estados, lo que implica que el Estado deberá preservarla, conservarla, y en su caso, restaurarla. Además, deberá administrarla de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa (art. 134 número 4).

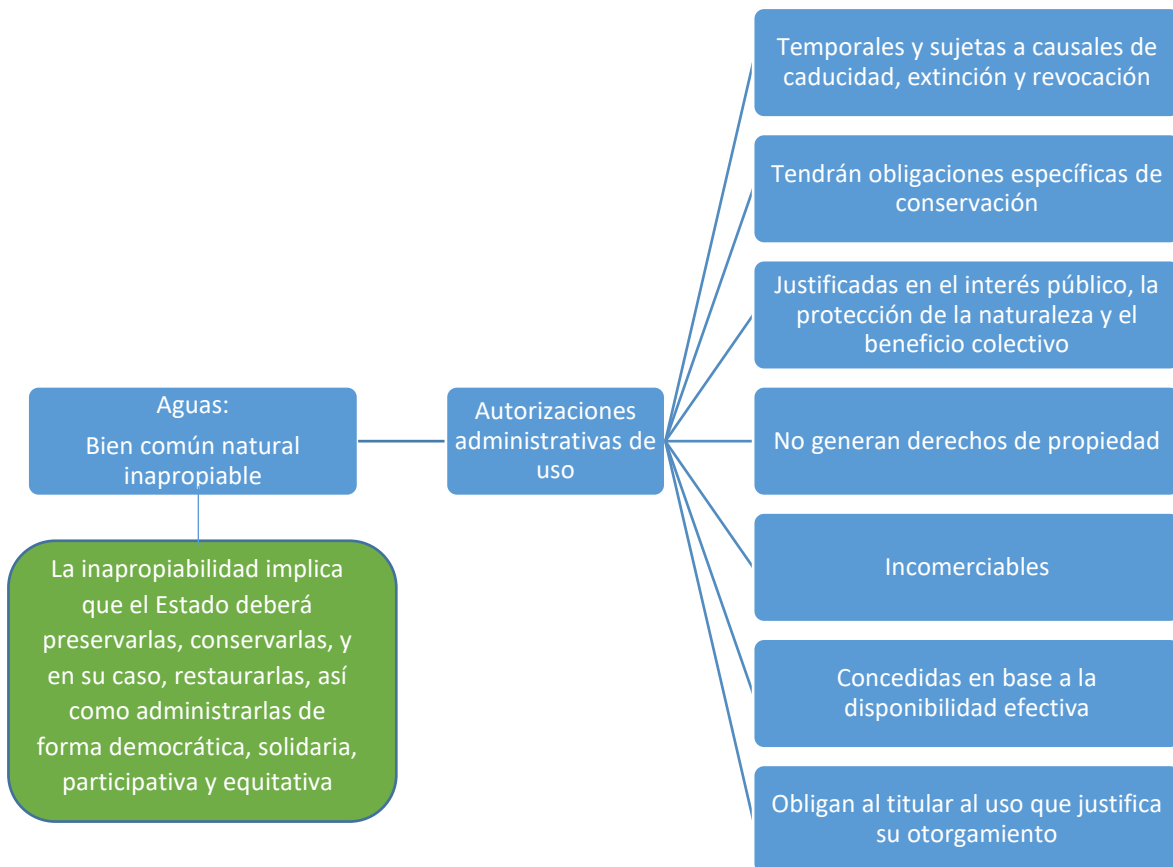
Luego, en el mismo artículo 134 número 5, se establece que el Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de ma-



nera 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. Además, se agrega que estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad.

En el artículo 142 se establece que el Estado velará por un uso razonable de las aguas, y que las mencionadas “autorizaciones de uso de agua” serán otorgadas con un carácter de intransferibles, concedidas basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas, y que obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento (ver figura 2).

FIGURA 2. Régimen de uso



### 2.3. Gobernanza

La propuesta de nueva Constitución establece en su Capítulo III de Naturaleza y Medioambiente, que el Estado deberá asegurar un sistema de gobernanza de las aguas participativo y descentralizado, a través del manejo integrado de cuencas, y donde estas serán la unidad mínima de gestión (art. 143). Además, al ser definidas las aguas como bienes naturales comunes inapropiables (art. 134 números 2

y 3), el texto constitucional establece que el Estado debe administrarlas de manera democrática, solidaria, participativa y equitativa (art. 134 número 4).

Para esto, se definen principalmente tres niveles institucionales: una Agencia Nacional del Agua como organismo autónomo del Estado a cargo, principalmente, de coordinar, dirigir y fiscalizar a los órganos del Estado con competencia hídrica; Consejos de Cuenca a cargo de la administración de las aguas; y las entidades territoriales (regiones autónomas, comunas autónomas, autonomías territoriales indígenas y territorios especiales), a las que el Estado podrá transferir aquellas competencias de titularidad estatal que por su propia naturaleza son susceptibles de transferencia.

### 2.3.1. Agencia Nacional del Agua

En el artículo 144 del Capítulo III de Naturaleza y Medio Ambiente, se crea una Agencia Nacional del Agua (ANA) como un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que funciona en forma desconcentrada (ver figura 3), y que tendrá como finalidad asegurar:

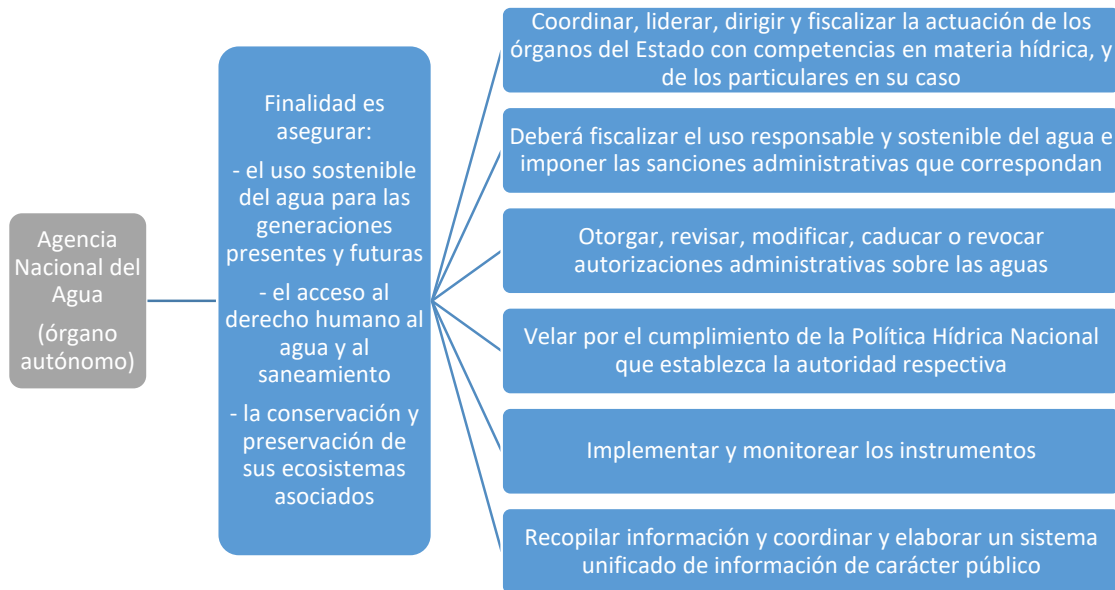
- el uso sostenible del agua para las generaciones presentes y futuras
- el acceso al derecho humano al agua y al saneamiento
- la conservación y preservación de sus ecosistemas asociados.

Las funciones que la propuesta de nueva Constitución define para la ANA son:

- coordinar, liderar, dirigir y fiscalizar la actuación de los órganos del Estado con competencias en materia hídrica, y de los particulares en su caso
- deberá fiscalizar el uso responsable y sostenible del agua e imponer las sanciones administrativas que correspondan
- otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar autorizaciones administrativas sobre las aguas
- velar por el cumplimiento de la Política Hídrica Nacional que establezca la autoridad respectiva
- implementar y monitorear los instrumentos de gestión y protección ambiental establecidos en ella
- recopilar información y coordinar y elaborar un sistema unificado de información de carácter público
- impulsar la constitución de los consejos de cuencas, a quienes prestará asistencia
- podrá determinar la calidad de los servicios sanitarios
- las demás que señale la ley.



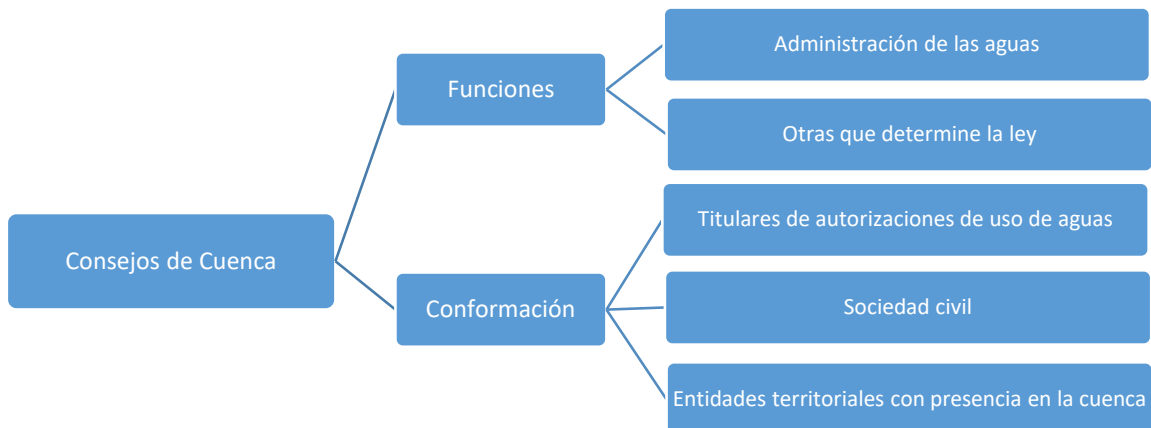
FIGURA 3. Agencia Nacional del Agua



### 2.3.2. Consejos de Cuenca

Respecto a la gestión a nivel de cuencas, la propuesta de nueva Constitución establece en el artículo 143 del Capítulo de Naturaleza y Medio Ambiente, que los Consejos de Cuenca serán los responsables de la administración de las aguas, sin perjuicio de la supervigilancia y demás atribuciones de la ANA y de las competencias asignadas a otras instituciones (ver figura 4). El mismo artículo 143 número 3 remite a una ley la regulación de las atribuciones, funcionamiento y composición de estos Consejos, pero establece como que estos deben integrarse, a lo menos, por los titulares de autorizaciones de uso de aguas, la sociedad civil y las entidades territoriales con presencia en la respectiva cuenca, velando que ningún actor pueda alcanzar el control por sí solo.

FIGURA 4. Consejos de Cuenca



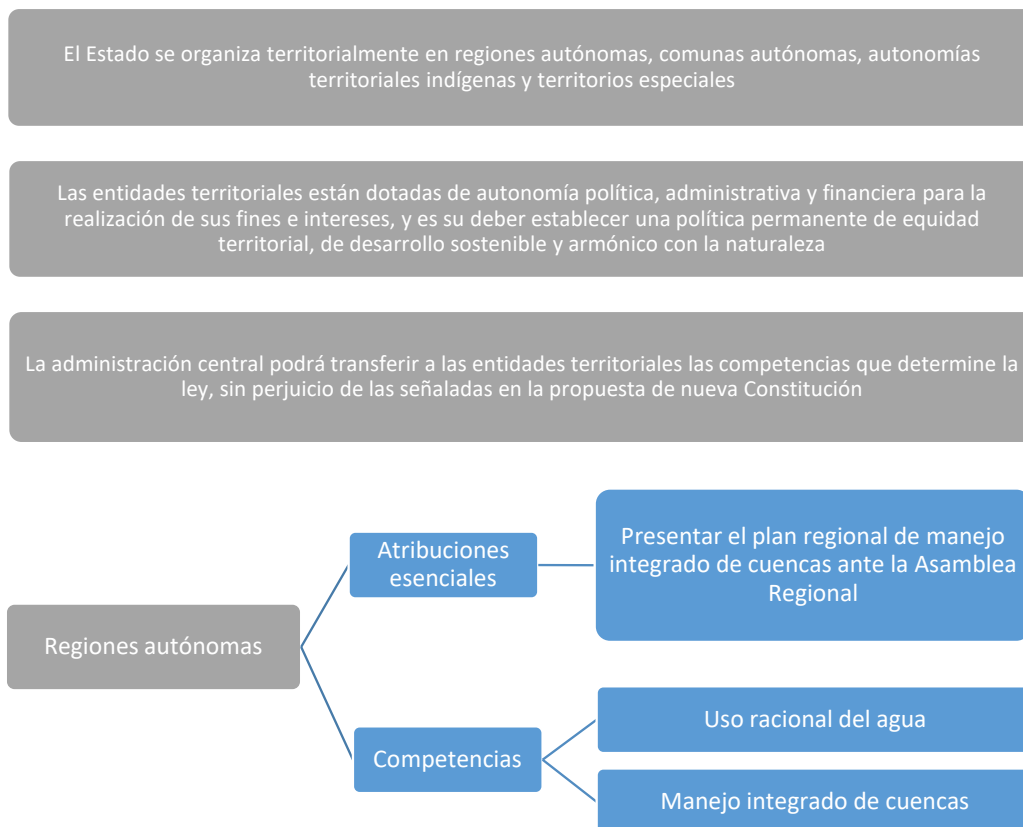
### 2.3.3. Entidades territoriales

La institucionalidad definida en la propuesta de nueva Constitución en el Capítulo VI sobre Estado Regional y Organización Territorial, contempla el rol de las entidades territoriales, entendidas estas como las entidades territoriales autónomas (regiones y comunas autónomas y autonomías territoriales indígenas) y los territorios especiales.

Respecto a estas entidades territoriales, el artículo 187 establece que están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses, y en su artículo 193 que es su deber establecer una política permanente de equidad territorial, de desarrollo sostenible y armónico con la naturaleza. En ese marco, el artículo 195 define que la administración central podrá transferir a las entidades territoriales las competencias que determine la ley, sin perjuicio de las señaladas en la propuesta de nueva Constitución.

Al respecto, se debe poner especial atención sobre las regiones autónomas: el artículo 220 establece que son competencias de ellas el uso racional del agua y el manejo integrado de cuencas. En particular, se establece que será atribución esencial del Gobierno Regional, órgano ejecutivo de la región autónoma, presentar el plan regional de manejo integrado de cuencas ante la Asamblea Regional, la que deberá zanjar su aprobación y posteriores modificaciones.

FIGURA 5. Entidades territoriales



## 2.4. Disposiciones transitorias

La propuesta de nueva Constitución establece tres disposiciones transitorias que regulan la gradualidad y el paso desde un sistema al otro, además de agregar nuevas tareas.

### 2.4.1. 34ª disposición transitoria

Esta disposición transitoria establece un plazo de doce meses para que el presidente de la República envíe un proyecto de ley que regule:

- La creación de la ANA.
- La adecuación normativa relativa a las autorizaciones de uso de aguas.
- La creación, composición y funcionamiento de los consejos de cuenca, y la adecuación de estatutos y participación de las organizaciones de usuarios de agua en dicha instancia.

La norma establece, además, un plazo de 2 años para que se dicte la ley, de lo contrario el Poder Legislativo tramitará el proyecto de ley según las reglas de discusión inmediata vigentes al cumplimiento de dicho plazo.

### 2.4.2. 35ª disposición transitoria

Establece que todos los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución se considerarán autorizaciones de uso de agua, y regula una serie de materias en la transición como, por ejemplo, los cambios de titularidad, la vigencia de los gravámenes y la transmisibilidad por causa de muerte.

### 2.4.3. 36ª disposición transitoria

Mandata a la DGA o la ANA según corresponda, a realizar un proceso de redistribución de caudales de las cuencas para garantizar los usos prioritarios reconocidos en la Constitución. El primer proceso regional deberá iniciarse en un plazo de seis meses, y comprenderá la elaboración de informes de diagnóstico y evaluación.



## ANÁLISIS

### 3.1. Régimen de garantías de acceso

Hoy el CA, recientemente reformado en abril de 2022 a través de la Ley N° 21.435, establece que:

- El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado (artículo 5).
- Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento (artículo 5 bis).

De esta manera, el CA ya reconoce este derecho humano y la prelación del consumo humano y saneamiento, y la nueva Constitución propone elevarlo al rango constitucional, fortaleciéndolo. Además, es una innovación valiosa la incorporación ambiental al ejercicio del derecho a través del “equilibrio de los ecosistemas”, ya que, particularmente en un escenario de estrechez hídrica, es relevante elevar la prioridad de la conservación de los ecosistemas y del ciclo hidrológico, asegurando que existan las condiciones necesarias para la viabilidad de estos. De todas maneras, supone un desafío el cómo se gestionará la prioridad cuando entren en colisión el derecho humano al agua y saneamiento y el “equilibrio de los ecosistemas”.

(...) el Código de Aguas ya reconoce este derecho humano y la prelación del consumo humano y saneamiento, y la nueva Constitución propone elevarlo a rango constitucional, fortaleciéndolo.

Para analizar integralmente el desafío que implica la incorporación del “equilibrio de los ecosistemas” se debe vincular con el establecimiento de los derechos de la naturaleza y la regulación del agua como bien común natural, que le otorgan un refuerzo adicional, complejizando la ponderación que se deberá realizar cuando estos conceptos entren en colisión. En particular considerando la existencia de dos órganos nuevos: primero, la Defensoría de la Naturaleza, que tendría como principal función fiscalizar a los órganos públicos y privados para el debido cumplimiento de los derechos de la naturaleza, y ejercer la acción de tutela de tales derechos; segundo, la Defensoría del Pueblo, que tendrá como función

primordial la promoción y protección de los derechos humanos asegurados, fiscalizando a órganos del Estado y a las entidades privadas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública.

### 3.2. Régimen de uso

Actualmente el CA define las aguas, en cualquiera de sus estados, como bienes nacionales de uso público (artículo 5), y en consecuencia “su dominio y uso pertenece a todos los habitantes del país”. Además, en función del interés público, se constituirán DAA, los que pueden ser limitados en su ejercicio. El CA establece que se entenderán comprendidas bajo el interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas.


El mismo CA en su artículo 5 bis establece que siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los DAA. Y, definiendo las distintas funciones que cumplen las aguas, principalmente subsistencia, preservación ecosistémica y usos productivos, se establece que la autoridad deberá siempre velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas.

Luego, en el artículo 6 el CA establece que el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas, y consiste en el uso y goce de ellas. Este DAA se origina en virtud de una concesión, con una temporalidad de 30 años prorrogables, sujeto a la posibilidad de que fundadamente se otorgue un plazo menor, y afecto a caducidad y extinción (artículo 6 bis). De todas maneras, esta definición de temporalidad aplica solo para los DAA nuevos, no afectando a los DAA ya otorgados, en las condiciones establecidas en el artículo primero transitorio de la reforma al CA.

**Por último, los DAA son comerciables y permiten cambios de uso bajo ciertas restricciones, y generan derecho de propiedad establecida en la actual Constitución, en su artículo 19 N°24: “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.**

Por último, los DAA son comerciables y permiten cambios de uso bajo ciertas restricciones, y generan derecho de propiedad establecida en la actual Constitución, en su artículo 19 N°24: “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

De esta manera, estableciendo caducidad y extinción para los DAA, la reforma al CA contenida en la Ley N° 21.345 —luego de 11 años de tramitación y un extenso debate donde participaron todos los actores involucrados—, avanzó en forma importante en transformar el régimen de uso que existía, en línea con algunos elementos de la propuesta de nueva Constitución. Durante la larga tramitación legislativa, se discutió extensamente acerca del balance entre estas nuevas herramientas (junto con la caducidad y extinción se incorporan una serie de atribuciones que fortalecen la gestión de la DGA tanto desde el punto de vista del consumo humano y saneamiento, como en lo ambiental), y la necesidad de mantener un régimen que otorgue certezas para un desarrollo productivo equilibrado. En esa línea, la reforma al CA mantuvo elementos positivos del régimen de uso, que han sido destacados por distintos organismos como el Banco Mundial (2011): contar con una regulación que otorgue certeza jurídica para los usos productivos de las aguas, y un marco razonable para la transferencia eficiente entre estos usos.



El régimen de uso debe buscar un equilibrio entre otorgar certeza jurídica a los usuarios y generar herramientas a la autoridad para hacer frente a un escenario voluble producto del cambio climático y la sequía en particular.

En ese contexto, existen dos elementos contenidos en la propuesta de nueva Constitución sobre los que poner especial atención:

- El régimen de uso debe buscar un equilibrio entre otorgar certeza jurídica a los usuarios y generar herramientas a la autoridad para hacer frente a un escenario voluble producto del cambio climático y la sequía en particular. En ese sentido, el modelo propuesto en la nueva Constitución corre el riesgo de desbalancear ese equilibrio y precarizarse, en la medida que las autorizaciones administrativas no generan la misma certeza que otros mecanismos, como las concesiones, y a que, potencialmente, en su regulación en la ley sean discrecionalmente revocables y no generen incentivos para hacer inversiones de mediano y largo plazo.
- Por otra parte, definir como intransferibles estas autorizaciones genera el riesgo de rigidizar completamente la reasignación de agua entre usos productivos —lo que hoy permite una mejor asignación de un bien muy escaso—, sin que se vislumbre un objetivo para esta medida. De esta forma, en vez de perfeccionar el marco regulatorio transaccional actual, esta norma restringe la reasignación, o en su defecto, obligará a requerir al organismo administrador del agua, lo que puede generar problemas importantes de mayor burocracia, pérdida de eficiencia económica y el riesgo de arbitrariedad y corrupción.

Al respecto, y aun considerando las diferencias que existen entre ambos países, el ejemplo de Australia puede ayudar a iluminar esta discusión. Como se aprecia en Dardati (2021), Australia —que tiene una larga tradición con DAA privados—, puso el foco en mejorar la gestión hídrica para lograr satisfacer la creciente demanda asegurando, a su vez, la sustentabilidad a largo plazo del recurso. Un elemento clave de las reformas llevadas adelante en ese país fue mejorar el diseño y la regulación de estos derechos, junto con crear un sistema que permitió agilizar las transacciones y a su vez regular las externalidades ambientales.

### 3.3. Gobernanza

Según la *Global Water Partnership* (GWP 2003) la gobernanza del agua es el conjunto de sistemas políticos, sociales, económicos y administrativos establecidos para desarrollar y gestionar de manera sustentable los recursos hídricos y proveer servicios e insumos de agua a los diferentes niveles de la sociedad y para las diferentes actividades económicas. Así, la gobernanza da cuenta del proceso de toma de decisiones en torno a la gestión de los recursos hídricos, por lo que es un tema multidimensional, donde están involucrados diversos actores y que se ejerce en distintos niveles.

Dadas las múltiples aristas que el concepto involucra, el presente análisis busca relevar ciertos elementos prioritarios del diseño de gobernanza establecido en la propuesta de nueva Constitución. En términos gruesos, son dos los principales actores en la gestión del agua en Chile:

- la DGA, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, como órgano centralizado de la administración del Estado, que tiene a su cargo, entre otras funciones, planificar, investigar, medir y fiscalizar el recurso, así como otorgar los DAA a los particulares
- las OUA, como órganos descentralizados, que incluyen Asociaciones de Canalistas, Comunidades de Agua y Juntas de Vigilancia. Están conformadas por los titulares de derechos de aprovechamiento, y tienen por función principal administrar y distribuir en terreno las aguas a que tienen derecho sus usuarios.

Algunos de los principales estudios que han desarrollado propuestas de gobernanza (Banco Mundial 2013; Escenarios Hídricos 2030 2021) tienen acuerdo en que las deficiencias más relevantes de la institucionalidad actual son:

- a) Falta de consolidación e integración de la información generada por las instituciones involucradas en la gestión del agua;
- b) Inadecuada delimitación y coordinación de funciones entre los organismos que intervienen en la gestión de las aguas;
- c) Ausencia de una autoridad política superior que coordine las funciones e instituciones del Estado en relación con el agua;
- d) Falta de coordinación de los actores responsables de la gestión del agua a nivel local, en una misma unidad geográfica.



A la luz de estos antecedentes, destacan los siguientes elementos sobre la institucionalidad establecida en la propuesta de nueva Constitución:

- Es un elemento positivo la creación de la ANA, como órgano autónomo y con atribuciones amplias. Esta institución fue recomendada por el Banco Mundial en su estudio de 2013 (Banco Mundial 2013), considerando en ese entonces una transición gradual hasta su implementación. La creación de la ANA:
  - da una mayor jerarquía al tema del agua, al darle mayor rango político no dependiendo de un ministerio en particular
  - otorga mayor neutralidad e independencia, ya que al ser un órgano autónomo le entrega un mayor grado de libertad política y le permite desarrollar políticas públicas de largo plazo con más facilidad, limitándose la influencia de los diversos sectores vinculados al agua (por ejemplo, medioambiente, energía, agricultura, industria, entre otros). Todos estos elementos deben ser especialmente cuidados, en la potencial implementación legal de la ANA. Por su parte, no parece correcto que una de las principales tareas asignadas a la ANA (artículo 144 número 1) sea coordinar y liderar a la vez que fiscalizar a los órganos del Estado con competencia en materia hídrica.
- Por otra parte, la creación de los Consejos de Cuenca también fue una recomendación del Banco Mundial (2013), bajo el nombre de Consejos de Recursos Hídricos, y es parte de otras recomendaciones de gobernanza para el agua, como la realizada por Escenarios Hídricos 2030 (2021), llevada a cabo con un amplio proceso participativo de múltiples actores vinculados a la gestión hídrica. Los distintos estudios han identificado la necesidad de cubrir la brecha que existe en la gestión a nivel de cuenca con instrumentos flexibles y prácticos de coordinación entre distintos actores de la cuenca, junto con potenciar su participación. Lo que aparece como algo positivo, queda en duda ante la tarea que asigna la propuesta de nueva Constitución a los Consejos de Cuenca: la administración de las aguas. Esa tarea no está considerada en las propuestas de gobernanza antes mencionadas: en particular, Escenarios Hídricos 2030 muestra que la evidencia internacional asigna normalmente a los organismos de cuenca —que existen en todos los países de la OCDE salvo en Chile— tareas de supervigilancia y de protección de fuentes naturales y recursos asociados, mientras que la administración del agua recae en los usuarios. Por último, queda la duda respecto a la coherencia de definir las aguas como bienes comunes naturales inapropiables, a cargo de la administración del Estado, y luego establecer la función de administración de las aguas en estos consejos, que en principio no son parte del Estado.
- Otro tema que genera dudas es el rol de las OUA en la institucionalidad propuesta por la nueva Constitución, ya que no existen referencias directas a ellas: la función de administración de las aguas en cauces naturales corresponde actualmente a una de las OUA, las Juntas de Vigilancia (artículo 266 del CA), tarea que la propuesta de nueva Constitución asigna a los Consejos de Cuenca. En este punto existe un evidente conflicto de competencias entre el rol que desempe-

ñan hoy las Juntas de Vigilancia y la que se espera lleven adelante los Consejos de Cuenca, y potencialmente con las regiones autónomas en la medida que esa tarea pudiese ser transferida. Las mayores dudas tienen que ver con las capacidades que tendrían los Consejos de Cuenca, y el costo de llevar adelante esta tarea, que hoy es realizada por las OUA a cargo, sin que implique un costo para el Estado.

### 3.4. Disposiciones transitorias

Teniendo como antecedente los 11 años que demoró la tramitación de la última reforma al CA que se transformó en la Ley N° 21.345, la que no consideró temas institucionales de la envergadura de la creación de la ANA así como de los Consejos de Cuenca, sin duda que los plazos comprometidos en la 34ª disposición transitoria parecen ambiciosos, aunque en línea con la urgencia que el tema requiere, y es esperable que generen un fuerte incentivo a que los distintos sectores políticos y actores vinculados al tema lleguen a acuerdos.

Respecto a la 35ª disposición transitoria, restando por definirse el detalle del proceso de transición que ha sido mandatado vía ley por la 34ª disposición transitoria, esta regla corre el riesgo de generar un gran impacto sobre todos los actuales tenedores de DAA, muchos de ellos pequeños y medianos agricultores, al no ser sujetos de indemnización y reduciendo el valor de las garantías que respaldan sus créditos. Además, se abre una dimensión internacional, por las garantías que potencialmente se activarían por los tratados de inversión, en el caso de actores extranjeros presentes en Chile.

Por último, la 36ª disposición transitoria mandata a la DGA o a la ANA, según sea el caso, a llevar adelante un proceso de alta complejidad, que requiere un nivel de información de detalle para toda la cuenca, en solo seis meses, y sin que se establezca un marco claro y que otorgue certeza de cómo se llevará adelante.

## IV.

### CONCLUSIONES

Chile es uno de los países que está siendo afectado de mayor manera por el cambio climático y, particularmente desde el año 2010, la zona central del país ha experimentado un fenómeno denominado como “megasequía”.

Bajo ese escenario, desde hace más de una década que se ha venido relevando la necesidad de introducir cambios a la gestión del agua y su gobernanza. Pero la clase política no fue capaz de traducir estas necesidades en reformas concretas y en plazos acordes a la urgencia del tema: recién en abril de 2022

se oficializó la Ley N° 21.435 que reforma el CA (11 años después de iniciado su trámite), y a la fecha no ha habido cambios de relevancia en la institucionalidad de gestión del agua.

En este contexto, la propuesta de nueva Constitución, entre otros temas, considera una nueva regulación e institucionalidad para el agua, generando un cambio profundo a la gestión del agua en el país.

Por una parte, la propuesta constitucional tiene como elementos positivos el relevar a nivel país la gestión del agua como un tema prioritario. Primero, con propuestas innovadoras en la gobernanza, creando la ANA como órgano autónomo, y los Consejos de Cuenca para profundizar la participación y coordinación entre distintos actores de la cuenca. Segundo, con la incorporación de una mirada ambiental que atraviesa el régimen de garantías de acceso, de uso y la gobernanza, lo que es particularmente relevante en medio de la crisis climática y de pérdida de biodiversidad que enfrenta el país y el planeta.

**En este contexto, la propuesta de nueva Constitución, entre otros temas, considera una nueva regulación e institucionalidad para el agua, generando un cambio profundo a la gestión del agua en el país.**

Por otro lado, la propuesta de nueva Constitución desecha, sin un objetivo claro, elementos positivos de nuestra institucionalidad actual, como lo es contar con una regulación que otorgue certeza jurídica para los usos productivos de las aguas, y un marco razonable para la transferencia eficiente entre estos usos. La propuesta constitucional sobre el régimen de uso de las aguas, corre el riesgo de precarizarlo con autorizaciones administrativas que sean discrecionalmente revocables, y de rigidizarlo al definir como intransferibles estas autorizaciones. Junto con eso, la gestión del agua que las OUA cotidianamente llevan a cabo es desconocida por la institucionalidad diseñada, traspasándole su administración a los Consejos de Cuenca, y con una gobernanza incierta respecto al rol que tendrán las entidades territoriales y cómo se coordinarán con los ya mencionados Consejos y la ANA.

A la luz de todos los antecedentes expuestos, en cualquiera de los caminos que defina la ciudadanía en el plebiscito del 4 de septiembre, es clave que se generen los mayores consensos posibles tanto en materia constitucional como de implementación legislativa. En caso de que gane el Apruebo, se deberá evaluar llevar adelante ciertas reformas a la Constitución, de manera de enfrentar especialmente las incertidumbres que generan elementos del régimen de uso, así como entrar en los detalles de la arquitectura legislativa que implicaría la aprobación del texto constitucional.

En caso de ganar el Rechazo, se deberá trabajar de manera prioritaria en rescatar los elementos positivos sobre la gestión del agua presentes en la propuesta de nueva Constitución, así como otros

disponibles, generando el mayor consenso posible para el nuevo proceso constitucional que ha sido comprometido transversalmente.

Es urgente adecuar nuestra institucionalidad y régimen de uso del agua a las condiciones y necesidades actuales, en un contexto de megasequía, crisis climática y pérdida de biodiversidad. Pero esto requiere construir sobre sus elementos positivos presentes tanto en la institucionalidad y legislación actuales, así como en la propuesta de nueva Constitución, y en especial, aunar las voluntades de los múltiples actores involucrados, porque el tamaño del desafío hace inviable enfrentarlo en un contexto de conflictividad creciente.

## Referencias

- Banco Mundial.** 2011. *Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/452181468216298391/pdf/633920ESW0SPAN0le0GRH0final0DR0REV-0doc.pdf>
- Banco Mundial.** 2013. *Chile: Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*. Unidad de Ambiente y Aguas, Departamento de Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/728921592935741966/pdf/Chile-Institutional-Framework-of-Water-Sector.pdf>
- Banco Mundial.** 2016. *High and dry, climate change, water and the economy. Water Global Practice*. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/862571468196731247/pdf/105130-REVISED-K8517.pdf>
- Banco Mundial.** 2021. *El Agua en Chile: Elemento de Desarrollo y Resiliencia*. Banco Mundial, Washington, DC. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/857121632811878667/pdf/El-Agua-en-Chile-Elemento-de-Desarrollo-y-Resiliencia.pdf>
- CEPAL y OCDE.** 2016. *Evaluaciones del desempeño Ambiental Chile 2016*. Santiago. Disponible: <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/40308>
- Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia-CR2.** 2022. *La megasequía 2010-2019: una lección para el futuro*. Disponible en: <https://www.cr2.cl/megasequia/#1513261126854-28c44789-8f2b>
- Dardati, E.** 2021. *La gestión hídrica en Australia e Israel: dos modelos, un solo fin*. Puntos de Referencia 587, Centro de Estudios Públicos. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/puntos-de-referencia/puntos-de-referencia-2010-2021/puntos-de-referencia-2020/la-gestion-hidrica-en-australia-e-israel-dos-modelos-un-solo-fin>
- Dirección Meteorológica de Chile.** 2022. *Precipitación histórica de la Estación Quinta Normal*. Disponible en <https://climatologia.meteochile.gob.cl/application/historico/aguaCaidaHistoricaMensual/330020>

**Escenarios Hídricos 2030. 2021.** *Gobernanza desde las Cuencas: Institucionalidad para la Seguridad Hídrica en Chile.* Santiago: Fundación Chile. Disponible en: <https://escenarioshidricos.cl/wp-content/uploads/2022/04/GOBERNANZA-CUENCAS-20-4-22-web-1-1.pdf>

**Global Water Partnership - GWP. 2003.** *Effective water governance.* TEC Background Papers N°7. Global Water Partnership, Sweden. Disponible: <https://www.gwp.org/globalassets/global/toolbox/publications/background-papers/07-effective-water-governance-2003-english.pdf>

**Ministerio de Medio Ambiente - MMA. 2017.** *Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022.* Disponible en: [https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/plan\\_nacional\\_climatico\\_2017\\_2.pdf](https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/plan_nacional_climatico_2017_2.pdf)

**World Resources Institute - WRI. 2015.**

**World Resources Institute - WRI. 2019.** *17 Countries, Home to One-Quarter of the World's Population, Face Extremely High Water Stress.* Disponible en: <https://www.wri.org/insights/17-countries-home-one-quarter-worlds-population-face-extremely-highwater-stress>



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP.

Director: Leonidas Montes L.

Editor: Lucas Sierra I.

Diagramación: Pedro Sepúlveda V.

[VER EDICIONES ANTERIORES](#)

