

# Las aguas en las constituciones chilenas: Historia, actualidad y prospectiva<sup>1</sup>

The waters in the chilean constitutions: history, current and prospective

Alejandro Vergara Blanco<sup>2,3</sup>

En la primera parte de este ensayo expone el autor la regulación de las aguas en la Constitución histórica de 1925, reformada en 1967 y su desarrollo legislativo en que se declara que los títulos de aguas de los particulares tienen la naturaleza jurídica de un derecho real administrativo, lo que luego desaparecerá de la legislación; también revisa el autor la protección de esos títulos a través de la garantía de la propiedad en la vigente Constitución de 1980. En la segunda parte, de tono prospectivo, el autor sintetiza los valores propios de toda Constitución y los conecta con los valores relativos al agua, y enumera aquellos que eventualmente podrá contener la nueva Constitución que se redacta en la actualidad.

**Palabras clave:** Aguas (como valor constitucional), Constituciones chilenas, Agua y Constitución (historia y

In the first part of this essay the author exposes the regulation of water in the historical Constitution of 1925, reformed in 1967 and its legislative development in which it is declared that the water titles of individuals have the legal nature of a real administrative law, which will later disappear from the legislation; The author also reviews the protection of these titles through the guarantee of property in the current Constitution of 1980. In the second part, with a prospective tone, the author synthesizes the values of any Constitution and connects them with the values related to the water, and lists those that may eventually contain the new Constitution that is currently being drafted.

**Keywords:** Waters (as a constitutional value), Chilean Constitutions, Water and Constitution (history and pres-

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Este ensayo fue presentado a las *XVII Jornadas de Derecho Administrativo*, organizadas por la Universidad de la Serena, realizadas de manera remota en noviembre de 2021, y será también publicado en las *Actas* respectivas.

<sup>2</sup> Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile.

<sup>3</sup> Artículo recibido el 27 de diciembre de 2021 y aceptado el 15 de marzo de 2022.

actualidad), Constitución chilena de 1925 (modificación de 1967), Constitución de 1980 (aguas).

ent), Chilean Constitution of 1925 (modification of 1967), Constitution of 1980 (waters).

## Introducción: Aguas y Derecho administrativo

El derecho administrativo general es la disciplina matriz del derecho de aguas; de ahí que toda la regulación de las aguas está plagada de técnicas administrativas: desde la primigenia declaración de las aguas como *bienes públicos*, pasando por la utilización de la técnica de la *concesión* de aguas, hasta el reparto competencial en *órganos administrativos* o de base privada para la ordenación o distribución de las aguas. En esos tres ejemplos comparcen tres instituciones y técnicas de derecho administrativo que se especifican en materia de aguas: las aguas como bienes públicos; la concesión de aguas y los órganos administrativos con competencia en materia de aguas. Estas tres técnicas e instituciones pueden estar reguladas no solo en las leyes sino también en las constituciones.

En este escrito intento vincular el tema de las aguas con la Constitución. Ambos temas, por sí mismos, son muy amplios; pero su vinculación reduce algo la mirada y permite ofrecer antecedentes más concretos, que acaso puedan ser de utilidad para pensar ambos elementos en conjunto. Por una parte, una nueva Constitución está en proceso de redacción en nuestro país; y, por otra, las aguas, elemento esencial que permite la vida y prácticamente todas las actividades productivas al interior de la sociedad. El resultado es entonces, lo que podemos llamar *la Constitución de las aguas*.

## Aguas y Constitución: ayer, hoy y mañana

i) *El mañana*. Hoy, en que ya está claro que nos aprestamos a la redacción de una nueva Constitución, cabe preguntarse cuál será el lugar de las aguas en ese nuevo texto. Esa es una perspectiva legítima para cualquier ciudadano y en especial para alguien ilustrado o conocedor de la materia de aguas. Por lo tanto, cabe realizar ese análisis de cuáles son las regulaciones o enunciados de aguas que debiese albergar la nueva Constitución, sobre lo cual me pronuncio más adelante, al final de mi exposición, esa perspectiva es la del mañana. Antes cabe observar el pasado y el presente.

ii) *El pasado*. En efecto, para iluminar ese mañana, y comprender mejor el presente, cabe observar la conexión de las aguas con la Constitución desde una perspectiva histórica; esto es, antes del derecho hoy vigente, y eso significa observar lo que pudo haber ocurrido en nuestras fuentes históricas, anteriores a los años setenta y ochenta del siglo recién pasado. Lo que intentaré responder será lo siguiente: ¿Estuvieron presente las aguas en los textos constitucionales anteriores? Ya sea explícita o implícitamente.

iii) *El presente*. En fin, para iluminar también ese mañana, cabe mirar el presente, en un sentido amplio, revisando las fuentes hoy vigentes y cómo se

han infiltrado las aguas por los entresijos de los enunciados constitucionales, desde 1976 hasta la fecha. Esta presencia de las aguas en la Constitución vigente, dato que todos conocemos, es bien escueta y acotada, pero importante. Esa presencia formal en el texto de la Constitución desde 1980, está acompañada de la praxis de la jurisprudencia constitucional.

De ahí que, ahora en orden cronológico, ofreceré algunos elementos de reflexión sobre las aguas en la Constitución, desde una triple perspectiva: primero, histórica; luego, de la praxis del derecho vigente y de su adjudicación jurisprudencial; y tercero, de lo que podría ser el mañana, esto es, de los posibles enunciados normativos que sobre las aguas pueda llegar a albergar una nueva Constitución.

## Primera parte: perspectivas histórica y actual

¿Cuál ha sido la historia constitucional chilena en torno a las aguas? Como reviso en seguida, nada dicen las constituciones históricas, hasta 1967, en que a propósito de la Reforma Agraria se incluyeron las aguas, pensando en aquellas que se usan para el riego. En una época en que el pulso de la sociedad tenía un signo cercano a la estatalización de las aguas. ¿Cuál es la regulación de las aguas en la Constitución actual? En la Constitución de 1980, precedida con un texto de 1976, reaparecen las aguas, pero ahora con un signo distinto: dirigido a proteger los derechos de los particulares respecto de las aguas. Analizo ambas regulaciones en ese mismo orden.

### I. Las aguas en la Constitución: perspectiva histórica (de 1967 a 1976)

Pareciera que la vez primera que las aguas se infiltraron en algún texto constitucional chileno fue a propósito de la reforma agraria realizada en 1967. Esto produciría hondas huellas en la historia normativa de la materia y en el imaginario jurídico popular. En efecto, la Ley N° 16.615, de 20 de enero de 1967, modificó el artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925, relativo al derecho de propiedad, con ocasión de la reforma agraria y dispuso que la ley podría reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas y autorizó a expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que fueren de propiedad particular. Escuchemos hablar esa ley, en lo pertinente:

*Artículo único.* Modifícase, en la forma que a continuación se indica, la Constitución Política del Estado de 25 de mayo de 1833, cuyo texto definitivo fue fijado por resolución de 18 de septiembre de 1925, y modificado por las leyes N°s 7.727, de 23 de noviembre de 1943, 12.548, de 30 de septiembre de 1957, 13.296, de 2 de mayo de 1959 y 15.295, de 8 de octubre de 1963:

“Sustituyese el N° 10 por el siguiente:

10. El derecho de propiedad en sus diversas especies. (...)

La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y solo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción (...).

Con posterioridad a esta norma constitucional se dictó la Ley N° 16.640, de 28 de julio de 1967, que en sus arts. 94 a 130 estableció en un Título especial, el nuevo régimen de aguas, en consonancia con la modificación constitucional anterior. Entre los aspectos que cabe resaltar puedo señalar dos que tendrían mucha significación posterior, y que dicen relación: i) con la naturaleza jurídica de las aguas, por una parte, y ii) con la naturaleza jurídica de los derechos de los particulares para su uso, por otra. Veamos.

1) En cuanto a la naturaleza de las aguas (esto es, el vínculo "estatal" o "público" de las aguas), dispuso el art. 94 de la Ley N° 16.640:

Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público.

El uso de las aguas en beneficio particular solo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, salvo los casos expresamente contemplados en el Código de Aguas.

Nótese el leve cambio de nomenclatura o *nomen iuris*: lo que antes la Constitución decía que era "dominio" nacional ahora la ley señala que son "bienes nacionales" de uso público.

2) En cuanto a la naturaleza de los derechos de agua, esto es, el vínculo de cada particular o usuario de las aguas, dispuso el nuevo art.12 del Código de aguas que:

El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código.

Quedan así establecidas dos características muy relevantes de la regulación de las aguas, pero que tendrán una historia distinta. En efecto:

1) En el caso de las aguas como bienes nacionales de uso público, ya veremos (lo sabemos) que es una característica que perdurará hasta ahora en la regulación vigente. Si bien este *nomen iuris* lo veremos desaparecer del texto explícito de la Constitución posterior de 1980, no dejará de ser una nota implícita de la misma.

2) En el caso de la naturaleza de los títulos privados como “derechos reales administrativos”, desaparecerá del todo de la legislación a partir de 1976 y hasta ahora, sin perjuicio de lo correctísimo que era y es esa terminología, desde el punto de vista dogmático y como *nomen iuris*, para calificar los derechos que permiten a los particulares aprovechar los bienes públicos.

No deseo abundar en este instante, pero esa terminología, ese *nomen iuris*, esto es, el *derecho real administrativo*, había sido inventado a fines del siglo XIX por Maurice Hauriou, un jurista francés conocido de todos en esta materia, nombre que ha tomado carta de naturaleza en el derecho contemporáneo de los bienes públicos en general y en especial en materia de aguas. Basta solo levantar la mirada al derecho comparado y nos apercibiremos de ello. Pero para Chile, en 1967, en medio de una época de mucha polarización entre lo público y lo privado, fue no solo una novedad que los derechos de aprovechamiento de aguas fueran calificados de derechos reales, sino que esa terminología terminó siendo demonizada y confundida con los efectos del proceso de reforma agraria que se percibieron como muy negativos por los titulares de esos derechos de aguas (que eran a la vez propietarios de terrenos agrícolas).

Entonces, dado lo traumático que resultó ser la aplicación de esa ley de reforma agraria, la expresión “derecho real administrativo” pasó luego a engrosar el listado de términos jurídicos que producían rechazo. Ello pues, como digo, se le vinculó con la expropiación, la inseguridad registral y la posibilidad de extinción de esos derechos por una decisión administrativa discrecional. Este rechazo de una expresión, lo que es, primero, un fenómeno psicológico de los incumbentes se transforma luego en una tendencia política, que empuja a la eliminación de esta de los enunciados normativos.

## II. Las aguas en la Constitución vigente (análisis desde 1980 a 2020) haciendo escalas en 1979 y 1980

La próxima etapa en este recorrido es la revisión de los orígenes de la actual presencia de las aguas en la Constitución de 1980, aún vigente; la cual estará vigente, todos lo sabemos, hasta que, primero, un quorum de los 2/3 de los convencionales constituyentes aprueben un texto diferente en la materia y sea ratificada por el llamado plebiscito de salida del proceso constituyente. ¿Qué es lo que contiene la actual Constitución en materia de aguas?

1. *Una referencia explícita a las aguas en el art. 19 N° 24 inc. final, en relación con las titularidades de los particulares sobre las aguas.* En primer término, de manera explícita contiene una referencia a los derechos de los particulares sobre las aguas, con el objeto de protegerlos mediante la garantía de la propiedad. Es el art. 19 N° 24 inciso final. No es que la Constitución diga que las aguas son de propiedad de alguien, sino que siguiendo el mismo modelo de los derechos reales de concesión minera (regulados en incisos anteriores de la Constitución de 1980) se dice lo siguiente respecto de los derechos de aguas:

“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 lo tanto, esta referencia está dirigida a darle seguridad jurídica a los titulares de derechos de aguas, ya sean titulares de derechos reconocidos (esto es, usos consuetudinarios) y constituidos (esto es, otorgados a través de concesiones administrativas). Respecto de este texto, cabe señalar dos antecedentes anteriores:

a) En 1976 se había incorporado con rango constitucional a través del Acta Constitucional N° 3, que a su vez había derogado el artículo 10 de la Constitución de 1925 (que reviso más arriba), el siguiente texto:

“Un Estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera y al dominio de las aguas”.

Claramente había aquí, tanto en materia minera, como en materia de aguas, un designio muy distinto al que prevalecerá después, pues se refería ese texto de 1976 al “*dominio de las aguas*”, como si a los particulares se les fuere a asegurar o entregar una titularidad dominical. Pero esa pretensión individualista solo perduraría tres años, y las cosas volverían al cauce habitual, en que a los particulares se les protegerá su derecho, pero no se les otorgará dominio sobre las aguas.

b) En efecto, en 1979, se dicta el Decreto Ley (DL) N° 2.603, en ejercicio del poder constituyente y legislativo, y se modifica esas expresiones del Acta Constitucional N° 3 y se consagra, por vez primera, el inciso sobre las aguas que perdurará en la Constitución de 1980, y que transcribo más arriba. Por lo tanto, el actual inciso final del art. 19 N° 24 referido a las aguas fue incorporado por vez primera a la regulación constitucional en 1979 y no en 1980. Ese DL N° 2603 de 1979, fue muy importante para las titularidades de aguas, pero no puedo detenerme en él ahora.

Esa es la historia del establecimiento del único texto explícito sobre las aguas en la Constitución vigente.

2. Pero hay también dos referencias implícitas al vínculo “público” o “nacional” de las aguas en los arts. 19 N° 23 y 19 N° 24. En efecto:

a) por una parte, la Constitución vigente contempla en su art. 19 N° 23 una regla que consagra la *summa divisio* o división mayor de los bienes en nuestro derecho, clasificándolos en bienes privados o bienes públicos. Se refiere a los bienes públicos utilizando el *nomen iuris* de los bienes nacionales de uso público utilizado en el art. 589 inciso 1° del Código Civil en 1857; esto es:

“(…) bienes que deban pertenecer a la Nación toda”.

Esta vieja expresión es sinónima de la anterior, y ambas se refieren al vínculo público o nacional con bienes de alto significado o relevancia social,

y en el caso de las aguas, este artículo está desarrollado por el Código Civil y el de Aguas, los cuales, respectivamente, en sus arts. 595 y 5° señalan que “todas las aguas son bienes nacionales de uso público”. Por lo tanto, es implícito que la Constitución vigente en su art.19 N° 23 al referirse a los “bienes que deban pertenecer a la Nación toda” se está refiriendo a las aguas, las cuales desde 1857 y hasta ahora han tenido y tienen esa calidad. La única novedad es que en virtud de la disposición transitoria cuarta esos arts. del Código Civil y del Código de Aguas, se entiende que tienen el carácter de ley de quórum calificado.

b) por otra parte, es también una referencia implícita al vínculo público de las aguas el art.19 N° 24 inciso final de la Constitución vigente en cuanto clasifica a algunos derechos de aguas como “constituidos”, en oposición de los derechos reconocidos. La autoridad puede constituir derechos de aguas bajo el supuesto evidente de que ello es posible en la medida que las aguas sean públicas y no privadas.

Entonces, cabe entender que la constitución de los derechos de aguas siempre se ha producido en nuestra tradición jurídica a través de decisiones concesionales de los órganos administrativos que han tenido potestades para ello, de acuerdo con los textos normativos históricos hasta hoy. En la actualidad, todos sabemos, los derechos de aguas se constituyen por decisión de la Dirección General de Aguas. Y es implícito que las aguas son bienes públicos, pues de otro modo sería incoherente que un órgano administrativo pudiese constituir derechos sobre las aguas si eso no fuese así. Esa disposición constitucional descansa, entonces, sobre un sistema tradicional de constitución o creación de derechos de aguas a través de concesiones administrativas.

Así, el resultado del análisis de la Constitución de 1980 ya sea a través de sus disposiciones explícitas o implícitas, ofrece resultados similares al análisis del texto constitucional inmediatamente anterior, a partir de su reforma de 1967, y ambas titularidades están manifestadas de un modo estructural. Las técnicas jurídicas son las mismas; inevitablemente.

Pero cabe preguntarse, ¿cuáles son las diferencias de ambos textos constitucionales? Sin perjuicio de otros detalles técnicos que ya luego mencionaré, es el *contexto* de los textos constitucionales lo que marca la diferencia. Es que: i) no es lo mismo la protección que se le brindaba a las titularidades privadas en la Constitución anterior, que la que brinda explícitamente y a través de mecanismos concretos la actual Constitución de 1980; y, ii) no es lo mismo la limitación que se consagra a las potestades administrativas que puedan surgir respecto de los órganos administrativos que regulan las aguas como bienes nacionales de uso público.

3. *En fin, existen dos garantías conexas con las aguas: el derecho a la vida y el cuidado del medioambiente.* Ello ha dado lugar a la jurisprudencia a considerar el agua como un derecho humano y a considerarla entre los recursos naturales que cabe preservar.

a) *Derecho humano al agua (ex art. 19 N° 1 Constitución)*. El agua hace posible la vida y la Constitución protege la vida como un derecho. La Carta Fundamental no se refiere explícitamente al derecho humano al agua como una garantía autónoma, pero lo hace indirectamente a través de la consagración del citado derecho a la vida. Así lo han entendido los tribunales, que han recurrido a esta garantía constitucional para reconocer y proteger el derecho de las personas al agua para consumo y subsistencia.

b) *El agua y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 Constitución)*. Se trata de una regla que complementa el esquema de bienes públicos y recursos naturales en la Constitución. Lo que agrega este numeral es que el uso y aprovechamiento de los recursos naturales debe hacerse bajo lineamientos de protección, conservación y resguardo de estos, de modo de asegurar la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

### III. La jurisprudencia constitucional y el legislador común

Cabe referirse a estos dos importantes *desarrollos* de la normativa constitucional

1. *La jurisprudencia constitucional*. Los anteriores análisis, bien evidentes por lo demás, han sido realizados también, cumplidamente, por la escasa pero existente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha referido a la materia. Por cierto, nunca ha sido la naturaleza pública de las aguas el conflicto resuelto por dicho tribunal, esto es, no existe *ratio decidendi* alguna al respecto; pero atendida la costumbre de esa jurisdicción de plagar sus sentencias de *obiter dictum* (esto es, de dichos al paso) hay varios desarrollos sobre la materia de los vínculos privados y públicos que sobre las aguas regula la Constitución. Si pudiera rescatar algo de esos pasajes de las sentencias, puedo decir que se ha captado lo esencial de la Constitución, en cuanto que: i) consagra un vínculo público de las aguas, que excluye la apropiación directa por los particulares; y ii) consagra una titularidad protegida sobre los derechos de aguas, que permiten el uso de la misma.

2. *Silencio parcial del Código de Aguas*. El Código de Aguas de 1981 desarrolla en su articulado ambos vínculos fundamentales. No podía menos que hacerlo. Pero incurre en un par de silencios bien significativos; los que cabe vincularlos con la experiencia regulatoria y política de la reforma agraria. En efecto: i) por una parte, reconoce explícitamente la condición de las aguas como bienes públicos; y, ii) por otra parte desarrolla la protección de las titularidades privadas sobre las aguas; pero omite ostensiblemente dos expresiones o *nomen iuris* relacionados con los derechos de aguas y su creación, como desarrollo en seguida.

a) *En cuanto al vínculo público de las aguas*. El Código de Aguas:

i) Repite en su artículo 5° la calificación de las aguas *in rerum natura* (esto es, en la fuente) como “bienes nacionales de uso público”, siguiendo la

vieja denominación de los artículos 589 y 595 del Código Civil; este último reza: “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.

ii) Dada la condición anterior establece una doble administración de las aguas: por una parte, a cargo de diferentes órganos administrativos, a la cabeza de los cuales pone a la Dirección General de Aguas; y, por otra, le encarga la distribución de las aguas a organizaciones privadas, conformadas por los titulares de derechos de aguas, las que cumplen esa función pública con autonomía de los órganos administrativos.

b) *En cuanto al vínculo privado de las aguas.* Al respecto, el Código de Aguas al regular las aguas incurre en las siguientes omisiones terminológicas:

i) omite señalar que los derechos de aprovechamiento de aguas tienen la naturaleza jurídica de “derechos reales administrativos”; y,

ii) omite señalar que el acto administrativo de la autoridad que crea los derechos de aguas constituye, de modo paradigmático, una “concesión”.

Es que ambas expresiones, “derecho real administrativo” y “concesión”, quedaron relegadas a una condición de *demonización* a fines de la década de 1960, como dije antes. Esa tensión es aún notoria y la observamos en la discusión a que dio lugar el Proyecto de reforma del Código de Aguas que se tramita desde 2011, primero ante la Cámara de Diputados y luego en el Senado (sobre cuyos detalles no puedo abundar ahora), en el cual:

i) por una parte, se elimina la expresión *propiedad* sobre los derechos en todos los sitios en que el código vigente lo menciona. Es un nuevo *trauma*, podríamos decir; el empeño del último tiempo ha estado dirigido a eliminar la expresión *propiedad* de los derechos (lo que causa en principio incerteza e inseguridad a los titulares de derechos de aguas); pero, al mismo tiempo,

ii) se está restableciendo la expresión *derecho real* para definir la naturaleza de los derechos de aprovechamiento de aguas (lo que causa en principio certeza y seguridad a los titulares de derechos de aguas).

¿Es algo revolucionario? Recordemos que las revoluciones políticas y jurídicas son, en el fondo, de significados, de conceptos y aquí comparecen estos dos conceptos: propiedad y derecho real. En principio, ambas titularidades merecen la protección constitucional. El constituyente de 1980 eligió una vía indirecta de proteger los derechos de aguas, otorgando *propiedad* sobre los derechos de aguas, fenómeno que he denominado “propietarización” de los derechos en varias publicaciones académicas, desde 1991. La alternativa era que la Constitución hubiese protegido no solo la propiedad sobre bienes sino también *directamente* a los derechos (sin necesidad de considerarlos cosas o bienes incorporales, sobre las cuales se tiene propiedad). Ese es el caso, por ejemplo, de la Constitución española, cuyo artículo 33.3 protege tanto los bienes como los derechos.

## Segunda parte: las aguas en la futura constitución

En esta parte intento unir dos elementos: la Constitución y *las aguas*. 1º) el primer elemento es la Constitución. En nuestro país estamos en medio de un proceso de reforma de la Constitución *vigente*, esto es, del texto que está escrito desde el punto de vista jurídico. Pero pareciera que la idea de Constitución que tiene un pueblo va más allá del texto escrito y existen sub-textos que están antes que esa escritura, y no solo podemos interrogar a los especialistas en ese texto, como los profesores de derecho constitucional o administrativo, o de las demás especialidades jurídicas, todas representadas en la Constitución. Quizás podemos interrogar a la sociedad y a nosotros mismos sobre el significado de una Constitución, que es la que albergará las aguas como materia regulada. 2º) el segundo elemento son *las aguas*, las cuales son naturalmente aprovechadas por los habitantes de un territorio nacional, y a su respecto se originan relaciones jurídicas, costumbres y valores compartidos, los que cabe revisar, ante la perspectiva de que aquellos que se considere fundamentales sean incorporados al nuevo texto constitucional. Como se trata de valores o convicciones compartidas, centraré el análisis en una propuesta de tales.

Veamos, primero, qué es una Constitución; y, en seguida, podremos comprobar su conexión con *las aguas*. Contestaré a las preguntas: ¿Qué es una Constitución? ¿Qué es la Constitución de las aguas? ¿Las aguas necesitan de una Constitución? O lo que es lo mismo, ¿necesitan las constituciones referirse a las aguas?

### I. La Constitución y sus valores

Reviso, ahora, lo que es una Constitución y los valores ínsitos en ella. La bibliografía del nacimiento de la idea de Constitución, su historia, su significado actual; del contenido de cada Constitución y de los conceptos ahí desarrollados; referida a su texto, a sus procedimientos de reforma, etc.; es inabarcable. Tendríamos que hacer comparecer aquí no solo a los constitucionalistas, que son los mayores expertos juristas de la Constitución, sino también a los otros juristas de las demás disciplinas, como el derecho administrativo, por ejemplo; también a los sociólogos, a los científicos políticos, a los filósofos; incluso también a los hombres de acción, a los políticos estrictos.

a) *Una idea general de Constitución. Constitución sociológica y jurídica. Valores detrás de la idea de Constitución.* Con la ayuda de las constituciones, desde hace dos siglos, de manera escrita, los pueblos intentan construir una vida social sana. De ahí que referirse a la Constitución es un ejercicio de una gran amplitud. A todos nos da la sensación de que es referirse al grado sumo del paisaje jurídico; por eso se habla de la Ley Suprema, y otros superlativos y metáforas. Todo lo cual también da la sensación de constituir un elemento esencial en medio de la unidad social; lo que se traduce en unidad del orden

jurídico: todo lo jurídico pareciera encontrar o debiera encontrar en la idea de Constitución su síntesis; o al menos albergarlo. Pero la Constitución no es pura forma; es también derecho viviente.

Existen dos ideas de Constitución en medio de las sociedades: i) una Constitución sociológica (donde están o debiesen estar los valores compartidos por todos); y ii) una constitución jurídica (donde están escritos formalmente en un texto, esos valores, pero en clave jurídica, con técnicas jurídicas; de esas técnicas que inventan los juristas). Ello pues las constituciones escritas son un amasijo de reglas que orientan la vida colectiva, derivadas de los valores compartidos. Es un *corpus* de valores, en nuestra técnica actual, compartido al menos por los 2/3 de nuestros ciudadanos. Se supone que una minoría no impone esos valores; sino una mayoría calificada. Quizás quien explicó mejor la necesidad de mayorías calificadas o contramayoritarias, como se las sindicó hoy, es Hans Kelsen, en un precioso texto escrito hace poco más de un siglo, en 1920, sobre la esencia y valor de la democracia.

Configura entonces la Constitución las bases de la convivencia o aquello que mayoritariamente un pueblo se propone como designio: por ejemplo, vivir en paz, respetarse mutuamente las diferencias (tolerarse); respetar las decisiones ajenas que no nos dañan; etc. Las convicciones de cada ciudadano de ese pueblo se convierten en reglas comunes; esas convicciones se convierten en instituciones jurídicas, detrás de las cuales existen esos valores compartidos.

La Constitución como técnica jurídica, nace junto con la democracia, la que es a su vez sinónimo de Estado de derecho. Estas técnicas son un legado técnico de los juristas a las sociedades. La democracia, esa realidad política, se sustenta en esas dos técnicas jurídicas: Constitución y Estado de derecho; a la que se unen otras ideas y técnicas: como la de Ley; de separación de poderes; de control judicial, de la cosa juzgada, y otros.

Es raro concebir una Constitución para regular la vida social en medio de una dictadura permanente; sería una *pantomima*. Aunque en nuestra historia constitucional, la última Constitución se gestó en medio de una dictadura, lo que luego devino en una democracia; pero esta última cabe ir perfeccionándola o ajustándola a los tiempos o al sentir de ese pueblo. De ahí que es posible reformar las Constituciones formales, escritas; sin perjuicio de que existen valores que trascienden usualmente, en uno y otro texto histórico de Constitución, y permanecen. Es difícil borrar del todo los textos constitucionales históricos.

b) *El contenido mínimo de una Constitución.* Pero hay al menos tres ideas básicas presentes en toda Constitución. En todos los casos, ya sea de constituciones escritas o consuetudinarias; sociológicas o jurídicas, de esos valores se desprenden tres valores esenciales de toda sociedad o conglomerado de valores: 1º) la organización del poder, para evitar la anarquía; 2º) la protección de las garantías o derechos fundamentales de cada ciudadano;

y 3º) el compromiso de continuar viviendo juntos como sociedad (cuidar la relación y mirar el futuro). En cada uno de estos tres aspectos centrales de una Constitución, podemos observar valores y convicciones, que se convierten en técnicas jurídicas, en instituciones, en procedimientos, que quedan usualmente redactados en los textos constitucionales. Y muchas veces se confunden esas técnicas con los valores que están detrás de la Constitución sociológica; con las convicciones de cada cual y las compartidas. Veámoslos rápidamente:

i) *Toda Constitución establece la estructura del poder y fija sus límites.* Los ciudadanos toleramos la existencia de esas estructuras y técnicas. Y amoldamos nuestras conductas a su existencia, lo que respetamos. Así, toda Constitución: i) se refiere al jefe de Estado; de un poder ejecutivo, que está a la cabeza de todos. A veces es un rey, en la medida que no sea un déspota; un Presidente; o un Primer Ministro. Detrás de eso está el valor del orden. Este jefe de Estado está a la cabeza de una amplia organización: la Administración; ii) se refiere a las reglas; a la ley; al poder legislativo. La ley es emanada de un parlamento, que es la voz delegada del pueblo. Comprendemos que la ley es otra técnica (similar a la Constitución) en que se concretizan los valores compartidos en materias más detalladas; y, iii) se refiere al poder judicial; a las sentencias con efecto de cosa juzgada; de los jueces; del proceso justo.

ii) *Toda constitución establece un equilibrio y limitaciones de estos tres poderes, los cuales están separados entre sí.* Regula el respeto a los procedimientos de cada uno de ellos.

iii) *Toda Constitución se refiere a los derechos fundamentales del hombre: sus garantías.* Ya sea en sus relaciones con el poder, como entre sí: la libertad; la propiedad; el respeto a la vida privada; y todo un catálogo de garantías y libertades que todos reconocemos fácilmente en una Constitución. Entre estas garantías están las de elegir a esas autoridades y aprobar esas reglas.

iv) *¿Qué más cabe agregar?* Cabe agregar el compromiso de continuar viviendo juntos; cuidar esa relación social. De aquí se derivan todas las obligaciones, a veces como contrapartida de los derechos y garantías, otras más difusas pero reconocibles; como: la lucha contra la criminalidad; contra los prejuicios étnicos; contra la esclavitud; la solidaridad con quienes carecen de bienestar; en dos palabras: *la defensa de la democracia* (en los traspasos del poder, por ejemplo).

v) *Podríamos agregar además el agua;* por cierto, eso se escucha en marchas callejeras, en planteamientos políticos y en escritos académicos y columnas, de profesores y activistas políticos. Y por cierto que ello es perfectamente legítimo, pues en torno al agua existen valores que podríamos consagrarlos en reglas constitucionales.

Todo estas técnicas y valores así enumerados (1° a 5°) usualmente están contenidos formal y explícitamente en una Constitución; y pareciera a primera vista que solamente es posible encontrarlas verbalizadas o escritas en el texto de una Constitución, o en su subtexto; o en las leyes que le siguen; o en las sentencias de los tribunales constitucionales o de los tribunales ordinarios.

## II. Las aguas y sus valores

*¿Cuáles son los valores constitucionales vinculados con las aguas?* Pareciera que los valores constitucionales y las técnicas puestas a su servicio se pueden encontrar en medio del ruido social, en la llamada Constitución viviente; lo que sean las aguas y sus valores conexos puede ser recogido en medio del sentimiento popular. La Constitución es un amasijo tan serio y completo de valores como el sustrato de los sentimientos de todos respecto de muchos aspectos de la vida social, entre ellos sobre un recurso común como son las aguas. Enumero de aquí en adelante, simplemente, algunos aspectos fundamentales de las aguas, en donde se albergan valores compartidos y que pudieran estar en el centro de una futura regulación constitucional de las aguas.

1. *La relación jurídica esencial de las aguas: su protección, uso y apropiación.* Las aguas constituyen, en sentido jurídico, un bien con características bien singulares y están conectadas con aspectos básicos de la vida (sin ellas no podemos sobrevivir) y de la actividad de las personas (en diferentes actividades productivas: riego, industria, generación eléctrica, etc.). De ahí que se genera: i) por una parte, la necesidad de protegerlas o de establecer regulaciones para su ordenada apropiación, bajo la ordenación administrativa (potestades estatales); y, ii) por otra parte, la natural tendencia individual a usarlas o a apropiárselas por los particulares (títulos). Son dos, entonces, los conceptos esenciales de toda relación jurídica que se produce respecto de las aguas y que forman parte ineludible de su construcción jurídica en el derecho histórico, comparado y actual de nuestro país:

a) la necesidad de un vínculo público o llamado estatal o nacional para asegurar esa protección. De aquí la tendencia a declarar las aguas como bienes públicos o patrimonio de la nación, o algo similar; y,

b) por otra parte, la necesidad de un vínculo privado o de los particulares respecto de las aguas, para propiciar seguridad jurídica a sus titulares.

En ambos vínculos jurídicos se intenta proteger un valor, ya público, ya privado, en unas fronteras móviles que van cambiando según las vicisitudes históricas; pero lo que no desaparece de los textos principales en la materia es la necesaria construcción jurídica de ambos vínculos.

Ya hemos verificado *supra* en la primera parte de este escrito que la presencia de las aguas en los textos constitucionales de ayer y hoy ha sido a través de enunciados referidos a estos dos vínculos o técnicas jurídicas recién enunciados. De ahí que lo más probable es que si la nueva Constitución se

refiere a las aguas será para especificar este vínculo, ya confirmando los valores tradicionales o alterándolos.

2. *Las aguas y la evolución de las convicciones sociales.* La visión de las aguas en una sociedad es evolutiva y tiene que ver con lo que se entiende por el agua a cada momento, lo que deriva de la realidad de este vital elemento y de las propias evoluciones al interior de la sociedad; sin perjuicio de que hay aspectos que son permanentes a su respecto: la misma esencialidad de este vital elemento no sufre de evoluciones, sino de constantes constataciones. Los cambios pueden provenir:

a) de la realidad del agua o de su escasez. Pueden existir sequías estacionales o esporádicas; a eso estábamos acostumbrados, y ahora hay sequía permanente; lo que necesariamente cambia la visión del agua; es una visión más dramática de la escasez; y,

b) también este cambio puede provenir de evoluciones al interior de la sociedad. La sociedad se transforma en una sociedad más crítica de algunos elementos que antes no se notaban o no formaban convicción: por ejemplo, una visión más conservacionista, que implica al agua, y que ha ido impregnando en nuestra sociedad a pasos agigantados desde fines de la década de los 90 del siglo pasado, recién. O, una visión crítica de la existencia de derechos de aguas asegurados con la garantía de la propiedad, a los que curiosamente se los sindicó como parte de la supuesta “mercantilización” de las aguas. Y así.

Pero el diagnóstico de las aguas depende de las convicciones de cada cual y de las tendencias que marquen a la sociedad. Durante muchos años la tendencia ha sido una y hoy nos vemos empujados a que cambie esa tendencia. El futuro está abierto, y ya veremos qué pasará con las sequías crónicas y con los críticos crónicos; a lo cual habrá que integrar el diálogo democrático.

3. *Los repartos de poder en materia de aguas.* El actual modelo legislativo consagra tres dominaciones: sociedad, mercado y Administración del Estado. A veces se propicia la necesidad de entregar todo el poder a la Administración del Estado en la materia, como si solo la burocracia pudiera resolver los problemas de gestión y uso de las aguas. Éxitos y fracasos actuales quizás implican cambios en diversos frentes, pero no parece una buena idea debilitar los elementos no estatales de la regulación de las aguas.

Las tres dominaciones del agua funcionan con una dinámica que no cabe alterar tan radicalmente y sin previos análisis serios y rigurosos: los usuarios (agricultores, indígenas, industriales y empresas), la Administración del Estado, esto es, la Dirección General de Aguas (que en medio de sus dificultades burocráticas cumple un rol de ordenación) y el mercado (los ciudadanos individuales, titulares de derechos seguros, y que hasta ahora pueden ser transferidos libremente). Estas tres instancias ejercen distintas funciones, con autonomía una de otra. Ni el mercado obstaculiza a las organizaciones de usuarios ni a la Administración; ni se espera que suceda viceversa. Por

lo tanto, sería un grave desequilibrio instaurar una especie de despotismo administrativo, para que la Dirección General de Aguas tenga un predominio absoluto y, por ejemplo, alterar la autonomía de los usuarios y del mercado, transformando a todos los titulares de derechos de aguas en nuevos y dóciles súbditos del poder de turno. Quizás el mejor modelo de órgano administrativo para la ordenación de las aguas sea el de una agencia autónoma, que no esté anclada en la Administración central del Estado, como ocurre hoy con la Dirección General de Aguas.

4. *Las aguas como insumo de diversas actividades productivas.* Cabe cuidar el crecimiento del país, el que es posible en buena medida por un acceso cierto y seguro a las aguas; pues sin crecimiento no hay solidaridad social posible. El sistema jurídico actual de aguas ha drenado esas otras regulaciones sectoriales que explican el crecimiento y la producción, y sería incomprensible la actual confianza, seguridad y certeza de las actividades hidroeléctrica, sanitaria (de agua potable), minera, frutícola, industrial y otras, sin la confianza que ofrece el actual sistema para recibir el insumo de agua, sin intromisiones unilaterales o arbitrarias de algunas de estas instancias de dominación. No ha sido necesario, por ejemplo, declarar formalmente el derecho humano al agua, ni en la Constitución actual ni en el Código de Aguas, para que se haya producido en la práctica la cobertura casi total de agua potable en las ciudades, a través del sistema de concesiones sanitarias (paradójicamente, un derecho humano logrado por un modelo que respeta las decisiones individuales, esto es, de mercado). Sin perjuicio que al respecto existen desafíos que enfrentar en lugares específicos del país, en que hay grave carencia de aguas.

## Conclusión

1° ¿Qué dirá la nueva Constitución sobre las aguas? No lo sabemos aún, pero hay muchas propuestas. A partir de toda la enumeración anterior, ¿qué se podría pronosticar o sugerir en materia de aguas para esa nueva Constitución? Pareciera que el petitorio ya está lleno, y hay una serie de enunciados o designios que ya han sido gritados en las calles o pintados en algún muro.

2° Pero, sean cuales sean esos petitorios, no cabrá olvidar que todos deberán descansar sobre la definición precisa de estos dos vínculos principales, ya público, ya privado. De otro modo, se haría irreconocible el desenvolvimiento de la vida social en torno a las aguas, pues:

- i) es impensable que deje de existir una protección o tutela de las aguas en sentido público; y, al mismo tiempo; y,
- ii) es impensable que dejen de existir titularidades privadas que gocen de seguridad para el aprovechamiento individual de las aguas.

Sobre la base de lo anterior, se podrán realizar modulaciones o especificaciones que marcarán los signos de la regulación especial.

3° Me atrevería a sugerir, una vez más, que la mirada también debe dirigirse a las instancias colectivas o comunitarias. Pues las aguas no solo convocan potestades estatales o derechos individuales, también acciones comunitarias, las cuales han sido desarrolladas de manera ancestral por comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia en nuestro país.