TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1555 - 2
4 de agosto de 2022
ISSN 0717-1528

AGUA Y MINERÍA EN LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL: PREOCUPANTE RETROCESO QUE COMPROMETE EL PROGRESO

- La débil o nula protección constitucional a los usos productivos del agua y al sector minero, respectivamente, entregan confusas y preocupantes señales respecto al desarrollo económico y social que se busca para nuestro país.
- La propuesta constitucional declara que el agua es un bien natural común inapropiable y que sobre ella solo se otorgarán permisos precarios los que, además, serán incomerciables. Lo anterior, sumado a la equivalencia con que es tratado el derecho humano al agua y los derechos de la naturaleza, es una señal a considerar en la futura administración que puedan realizar los Consejos de Cuencas.
- A su vez, la renuencia de dotar de un marco constitucional que entregue confianza a las inversiones mineras supone hipotecar el liderazgo internacional que Chile posee en esa área, fuente de importantes empleos, innovación en las regiones y de ingresos fiscales.
- El sesgo anti productivo de la ex Convención para con las principales actividades económicas del país es un lujo que nuestra nación no puede darse.

La propuesta de nueva Constitución introduce cambios sustanciales a la calificación, administración y gestión del agua, modificaciones que incluso desconocen el amplio acuerdo logrado a comienzos de año, y tras cerca de 10 años de discusión en el Congreso Nacional, con la aprobación de las sustantivas modificaciones al Código de Agua (Ley N°21.435 de abril de 2022) que, en los hechos, la propuesta constitucional deroga.

El énfasis ecocentrista radical de la propuesta, que atraviesa toda la regulación de aguas, con escasas o nulas menciones a los usos productivos en beneficio de la población, solo genera indefiniciones que afectarán de manera significativa la sostenibilidad de múltiples sectores productivos, y, en consecuencia, el desarrollo económico y humano.

ISSN 0717-1528

AGUA: LA PROPUESTA ES FUENTE DE INCERTIDUMBRE EN EL MEDIANO Y LARGO PLAZO

A continuación, destacamos cuatro aspectos que consideramos relevantes fuentes de incertidumbre en el corto y mediano plazo respecto de un recurso esencial para la población y que es la base de múltiples actividades productivas, fundamentales para el desarrollo de nuestro país.

1. Precarización de los títulos de uso, con el consiguiente perjuicio a la población.
El primero dice relación con que la propuesta constitucional califica el agua como un bien natural común inapropiable, añadiendo que las autorizaciones de uso de agua que otorgue la futura Agencia Nacional de Aguas no tendrán la protección del derecho de propiedad y tendrán el carácter de permisos, revocables, precarizándose el título de uso. A su vez, se dispone que estos serán incomerciables y obligarán al titular solo al uso que justifica su otorgamiento. Esta limitación implica que los permisos no pueden ser objeto de acto de derecho privado alguno, de manera que no podrán ser transferibles, ni darse en garantía, entre otros.

En consecuencia, de aprobarse la propuesta constitucional, actividades productivas esenciales para el progreso y la seguridad alimentaria de nuestro país, como la agricultura, la minería y el sector sanitario, entre otras, se enfrentarán a una serie de dificultades, entre las que se pueden mencionar la mayor complejidad y encarecimiento para acceder a créditos o capital para financiar obras de inversión y desarrollo necesarias para asegurar el continuo abastecimiento a la población, lo que en el futuro puede terminar generando presiones para aumentar los recursos fiscales destinados a apoyar o dar garantías financieras, entorpeciendo el desarrollo de obras hidráulicas tan necesarias en el país dado el contexto de la sequía. Además, también impediría que las sanitarias puedan salir a gestionar derechos de aprovechamiento de aguas, ante escenarios de riesgo de desabastecimiento como ocurre ahora en Santiago con la Cuenca del Maipo, por lo que también se reducen las herramientas que disponen las empresas sanitarias para asegurar la provisión de agua potable.

2. Afectación a los derechos de propiedad de 142 mil personas.
El segundo aspecto deriva de la norma transitoria trigésima quinta que establece que todos los derechos de aprovechamiento de agua otorgados con anterioridad se considerarán como autorizaciones de uso de agua, desde la entrada en vigencia de la propuesta constitucional. Más allá de la protección transitoria que se otorga a los pequeños agricultores en el marco de esas normas, la regla general produce una afectación directa e inmediata a derechos adquiridos, particularmente al derecho

ISSN 0717-1528

de propiedad del titular del derecho de aprovechamiento, pudiendo configurarse una confiscación por parte del Estado respecto de los derechos de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas que hoy se detentan. Esto afectará a 142 mil personas que actualmente tienen derechos registrados ante la Dirección General de Aguas (DGA).

3. Redistribución de los caudales de las cuencas.

Con la entrada en vigencia de la propuesta de nueva Constitución se activará un proceso de redistribución de los caudales de las cuencas por parte de la DGA o de la Agencia Nacional de Aguas. Tal redistribución debe realizarse de manera gradual, progresiva, pero con sentido de urgencia y priorizando las cuencas con crisis hídricas y con sobre otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas[1]. El primer proceso regional debe iniciarse a los 6 meses de entrada en vigor del texto.

Así, junto con precarización del título de uso, también se realizará una redistribución de los derechos de aguas en cada cuenca. Lo llamativo es que no se establece, aunque sea en líneas generales orientadoras, qué criterios, ni quiénes verán reducido su caudal de uso y a quienes se les entregará. La única directriz es que la redistribución no se aplicará a pequeños agricultores, comunidades, asociaciones y personas indígenas, gestores comunitarios de agua potable rural y otros pequeños autorizados.

La falta de criterios razonables y objetivos para distribuir traerá conflictos que terminarán judicializados. Sin mencionar que toda esta tensión entre actores y entre el Estado será previo a la conformación de los Consejos de Cuencas que tienen por labor "*la administración de las aguas, sin perjuicio de la supervigilancia y demás atribuciones de la Agencia Nacional del Agua y de las competencias asignadas a otras instituciones*"[2].

A su vez, la redacción de tal mandato, rompe con el criterio hasta ahora aplicado: que los derechos se ejercen a prorrata sobre el agua disponible. Ello implica que si se determina que los derechos otorgados impiden resolver alguna necesidad local (como, por ejemplo, el agua para consumo humano), el Estado compra los derechos de agua para redistribuirlos. Sin embargo, los ex constituyentes omitieron criterios y medidas de compensación económica para los afectados.

[1] Artículo trigésimo octavo transitorio, Propuesta Constitucional.
[2] Artículo 143. Propuesta Constitucional.

ISSN 0717-1528

4. El agua como bien natural común.

Finalmente, el agua es categorizada como un bien natural común, concepto del cual se guarda silencio en la propuesta constitucional. Los bienes comunes aparecen en el debate jurídico actual como una noción disruptiva frente al paradigma dominante que distingue entre propiedad pública, estatal y propiedad privada. En la concepción de uno de los autores italianos que ha trabajado latamente el tema, Ugo Mattei, en realidad los bienes comunes requieren de tutela tanto de la acción del Estado (que puede privatizarlos) como del mercado, que los mercantiliza o los trata como una mercancía. Así, se trata de una tercera categoría entre la propiedad pública y la propiedad privada, que intenta ampliar la categoría de bienes inapropiables, sobre la base de la funcionalidad o vocación de los bienes. Para esta doctrina, el bien común existe solo en una relación cualitativa o en relación con un particular fin social, coherente con las exigencias de la ecología política. Estos bienes, además, se caracterizarían por una particular forma de gestionarlos. Elinor Ostrom[3] señala sobre la materia que en su administración debe haber una suerte de cooperación voluntaria entre los usuarios, en que ellos participan en la gobernanza del recurso. Mattei se refiere a ello como la difusión del poder y la inclusión participativa, a través de mecanismos democráticos.

Hoy las aguas son bienes nacionales de uso público[4]. En cambio, la propuesta constitucional transita hacia un concepto nuevo, de bienes comunes naturales, que son "*sustraídos a la apropiación exclusiva por parte de sujetos públicos o privados, directamente disponibles para realizar los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la persona, así como en interés de las generaciones futuras. Por eso los bienes comunes, materiales e inmateriales, salen del paradigma del propietario, de la exclusión y entran en el paradigma solidario de la inclusión*"[5]. Los bienes comunes, se oponen así a la propiedad y a la soberanía, emergiendo una racionalidad basada en vínculos sociales que existen sobre los bienes.

Apartarse de la categoría de bien nacional de uso público, que bien pudo ser elevada a rango constitucional (hoy a nivel legal), para pasar a esta otra de bien común natural, categoría a la cual a futuro podrían entre otros bienes por una ley simple, abre distintas interrogantes en cuanto al acceso al recurso y su certeza así como en la priorización en su uso, tanto para la población y la satisfacción de sus necesidades, como para el progreso.

[3] Governing the commons. The evolution of institutions for collective action, Ostrom Elinor (2016), Premio Nobel de Economía, 2009.
[4] Así las define el Códigos Civil y el Código de Aguas vigentes.
[5] Los bienes comunes en el pensamiento de Stefano Rodota, García López, Daniel, Departamento de Filosofía de la Universidad de Granada, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, No. 45 (2021) ISSN: 1138-9877.

ISSN 0717-1528

ACTIVIDAD MINERA PRIVADA: SIN PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, SIN ESTABILIDAD EN LAS REGLAS DEL JUEGO

La actual Constitución reconoce tanto el dominio que tiene el Estado sobre los yacimientos mineros e hidrocarburos, como la propiedad de cualquier persona natural o jurídica sobre los terrenos en los que se sitúen dichos yacimientos, sin perjuicio que los predios superficiales están sujetos a las obligaciones y limitaciones para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Asimismo, dispone que la ley determinará que sustancias, más allá de las exceptuadas, serán objeto de concesiones de exploración y explotación y que éstas las constituye el Poder Judicial y que están amparadas por el derecho de propiedad. La minería ha sido uno de los principales impulsores del crecimiento económico del país. En los últimos 30 años, la industria minera ha aportado cerca del 20% del PIB y el 50% de las exportaciones del país, generando empleos y contribuyendo significativamente a los ingresos del Estado[6]. Se calcula que, dentro de los últimos 30 años, la minería ha pagado impuestos al Fisco en el orden de los US$ 105 mil millones. Además, indirectamente ha producido efectos multiplicadores sobre el resto de la economía. Por cada dólar generado por la industria, se estima que las comunidades locales, la región y el país obtienen el equivalente a 1 o 2 dólares adicionales, entre el pago de impuestos, empleos, desarrollo de proveedores especializados y otros[7].

Nuestro país ha generado un modelo institucional que ofrece certeza y estabilidad a las inversiones, el cual ha sido reconocido a nivel internacional como un caso exitoso que ha permitido la consistencia y el crecimiento de empresas estatales como CODELCO y ENAMI; y privadas, tanto extranjeras como locales[8]. Sin embargo, la propuesta constitucional no consagra mecanismo alguno que permita a los particulares, con certeza jurídica y amparo constitucional, explorar y explotar el recurso minero. Ello deberá ser definido, con quorum simple, por el Congreso de Diputado(a)s que se viene proponiendo -la Cámara de las Regiones no interviene necesariamente en materias de recursos naturales al no ser este un asunto propio

[6] Jara, José Joaquín. Política Nacional Minera 2050: Eje "Institucionalidad y desarrollo minero". Ministerio de Minería, Gobierno de Chile.
[7] Presentación de Rafael Vergara en Proceso Constituyente, la hora de los contenidos: "Recursos Naturales y la Constitución". 21 de abril de 2021. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_BKdquBVI0M&t=122s
[8] Ídem.

ISSN 0717-1528

de las leyes de acuerdo regional en la propuesta. Esto implica un grave retroceso en la institucionalidad que ha convertido a Chile en líder mundial de la minería.

Otra fuente de problemas para la minería, radica en la norma de la propuesta constitucional que señala que "quedan excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley y las demás que ella declare"[9]. Por su parte, al no existir norma transitoria alguna que disponga la vigencia de esta disposición, se entiende que, en caso de aprobarse la nueva Constitución, entra a regir de inmediato surgiendo entonces la interrogante respecto de los yacimientos mineros que ya desarrollan actividades en glaciares y áreas protegidas.

Hace décadas, las operaciones mineras de nuestro país se desarrollaban siguiendo estándares distintos a los actuales. Es por esto que ciertas faenas mineras implicaron una afectación a la superficie glaciar, estimada en un total de 3,2 km^2 de glaciares, equivalente a un 0,01% de la superficie glaciar de Chile[10]. Cabe consignar, no obstante que dichas operaciones no se desarrollan en glaciares blancos de abundante aporte hídrico.

Actualmente, el 83,5% de la superficie glaciar del país se encuentra en parques nacionales o protegida bajo el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado. Fuera de las áreas protegidas, si una faena quisiera localizarse próximo a un glaciar y pudiera afectarlo debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un estudio de impacto ambiental. Ahí se evalúa si es posible compensar, tomar medidas para que no se produzca un impacto, y si eso no es posible de evitar, no se autoriza. Este es el instrumento más adecuado y es el que utilizan los países desarrollados para la gestión ambiental.

Esa normativa afectaría a la División Andina y la División el Teniente de Codelco, Los Bronces de Anglo American y Los Pelambres cuyo 60% es propiedad de Antofagasta Minerals. Entre ellas, suman una producción mayor a 1,3 millones de toneladas métricas de cobre fino en 2021, cerca de un 23% de la producción total del país[11]. En el caso de las operaciones de Codelco, afectaría también a más de 5.200 trabajadores propios.

[9] Propuesta de nueva Constitución. Artículo 146.
[10] Consejo Minero. "Minería y Glaciares". [Video]. YouTube. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=C6FDOKMjR-U
[11] En base a la producción reportada por el INE a 2021.

ISSN 0717-1528

REFLEXIONES FINALES: DOS SECTORES CLAVES EN RIESGO

El rol de una Constitución en materia económica consiste en establecer los lineamientos fundamentales que permitirán el desarrollo del país, como también constituir los mecanismos de protección de las libertades y derechos de las personas naturales y jurídicas en materia económica, entre otras, frente a la acción del Estado y de terceros.

En el caso de dos sectores claves para el desarrollo de Chile, el uso productivo del agua en beneficio de la población y la exploración y explotación de sustancias mineras que llevan aparejada generación de empleo, innovación y el desarrollo de diversas actividades económicas y emprendimientos alrededor de las mismas, las normas de la propuesta constitucional importan un grave retroceso que redundará en una falta de incentivos para invertir, impactando el desarrollo humano.