

Después de dos años de trámite legislativo, ya se ha generalizado la opinión de los constitucionalistas, abogados especialistas, estudiosos del derecho de aguas y profesores, que no están comprometidos política o administrativamente con el proyecto de reforma de Código de Aguas, en el sentido de que éste adolece de evidentes y graves vicios de constitucionalidad; sin perjuicio de contener normas que constituyen cargas desproporcionadas para los propietarios y usuarios y pugnan con el sistema general de administración del agua en Chile.

Los Ministros Srs. Carlos Furche y Alberto Undurraga, han definido los cinco principios rectores de esta iniciativa: **a)** Se establece el uso prioritario para el consumo humano y el saneamiento. **b)** Los actuales derechos no cambian sus condiciones de aprovechamiento. **c)** Se establece un régimen de caducidad y extinción para derechos que no se utilizan y para aquellos que no se inscriben en los registros conservatorios correspondientes. **d)** Se definen un conjunto de normas para el cuidado del medio ambiente. **e)** Se establece un nuevo régimen de concesión temporal de derechos de aprovechamiento de aguas.

Los dueños de derechos de aprovechamiento de aguas echamos de menos lo que consideramos el principio rector que debe presidir toda iniciativa legislativa en democracia: el respeto de los derechos ciudadanos consagrados en la Constitución Política, que los gobernantes juraron respetar y hacer respetar.

En resguardo de estos derechos esenciales planteamos algunas consideraciones preliminares y definiciones básicas:

**A.- Agua:** Bien corporal objeto del derecho de propiedad que la Constitución Política reconoce plenamente a las personas como una de sus garantías básicas en el artículo 19, especialmente en su numeral 24 inciso final, en el Código Civil y en el Código de Aguas a través del reconocimiento del derecho de aprovechamiento. *Una vez reconocido u otorgado el derecho de aprovechamiento conforme a la ley, el agua queda exceptuada de su condición de BNUP y pasa a ser propiedad de quien la extrajo de la fuente de origen en ejercicio de su derecho de aprovechamiento.*

**B.- Derechos de aprovechamiento:** Bienes inmateriales objeto del derecho de propiedad, protegidos por la preceptiva constitucional, obtenidos a través de concesiones administrativas que otorgaron o reconocieron derechos de aprovechamiento de las aguas a los particulares. De acuerdo a las normas vigentes, generan y constituyen derechos adquiridos los que como tales se incorporaron al patrimonio de sus titulares.

En consecuencia, en la primera hipótesis existe un derecho de propiedad sobre las aguas extraídas o poseídas como cosa corporal y en la segunda, un derecho de propiedad sobre el derecho para su aprovechamiento. Por lo tanto, siempre existirá y estará presente la institución de la propiedad o sobre el agua misma o sobre su derecho de aprovechamiento, ambas plenamente amparadas por nuestra Constitución Política. Si se priva de ellas por el legislador o el administrador a sus titulares, se genera una nítida expropiación con todas sus consecuencias

Si el constituyente no le fija plazo al derecho, este es perpetuo y como tal no podrá modificarse ni por ley y menos por un acto administrativo.

## Normas y principios transversalmente conflictuados por el proyecto

En relación con las garantías constitucionales, pugna el proyecto con la consagración y el aseguramiento que los incisos primero, segundo y tercero del N° 24° del artículo 19° de la Constitución Política, otorgan al derecho de propiedad al establecerlo **“en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”**, -entre los cuales se encuentra el derecho real de aprovechamiento de aguas- y señala sus atributos esenciales que son el uso el goce, la disposición y su intangibilidad, si no media la dictación de una ley de expropiación.

En relación con los derechos de aprovechamiento de aguas adquiridos, el proyecto pugna de manera directa con la norma del inciso final del N° 24 del artículo 19° que establece: **“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”**

Tal pugna resulta evidente por cuanto el proyecto viene estableciendo un régimen de concesiones administrativas sobre las aguas, en el cual el concesionario será un simple usuario y su “título” sólo le dará derechos de uso y goce **temporal**, sujeto a **caducidad** y con todas las **limitaciones, tributos, requisitos y sanciones** legales y administrativas que establece el proyecto lo cual lo transforma en un “uso precario”.

Estas características se harían aplicables a **todos los derechos adquiridos hasta esta fecha**, en virtud de lo establecido en el artículo 1° transitorio del proyecto, circunstancia en que se materializa la colisión de las normas constitucionales con el texto del proyecto, y que aún, podría sostenerse, extremando las posiciones, de que se trata de un intento de expropiación o de “nacionalización” de las aguas, sin pago.

Aún más, atendido el texto del artículo 19° N° 24 de la Constitución, que debe entenderse tendría primacía por sobre el texto legal que pudiere aprobarse, cualesquiera sean las características de los derechos de aprovechamiento que establezca en nuevo Código de Aguas, los particulares tendrían propiedad sobre ellos y por consiguiente su expiración debería ser materia de una expropiación con el consiguiente pago.

Todo lo anterior significa que el proyecto de modificación de Código de Aguas, en su estado actual y habida consideración de sus evidentes aspectos de inconstitucionalidad, es una enorme fuente de incertidumbre y para el futuro, una sombría perspectiva de judicialización tanto durante los próximos trámites legislativos como durante una eventual puesta en vigencia sin mediar un requerimiento al Tribunal Constitucional.

En suma, sin una reforma constitucional referida específicamente al régimen de propiedad y administración de las aguas, **no será posible modificar el Código de Aguas estableciendo, para el futuro**, un régimen como el que contiene la reforma en comento; y también es necesario señalar que tal reforma constitucional, en relación a la afectación de derechos de aprovechamiento actualmente vigentes y que constituyen derechos adquiridos, importa una expropiación de ellos que debe ser sometida a las normas del N° 24 del artículo 19° de la Carta Fundamental, es decir, deberá ser materia de una ley especial o general y su valor pagado a un precio justo, en dinero efectivo y al contado.

Por cierto, es esta una situación que no ayuda a restablecer las confianzas que requiere la reactivación que esperamos, asentada en la inversión, que a su vez requiere la seguridad que otorga la certeza jurídica sobre la propiedad y disponibilidad de los bienes de producción por sus dueños.

Abordaremos con mayor detalle lo que consideramos gravemente atentatorio a los preceptos constitucionales que plantea la Reforma al Código propuesta.

**1.- Artículo 1° Transitorio:** Es inconstitucional por cuanto hace aplicables a los derechos de aprovechamiento vigentes todas las disposiciones que eliminan el derecho de propiedad y establecen limitaciones al ejercicio del derecho de aprovechamiento que se contienen en el proyecto, incurriendo en dos faltas graves a la Constitución:

a) Establece para estos derechos las mismas limitaciones que se les impone a los nuevos derechos vía concesiones temporales (30 años), atentando en contra de la perpetuidad de los derechos de agua que establece la Constitución, como su única forma de otorgamiento.

b) Desconoce su condición de derechos adquiridos, integrados al patrimonio de sus titulares, privándolos de la perpetuidad y transformándolos en una concesión temporal y caduca, sin considerar la expropiación de los mismos, única forma posible de materializarlo.

Este cambio transforma un derecho real de dominio pleno en una concesión administrativa del Estado, lo que se traduce en sustituir la regulación del derecho de aguas del ámbito del derecho privado al del derecho administrativo, en cuyo caso la autoridad que en un momento político administre el país es la que decide los derechos del particular sobre las aguas, lo que puede conducir a la nacionalización o estatización de todas las aguas y de su uso.

Lo anterior no sólo implica caer en el terreno de lo impredecible que tienen los múltiples cambios de Gobierno y con ello los diferentes criterios con que se enfrenta la administración y por cierto las diferentes concepciones e ideologías que circunstancialmente imperen sino, lo que es más grave, entrar en el terreno de carencia de certeza jurídica acerca de la permanencia de los derechos por no tener la seguridad de que existe un derecho de propiedad que respalde la valorización del derecho de aprovechamiento y de las aguas correspondientes y su decisiva influencia en la adecuada explotación de un predio agrícola, sea por su clasificación, sea por su valor económico, sea por la capacidad de obtener créditos del agricultor, sea, finalmente por la pérdida de un bien valioso incorporado al patrimonio como un activo productivo.

De esta forma, un **proyecto de ley** -como el propuesto y en el contexto de la actual Ley Fundamental- **que afecte severamente el régimen jurídico de los titulares de los derechos de aprovechamiento de las aguas**, tanto en lo relativo al ejercicio de sus atribuciones como en la sujeción a condiciones administrativas que precaricen las mismas, a la vez que incluso su aplicación retroactiva, **resulta contrario a la Constitución Política de la República**, habida consideración de que dicha **propiedad se encuentra garantizada constitucionalmente** y respecto de la cual **sólo** es posible ser privado, total o parcialmente, en virtud de una expropiación legalmente autorizada y en la que el afectado sea debidamente indemnizado del daño patrimonial efectivamente causado.

**2.- Todos los artículos** que sustituyen las palabras “dueño” o “propietario” por “titular” van en la dirección de sustituir el régimen de propiedad privada por el de concesión administrativa por lo cual deben ser eliminados.

**3.- Artículo 5°, 5ª bis, 5° ter, 5° quater y 5° quince**, deben ser eliminados por ser, en su conjunto, contrarios a las normas constitucionales sobre el dominio sobre los derechos de aprovechamiento y sobre los atributos que se reconocen al derecho de propiedad.

El artículo 5° contiene una declaración sobre el agua “en cualquiera de sus estados” como bien nacional de uso público, lo que debe considerarse riesgoso, pero, a ello se agrega el erróneo efecto de pertenecer

su dominio y uso a todos los habitantes de la nación, con lo cual se pone en abierta discrepancia con el artículo 589 el Código Civil cuya definición de bienes nacionales y de bienes nacionales de uso público ha sido la base de toda la legislación de derecho público chilena.

El mismo artículo 5° declara como “función de interés público” la constitución de derechos de aprovechamiento a los particulares y las limitaciones a su ejercicio con lo cual, en el contexto del proyecto y del rol que se asigna al Estado y a sus funcionarios en el manejo de la función pública del agua, significa que tanto el otorgamiento de los derechos como su ejercicio, limitaciones y extinción, **dependerán de la voluntad del funcionario de turno** en el órgano que deba administrar el agua en Chile.

La protección especial que el inciso final del mismo artículo 5° otorga a las aguas de territorios indígenas, debe considerarse contraria a la garantía constitucional de los N°s 2°, 3°, y 22° del artículo 19° sobre igualdad ante la ley, igualdad de protección legal de los derechos y no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Los artículos 5° bis y 5° quater son contrarios a la Constitución en la medida que permiten la extinción parcial de derechos, la denegación total de otorgamiento de derechos y limitaciones al ejercicio, facultades que quedan entregadas a la voluntad del Estado y sus funcionarios.

El artículo 5° quinqués es contrario al derecho de propiedad establecido en el artículo 19° N° 24 de la Constitución. No obstante que podría argumentarse que no se trata de un derecho de aprovechamiento propiamente tal, debe considerarse que la norma mencionada se refiere a **todo y cualquier** “derecho de los particulares sobre las aguas

**Artículo 5 ter y artículo 147 bis.:** Se faculta al Presidente de la República para que, mediante un Decreto fundado, previo informe de la DGA, **reserve** recursos hídricos cuando sea necesario para satisfacer los usos de la función de subsistencia, o para fines de preservación eco sistémica

Para su consideración debemos remitirnos a: **Reserva de derechos por parte del Estado:** Principios y disposiciones que consagran el derecho constitucional económico: *Las actividades económicas del Estado estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares. Podrá el legislador por motivos justificados y excepcionales establecer excepciones lo que deberá ser también aprobado por una ley de quórum calificado en conformidad a la reforma constitucional de noviembre de 1991.*

**4.- Artículo 6°:** Consagra que el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas... Y se originan en virtud de una concesión... Este artículo contradice abiertamente el inciso final del N° 24 del Art.19 de la Constitución Política, sin perjuicio de que su eventual aprobación implicaría una expropiación sin ley especial, de todos los derechos de aprovechamiento reconocidos y otorgados hasta la fecha.

En efecto, el artículo 6° en su texto vigente es un desarrollo legal de los incisos primero, segundo y final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución toda vez que:

En su inciso primero define el derecho de aprovechamiento como **“un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas...”**

En su inciso segundo repite y refuerza el precepto del inciso final del N° 24, al señalar que **“El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio (propiedad) de su titular, quien podrá usar, gozar u disponer de él en conformidad a la ley.”**

Comparando el texto antes citado con el texto del **nuevo artículo 6°** que contiene el proyecto, resulta evidente la voluntad del proyectista de efectuar un cambio total en el concepto, es decir, pasar de un

régimen de propiedad privada con todos sus atributos y características, a un régimen de simple o mero uso por concesión administrativa temporal, extinguido, caduca, y en definitiva, dependiente del Estado.

La concesión temporal propuesta es un otorgamiento de derecho de aprovechamiento, y por tanto es propiedad de su titular, según la Constitución, por lo que es un derecho perpetuo, puesto que los derechos de aguas, a diferencia de otros derechos – preceptiva minera, industrial e intelectual - el constituyente no considera su otorgamiento limitado en el tiempo, y por tanto no es posible otorgarlos con carácter temporal. Asimismo, al ser propiedad de sus titulares, no puede estar exento de la opción de **disposición**, propia del dominio, limitación que se establece para estas nuevas concesiones. Lo anterior demuestra que las concesiones propuestas, temporales y limitadas al uso y goce, son inconstitucionales.

La abogada Sra. Tatiana Celume, en su tesis doctoral señala: *“en cuanto a los derechos de extracción conferidos a los particulares, el ordenamiento constitucional ha decidido tomar una posición que les fortalece mediante la seguridad que implica la garantía dominical. El titular del derecho de aprovechamiento, sea conferido o reconocido por el legislador, cuenta con todo el espectro de seguridad que el constituyente reconoce al propietario de cualquier especie de bien. Y ello incluye limitaciones a la expropiación, a las restricciones a las facultades de uso, goce y disposición y a la esencia del dominio, como también le confiere la acción de protección cuando cualquiera de dichos aspectos resulta vulnerado. Este elemento resultará muy trascendente cuando el legislador opta por configurar el derecho a efectos de que pueda ser transando en el mercado, especialmente por su ejercitabilidad frente a terceros”*

Si consideramos que desde el Gobierno se afirma que los actuales derechos no serán afectados en su naturaleza jurídica y habría disposición a modificar el texto del Art. 1º Transitorio, resulta necesario señalar que este nuevo art 6º que consagra concesiones temporales limitadas al uso y goce resulta además discriminatorio según en nº 2 y 22 del Art 19º de la Constitución. Discrimina entre muchos otros, a los ciudadanos del sur de nuestro país, que se aprestan a solicitar derechos de agua para suplir con riego artificial los cambios en el régimen de lluvias de esas zonas del país.

En sentencia del Tribunal Constitucional se señala: *“Que sobre el particular, debe tenerse presente que la garantía establecida en el N° 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental, no es sino una singularización del principio de la igualdad ante la ley reconocido en el N° 2 del mismo artículo; y que este Tribunal ha estimado que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que estén en situaciones diferentes.*

**5.- Artículo 6º bis** establece la Caducidad por no uso, como consecuencia del cambio de propiedad por concesión administrativa sobre los derechos de aprovechamiento comentado anteriormente.

**6.- Artículo 15** elimina el concepto de “dominio” sobre el derecho de aprovechamiento y lo reemplaza por “uso y goce” por lo cual debe repetirse el comentario en relación al cambio de régimen jurídico de propiedad a concesión administrativa para los derechos de aprovechamiento. Lo mismo ocurre en numerosos otros artículos

**7.- Artículo 20** que se reemplaza la propiedad sobre las vertientes y otros por el “uso y goce” y además, se establece la caducidad por división. Adicionalmente, se autoriza la extracción de aguas por terceros sin títulos.

**8.-Artículo 67** otorga a la DGA facultades exorbitantes que se asimilan a una verdadera expropiación regulatoria, en una materia en que los propietarios de derechos de aprovechamiento son privados de toda participación y, además, se les obliga a instalar equipos de medición bajo amenaza de aplicárseles fuertes multas.

**9.- Artículo 115**, El proyecto elimina este artículo que permite inscribir en el Conservador los derechos reconocidos por las juntas de vigilancia en su constitución. Debe reponerse por ser de gran utilidad para la regularización de derechos de agua.

**10.- Artículo 129**, elimina "El dominio sobre los derechos" dejandoso solo "Los derechos", con lo que ratifica el cambio de la naturaleza jurídica de los derechos.

**11.- Artículo 129 bis 1**, se refiere al caudal ecológico mínimo, expropiatorio por cuanto puede afectar los derechos constituidos. Elimina las normas de este artículo que impiden que la determinación afecte a los derechos existentes, pero, no establece indemnización ni referencia a ella.

**12.- Artículo 129 bis 4, letra e)**, es inconstitucional al establecer caducidad por no construcción de obras de captación y podría ser expropiatorio por el aumento indefinido del monto de las patentes.

**13.- Artículo 129 bis 5**, iguales comentarios que al anterior.

**14.- Artículo 134 bis**, es inconstitucional por cuanto regula el procedimiento de extinción por no uso a que se refieren los artículos 6° bis, 129 bis 4 y 129 bis 5.

**15.- Artículo 147 bis**, Permite al Presidente de la República denegar totalmente una solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas en contradicción con la norma imperativa del artículo 141 del mismo Código y con apoyo en el artículo 5° ter que, como se señaló más arriba, es inconstitucional.

**16.- Artículo 147 quater**, es inconstitucional por cuanto contiene una norma expropiatoria que establece la facultad de otorgar una concesión de derechos sin disponibilidad de aguas, afectando los derechos de terceros, sin expropiación y sin pago de esos derechos.

**17.- Artículo 149**, es inconstitucional por cuanto las modificaciones que introduce el proyecto determina que la concesión sea otorgada para un uso específico; que señale su duración, y los condicionamientos a que quedará sujeto su uso.

**18.- Artículo 150**, es inconstitucional por establecer el proyecto la caducidad del derecho por no inscripción de la resolución que lo concede.

**19.- Artículo 314**, es inconstitucional por cuanto, al eliminar la indemnización contemplada en el texto actual por una menor proporción de aguas en los casos señalados en esa norma, se incurre en una expropiación o confiscación, sin que se contemple una indemnización o un pago.

**Normas que colisionan con la estructura normativa del Código de Aguas** y que constituirán problemas para el ejercicio de los derechos de aprovechamiento y para la administración del recurso.

**1.- Artículo 17**, incisos nuevos. Intervención de la DGA tendiente a sustituir la actividad de los privados y en especial la de las asociaciones de usuarios

**2.- Artículo 62**. Las limitaciones por degradación del acuífero, al eliminarse la calidad de "temporal" podrían quedar como indefinidas lo cual será más peligroso si se otorga a la DGA la facultad de hacerlo de oficio.

**3.- Artículo 159**, la incorporación de un inciso segundo en este artículo, que entrega a la DGA la facultad de "evaluar el interés público comprometido" en el cambio de fuente de extracción de aguas, sólo se explicaría por el interés político de acaparar mayor poder y ello, para no mencionar las corruptelas a que podría dar origen. Por otra parte, el "interés público" no puede estar entregado a un funcionario toda vez que en derecho público y en derecho constitucional, el "interés público" se exige como fundamento de ley y por lo tanto, su calificación corresponde al legislador y por cierto, en sede legislativa.

Tal como ocurre en la nómina de artículos inconstitucionales, este corto listado podría ampliarse con un sinnúmero de artículos que se refieren a facultades de la DGA, restricciones, obligaciones, limitaciones, etc. que, sin ser inconstitucionales, no sólo no contribuyen a mejorar el actual Código de Aguas sino lo hacen más engorroso, más burocrático y más complicado, sin apuntar a ninguna de las falencias que los

entendidos de verdad en materia de GESTION DE AGUAS han diagnosticado y menos a las soluciones que esos mismos entendidos han ido señalando.

### **Consideraciones especiales**

**1.- Facultades de la DGA:** El constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer como deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse.

Bajo el pretexto de regular el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, no puede llegar a impedirse el ejercicio de esa actividad.

El proyecto en discusión le entrega facultades jurisdiccionales en materias contenciosas que escapan a su rol institucional de carácter administrativo.

**2.-Inscripción de derechos: Caducidad por no inscripción.** Como consideración preliminar cabe tener presente que la “propiedad o dominio” y la “caducidad” no caben juntas en el derecho. En Chile no existe el **régimen de propiedad inscrita de las aguas**. Sobre este tópico es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.

**3.- Extinción de derechos por no uso:** Se reitera que la propiedad o dominio y la extinción no caben juntas en el derecho, razón por la cual durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos se dictó la norma que permite cobrar patentes por no uso, mecanismo punitivo que hoy se busca fortalecer, y que desde ya ha mostrado su eficacia con la devolución al Estado de un número muy significativo de derechos en desuso, conducta que se espera aumente con la mayor progresión que se le dará a la patente.

Si no se puede ejecutar a un moroso en razón de algún defecto legal, lo que corresponde es modificar la ley procesal haciendo posible tal ejecución y no disparar contra el derecho de propiedad, institución jurídica esencial de todo estado de derecho.

**4.- Decreto de escasez:** Mediante la dictación de este Decreto, el proyecto contempla ampliar de 6 meses a un año la suspensión del ejercicio de los derechos y renovarlos por otro año, si las circunstancias así lo exigen. Asimismo, prevé que los eventuales perjuicios que la medida importe a quien se la aplique, no sean indemnizados, contrariamente a lo que la norma vigente establece.

Esta disposición es **inconstitucional**, puesto que la limitación al ejercicio del derecho no puede afectar patrimonialmente a su dueño, por lo que la indemnización no es posible omitirla.

**5.- Propuesta de regularización de derechos.** Los dueños de los derechos consuntivos, organizados en Comunidades de Aguas y en Asociaciones de Canalistas, en la mayoría de los casos agrupados bajo Juntas de Vigilancia en los cauces naturales, están en condiciones de asumir la tarea de avanzar en la regularización de derechos, particularmente de aquellos que se encuentran reconocidos en sus Asambleas constitutivas, y cuyas nominas están integradas en los Estatutos aprobados por las autoridades competentes e inscritos en los entes registrales correspondientes.

Para ello, tal como lo promueve la Reforma en comento, se los faculta para hacerlo vía su articulado transitorio y proponemos se considere también la adecuación a este propósito del D.L. N° 2.695/79 que permitió regularizar la pequeña propiedad raíz.

Con ello podríamos avanzar enormemente en la regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas de la pequeña propiedad rural y una vez despejado este importante segmento, estudiar mecanismos especiales para resolver la fracción que pueda quedar marginada de esta solución.

**OPORTUNIDAD:**

La idea es que, junto con evitar la tremenda crisis generalizada que acarrearía la estatización masiva de las aguas en Chile, mediante la eliminación de las disposiciones inconstitucionales que se señalan, la tramitación de este proyecto se pudiera transformar en una oportunidad para dar una solución real a la **ADMINISTRACION** DEL AGUA EN CHILE, único problema que se encuentra resuelto a medias en nuestra legislación; y también la institucionalidad orgánica del Estado en materias de aguas, aún sin resolver, y que se ha constituido en un pesado lastre para el desarrollo.

Sociedad Nacional de Agricultura.

Marzo 2017.