

REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS (BOLETÍN 7.543-12)

En marzo, la Comisión de Agricultura del Senado despachó el proyecto de reforma al Código de Aguas (Boletín 7.543-12) -ya aprobado por la Cámara de Diputados y la Comisión de Recursos Hídricos del Senado- a la Comisión de Constitución, la que el pasado lunes 20 de abril comenzó el estudio de los aspectos constitucionales del proyecto.

A pesar de que el Ejecutivo ingresó una indicación sustitutiva en julio de 2019, la Comisión de Agricultura decidió perseverar en el antiguo texto, aprobando, con pequeñas modificaciones, aquel aprobado por la Cámara de Diputados y la Comisión de Recursos Hídricos. Sin embargo, dicho articulado altera la naturaleza y regulación del Derecho de Aprovechamiento de Aguas (DAA), incurriendo con ello en una serie de inconstitucionalidades que deberán ser corregidas por la Comisión de Constitución.

En nuestro ordenamiento jurídico las aguas son bienes nacionales de uso público, de manera que su dominio no pertenece a privados ni al Estado sino a la nación toda (artículo 589 Código Civil). Así, y para permitir el tratamiento, aprovechamiento y consumo de las aguas, la legislación consagra el derecho de aprovechamiento de aguas, que es un derecho real que faculta a su titular para usar y gozar del recurso hídrico en una cantidad determinada y cumpliendo ciertos requisitos legales.

Dicho derecho goza de una especial protección constitucional, toda vez que su titular, si bien no es propietario de las aguas, es dueño del derecho de aprovechamiento, tal como lo consagra el artículo 19 N°24 inciso final de la Constitución: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Debido a ello, y en razón de la protección constitucional asociada al derecho de propiedad y las características que le son connaturales, los DAA son 1) indefinidos -en cuanto su vigencia no está sujeta a plazo ni condición alguna-, 2) plenamente transferibles a terceros y 3) no afectos a un fin específico -de manera que su titular puede hacer uso -o no- del recurso hídrico en la proporción que le corresponde según lo estime conveniente, sin que ello implique la reducción, suspensión ni pérdida del derecho-¹.

El proyecto aprobado por la Comisión de Agricultura del Senado altera tales características del DAA y con ello incurre en una serie de inconstitucionalidades, derivadas de la transgresión tanto del derecho de propiedad en general (artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y Título II, Libro II del Código Civil) como del derecho

¹ Esto sin perjuicio que desde 2005 existen las patentes por no uso de las aguas, con las que se castiga con una multa anual a beneficio fiscal a quienes, siendo titulares de DAA, no utilizan el recurso hídrico.

de aprovechamiento de aguas en particular (artículo 19 N°24 inciso final de la Constitución), que serán expuestas a continuación.

Disposiciones inconstitucionales del proyecto de ley

1. **Temporalidad de los nuevos DAA** (nuevo artículo 6° del Código de Aguas): Conforme al nuevo artículo 6° del proyecto de reforma al Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento es un derecho temporal, ya sea que éste se origine en virtud de una concesión o por el solo ministerio de la ley. La duración de la concesión será de 30 años -pudiendo ser menor si la Dirección General de Aguas (DGA) así lo dispone, justificando tal decisión por medio de resolución fundada-, prorrogable por períodos sucesivos a menos que la DGA acredite el no uso efectivo del recurso. Sumado a esto, la norma dispone que si el aprovechamiento de las aguas puede afectar al acuífero o fuente superficial del cual ellas emanan, la DGA estará facultada para limitar o suspender su ejercicio mientras persista tal situación.

Esta disposición es inconstitucional, pues al colocar un plazo de vencimiento a los DAA que se otorguen una vez entre en vigencia la nueva ley, ella atenta contra el carácter indefinido del que goza el derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico y que constituye uno de sus elementos esenciales, contraviniendo, de esta manera, los artículos 19 N°24 y 19 N°26 de la Constitución.

Sumado a la inconstitucionalidad recién mencionada, esta modificación tendrá efectos negativos en la inversión y el uso eficiente de las aguas. Esto en cuanto la certeza jurídica otorgada por la actual legislación permite, por una parte, realizar inversiones significativas y de largo plazo en infraestructura hídrica, gracias a la garantía de que se podrán aprovechar tales derechos sobre las aguas en el futuro, sin riesgo de que ellos cesen o caduquen. Por otra, la vigente ley genera incentivos a la producción e implementación de técnicas ahorradoras del recurso, en cuanto los titulares de los DAA pueden apropiarse de las ganancias de eficiencia que las inversiones ahorrativas significan, produciéndose un efecto especialmente deseable en tiempos de sequía.

Todo esto se acaba con la modificación propuesta. Al ser derechos limitados en el tiempo, desaparecen los incentivos para realizar inversiones de infraestructura pues no existen garantías de que dicha tecnología pueda ser explotada una vez terminada su construcción. A su vez, no se incentiva el ahorro, pues teniendo los DAA una duración limitada, el incentivo es a consumir la mayor cantidad de agua posible antes de que el derecho se extinga.

De esta manera, esta modificación no solo es inconstitucional, sino que desincentiva la inversión en infraestructura hídrica y el uso eficiente de las aguas.

2. **La caducidad de nuevos y antiguos DAA** (nuevos artículos 6° bis, 129 bis, 134 bis y primero transitorio del Código de Aguas): El proyecto de ley establece que los DAA

se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso hídrico en un plazo determinado, contado desde la publicación de la resolución que incluye tales derechos por primera vez en el listado de derechos afectos al pago de patente por no uso. Tratándose de derechos consuntivos, tal plazo es de 5 años, mientras que para no consuntivos el lapso es de 10 años.

Esta disposición atenta, nuevamente, contra el carácter indefinido del dominio (artículo 19 números 24 y 26 de la Constitución), al tiempo que cercena las facultades de uso y goce que emanan de dicho derecho, pues obliga a su titular a utilizar el mismo de una determinada manera impuesta por ley, en condiciones que la Constitución y las leyes autorizan al propietario de un derecho a darle el uso y destino que él estime conveniente.

3. **Límite al cambio productivo del recurso hídrico** (nuevo artículo 6° bis del Código de Aguas): El artículo 6° bis dispone que todo cambio de uso de un derecho de aprovechamiento deberá ser informado a la DGA, so pena de ser sancionado con una multa a beneficio fiscal en caso de incumplir dicho deber. Sin perjuicio de ello, si la DGA constata que el cambio de uso produce una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde las aguas se extraen, el servicio podrá limitar o suspender el ejercicio del derecho mientras persista tal afectación. El mismo artículo caracteriza “cambio de uso” como aquel que se realiza entre distintas actividades productivas, tales como la agropecuaria, la minera, la industrial o la eléctrica. Esta norma atenta contra la facultad de disposición que emana del dominio, protegida tanto por el artículo 19 N°24 como 19 N°26, en cuanto se cercenan las posibilidades de transferir el DAA a terceros en el mercado del agua. Afecta, a su vez, el uso y goce del derecho por parte de un eventual adquirente, toda vez que la DGA puede, con alto grado de discrecionalidad -ya que la norma no establece parámetro alguno para determinar cuándo ello procede ni con qué intensidad debe disponerse la suspensión del derecho- decretar la cesación del ejercicio del mismo.
4. **Negación del derecho a ser indemnizado de los perjuicios producidos por la redistribución de las aguas disponibles en zonas de escasez hídrica** (nuevo artículo 314, inciso noveno): El artículo 314 planteado por el proyecto de ley regula la declaración de zonas de escasez hídrica y las consecuencias derivadas de su determinación. La norma dispone que el Presidente de la República, a petición o previo informe de la DGA, puede declarar zonas de escasez hídrica ante una situación de severa sequía por un período de hasta un año -prorrogable sucesivamente-. Declarada la zona de escasez hídrica, la DGA queda facultada para suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia y los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez, para así poder distribuir directamente las aguas disponibles. Mientras la normativa actual

establece que todo titular de derechos que, a consecuencia de esta situación excepcional, reciba una proporción de aguas menor que la que le debiera corresponder -atendida la disponibilidad hídrica- tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco, el proyecto en comento proscribiera expresamente cualquier indemnización.

Esta norma es evidentemente inconstitucional. El artículo 19 N°24 inciso tercero de la Constitución dispone que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional. En caso de verificarse tal circunstancia, el expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a ser indemnizado por el daño patrimonial causado. En la situación descrita por este artículo ocurre una verdadera expropiación del DAA y, sin embargo, la misma norma dispone expresamente en su inciso final que el titular perjudicado no tendrá derecho a indemnización alguna, lo que supone una contravención expresa y burda de la norma constitucional recién transcrita.

Es importante tener presente que estas inconstitucionalidades no se producen en materias accidentales del proyecto de ley sino, muy por el contrario, en disposiciones esenciales del mismo, en cuanto la nueva naturaleza del DAA por él consagrada constituye el pilar de esta reforma al Código de Aguas, circunstancia que, una vez declarada la inconstitucionalidad de tales normas por la Comisión de Constitución, obliga a replantearse la procedencia y pertinencia del entero proyecto y a reconsiderar la indicación presentada por el Gobierno en 2019.