

**FJG**

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

**#1924**  
Edición

# MIRADA POLITICA

**JULIO**  
2019

**CÓDIGO DE AGUAS**

**UNA MALA LEGISLACIÓN**



## **I. INTRODUCCIÓN**

La Comisión de Agricultura del Senado se encuentra analizando una moción parlamentaria ingresada el año 2011, que modifica el Código de Aguas. La iniciativa ya se encuentra en Segundo Trámite Constitucional, y ha generado legítimas dudas respecto a su constitucionalidad y al beneficio que puede otorgar tanto para las actividades productivas como para el consumo humano.

## II. REGULACIÓN ACTUAL DE LAS AGUAS

Hoy, los derechos que existen sobre las aguas se encuentran regulados tanto en la Constitución Política de la República, como en el Código de Aguas. El Código reconoce que las aguas son **bienes nacionales de uso público**, es decir, aquellos que pertenecen a la Nación toda, cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la Nación. Es en virtud de lo anterior que el Código de Aguas contempla la concesión de **derechos de aprovechamiento de aguas**, los cuales son de **propiedad de su titular**, tal como lo reconoce el mismo Código y la Constitución.

En base a los principios generales del Derecho, el derecho de propiedad tiene como características que es **absoluto**, de manera que el dueño puede usar, gozar y disponer de la cosa según le parezca, no siendo contrario a la ley ni a derecho ajeno; **exclusivo**, en el sentido de que no puede existir más un derecho absoluto de dominio sobre una misma cosa (sin perjuicio de que se puede ser dueño de distintas cuotas de una misma cosa); y **permanente**, es decir, que no se extingue por su no uso.

El Código de Aguas señala que los derechos de aprovechamiento se constituyen originariamente por acto de autoridad, y la posesión de los mismos por medio de la inscripción pertinente. En cuanto a la transferencia, transmisión o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento de aguas, el Código de Aguas se remite a las normas generales consagradas en el Código Civil.

En cuanto a las facultades que el Código otorga a la autoridad, cabe destacar su **Art. 27** que consagra la posibilidad

de expropiar derechos de aprovechamiento para satisfacer necesidades domésticas de la población por no existir otros medios para obtener, siempre y cuando se deje al expropiado el agua necesaria para iguales fines.

Sobre la **extinción de los derechos de aprovechamiento de aguas**, el Código señala como causales la renuncia contemplada en el Art. 6º del mismo y las normas de Derecho Común.

El Código dedica también un Título a la protección de las aguas y cauces. De esta forma, señala como deber de la Dirección General de Aguas el de velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, al constituir derechos de aprovechamiento de aguas. Es así como se establece un **caudal ecológico mínimo**, que solo afecta a los nuevos derechos que se constituyan. También otorga la misma facultad del Presidente de la República, en casos calificados y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente.

Otro aspecto relevante del Código vigente es el establecimiento de patentes por no uso de los derechos constituidos. Dichas patentes consisten en el pago de un monto a beneficio fiscal –que varía según la naturaleza del derecho y la Región del país en que el punto de captación se ubique– en aquellos casos en que el titular del derecho no realice las obras que la ley exige, tales como obras de captación y de restitución. En caso de no pago de la patente, el Código contempla un procedimiento ejecutivo en sede judicial.

### III. ASPECTOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE INTRODUCE EL PROYECTO

El proyecto de ley de reforma al Código de Aguas parte de la base del siguiente diagnóstico: hoy, la situación climática e hídrica del país es absolutamente distinta a la imperante en la época de dictación del Código. Se trataba de una época de abundancia del recurso, a diferencia de hoy en que existe una crisis de escasez en varias zonas del país. A esto se suma un problema de “especulación sobre las aguas” de manera tal que se constituían derechos de aprovechamiento de forma desmedida y, en gran parte de los casos, estos derechos no están siendo utilizados por sus titulares. Finalmente, se considera por algunos que las normas sobre pago de patentes por no uso son “letra muerta”, de manera que no existe un desincentivo real para quienes incurren en las conductas recién señaladas. Es a partir de dicho análisis que el proyecto plantea una serie de modificaciones sustanciales al régimen de las aguas vigentes en Chile, dentro de las cuales se destacan las siguientes.

En primer lugar, el proyecto consagra como un principio fundamental del Derecho de Aguas la existencia de un **derecho humano al agua**, que se manifiesta en el acceso al agua potable y el saneamiento. De esta forma, el proyecto señala que, en virtud del **interés público**, se constituirán derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales podrán ser limitados según las normas del Código. Para estos efectos, el proyecto comprende bajo el concepto de interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el **consumo humano** y el **saneamiento**, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las

aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas.

En segundo lugar, el proyecto cambia completamente la **naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas**, pasando este de ser un derecho de dominio a una especie de concesión administrativa sobre las aguas. De esta forma, los nuevos derechos de aprovechamiento de aguas tienen el carácter de temporales, además de estar sujetos a un uso determinado. El proyecto señala expresamente que se trata de un derecho real que concede el uso y goce de carácter **temporal** de las aguas. Dichos derechos se originan en una concesión cuya duración será de **treinta años**.

En tercer lugar, se introducen cambios sustanciales en materia de **sanciones por no uso de las aguas**. De esta forma, el proyecto incorpora una norma en virtud de la cual el no uso o el uso para un fin diverso a aquel para el cual fue constituido el derecho, acarrea su extinción. Sobre la primera hipótesis, el proyecto establece distintos plazos de caducidad por no uso. Así, en el caso de los derechos de aprovechamiento consuntivos, el plazo será de 5 años y en el caso de los derechos no consuntivos, será de 10 años. Estos plazos comenzarán a correr desde la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente por no uso.



Foto: siss.gob.cl

Para fiscalizar el uso de las aguas, el proyecto establece una carga para los titulares de los derechos de aprovechamiento –sean éstos organizaciones de usuarios o titulares exclusivos– consistente en la obligación de instalar y mantener un sistema de medida de caudales extraídos y restituidos, y un sistema de transmisión de la información obtenida a la Dirección General de Aguas.

El proyecto mantiene la existencia de las patentes por no uso, con ciertas modificaciones. Así, por ejemplo, establece que el titular de un **derecho constituido con anterioridad a la publicación de la ley** que no haya construido las obras de captación y restitución de caudales habiendo transcurrido 10 años desde dicha publicación en el caso de derechos no consuntivos o 5 años para los consuntivos, quedará afecto a la extinción de su derecho en aquella parte no efectivamente utilizada, de conformidad a las disposiciones del Código.

En cuanto a los usos distintos a aquellos para los que fueron constituidos, la Comisión de Agricultura del Se-

nado aprobó una indicación formulada por la senadora Carmen Gloria Aravena que establece que, cuando se concedan derechos de aprovechamiento de aguas para el consumo humano y el saneamiento, no podrán utilizarse dichas aguas para fines distintos y, si así fuere, sus titulares serán sancionados con la pérdida del derecho, salvo que el uso de los mismos no afecte los fines señalados. Asimismo, se admite la transferencia de dichos derechos, siempre y cuando se mantenga el uso para el cual fueron constituidos y dichas transferencias sean informadas a la Dirección General de Aguas.

Finalmente, el proyecto establece en sus disposiciones transitorias que los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de la ley continuarán estando vigentes y mantendrán su carácter de indefinidos en el tiempo. Esto sin perjuicio de que se les aplicarán las demás normas que consagre el Código **y podrán extinguirse por su no uso** y caducar por su no inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

## IV. CONCLUSIONES

La escasez hídrica en ciertas zonas de nuestro país es un hecho irrefutable, el cual viene dado por una serie de factores, especialmente climáticos. Es por esto que, efectivamente, es necesario un cambio en la legislación que rige actualmente las aguas, ya que la realidad sobre la cual se fundaba el Código vigente es radicalmente distinta a la que se vive en la actualidad. No obstante, existen diferencias importantes en cuanto a la forma de llevar a cabo estos cambios, de manera que una reforma al Código de Aguas no puede pasar por alto derechos adquiridos, ni debe generar conflictos con principios básicos como aquellos consagrados en la Constitución Política de la República.

Uno de los puntos que ha generado mayor controversia durante la tramitación del proyecto ha sido el cambio de naturaleza de los derechos de aprovechamiento de aguas, pasando de ser un derecho de dominio a una concesión administrativa. El principal conflicto que se produce es la colisión entre las normas del proyecto y la Constitución, ya que esta última sigue reconociendo y amparando un derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento. Este fue un punto planteado por el Director General de Aguas, Óscar Cristi en una de las sesiones de la Comisión de Agricultura del Senado, señalando que con esta norma se abren dos caminos distintos: por un lado, podría considerarse que una norma de rango legal está modificando la Constitución, o por otro, se podría interpretar como que existen dos regímenes paralelos que rigen estos derechos. El artículo primero transitorio del proyecto antes aludido insta a pensar que el proyecto se inclina por la segunda alternativa.

Siguiendo esta línea de interpretación, la norma estaría estableciendo una diferencia arbitraria, que vendría dada por la fecha en la que fueron constituidos los derechos de aprovechamiento de aguas, más que una razón de fondo. Además, genera la contradicción de que, a pesar de estar aparentemente reconociendo un derecho de dominio sobre las aguas (como lo señala la Constitución) le hace aplicable las normas sobre extinción por no uso, lo cual implica la privación del dominio por un medio distinto que la expropiación. Asimismo, se estarían limitando

las facultades del dueño de estos derechos, al obligarlo a que estos se sujeten a un determinado uso, sin poder modificarlo.

Esta interpretación hace surgir además la duda sobre qué pasa con los derechos ya constituidos, pero que se quieran modificar. ¿Se les considerará como nuevos derechos para efectos de determinar la norma a la que se sujetan? ¿O seguirán considerándose como una continuidad del derecho ya constituido? Esta duda da cuenta de las eventuales incertidumbres que este proyecto podría generar.

A mayor abundamiento, fueron autoridades del gobierno anterior quienes dieron cuenta de las complejidades de la normativa. En específico, durante la tramitación en la Cámara de Diputados, el entonces Subsecretario de Hacienda, Alejandro Micco, señaló que respecto al proyecto *“han surgido diversas modificaciones que representan cierto nivel de complejidad para el Ejecutivo, particularmente en cuanto al planteamiento de usos específicos que de alguna forma elimina la lógica de una asignación eficiente de los recursos hídricos para las funciones productivas que sean más pertinentes para el desarrollo del país”*.

Concordamos en que las necesidades de acceso a agua potable para el consumo y la conservación ecosistémica deben ser temas prioritarios al momento de gestionar la regulación de las aguas y la constitución de derechos sobre las mismas. No obstante, discrepamos con la forma en que el proyecto pretende hacerlo. El cambio radical que se propone en materia de derechos de aprovechamiento de aguas nos parece directamente atentatorio contra los derechos adquiridos bajo la vigencia del Código actual y contra los principios que la propia Constitución establece, además de perjudicar gravemente la seguridad jurídica. Una solución a las problemáticas antes planteadas debe venir dada por un fortalecimiento de las atribuciones de fiscalización de la Dirección General de Aguas, reforzar las sanciones existentes por no uso, y la creación de órganos de carácter técnico como el Panel de Expertos que se propone crear en la indicación formulada por el Ejecutivo.



Capullo 2240, Providencia.

[www.fjguzman.cl](http://www.fjguzman.cl)

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman