

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN



EL RÉGIMEN DE AGUAS EN CHILE Y LA REFORMA QUE SE VIENE

Nº 320 | 21 de abril 2021



Ideas & Propuestas

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente número de *Ideas & Propuestas*, se analiza la situación del régimen de aguas en nuestro país –considerando su relevancia en la discusión pública–, las posturas existentes en el actual debate respecto de su uso, así como un examen al proyecto de reforma, actualmente en discusión parlamentaria, al Código de Aguas vigente.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de los recursos naturales ha tomado cierto protagonismo en la reciente discusión constitucional, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque existe una legítima preocupación por establecer las normas más justas para acceder a ellos y constituir derechos; y, en segundo término, porque necesariamente la explotación de estos recursos implica una intervención medioambiental que requiere ponderar el acceso al recurso en contraposición al derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación.

Dentro de los recursos naturales, probablemente el más importante —por las implicancias que tiene para la vida— es el agua. Desde hace mucho se ha discutido la forma en que nuestra legislación regula las aguas. Se han sostenido posiciones encontradas señalando, por una parte, que el derecho al agua no existe y es más bien una suerte de bien de consumo al mismo nivel que cualquier otro bien doméstico que se transa en el mercado. Esta crítica, con todo,

se basa en un superficial examen que no considera variables económicas, jurídicas y sociales de acceso al agua. Si bien es posible que en determinados casos haya un abuso por parte de algunos de su posición de privilegio, en ningún caso el acceso al agua está supeditado a criterios comerciales o de capacidad económica. Esta concepción acerca del derecho al agua ha llevado a que se busque una reforma al Código de Aguas, que es el principal cuerpo normativo en tanto establece los conceptos y procedimientos para su regulación.

A nuestro juicio, hay un giro considerable en la regulación, toda vez que se realizan modificaciones en la concepción del derecho de aprovechamiento de aguas, en la justificación para la limitación del derecho, los usos del agua, la extinción del derecho, entre otras cosas. Pasaremos a analizar algunos de estos asuntos que, a nuestro juicio, no solo son hoy parte del debate legislativo sino que, además, son abordados en la discusión constitucional.

II. MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS EN CHILE

El marco jurídico del agua en nuestro país está dado en diversos niveles. En primer lugar, a nivel constitucional, a partir del estatuto de la propiedad en los artículos 19 N.º 23 y 24.

En el artículo 19 N.º 23 la Constitución vigente se asegura a todas las personas *“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”*. Con esta norma, se consagra el reconocimiento constitucional de los bienes nacionales de uso público, regulados en el Código Civil y otros cuerpos legales, siendo uno de los recursos más importantes que caen dentro de esta categoría el agua. Por otro lado, en el artículo 24 inciso final hay un primer reconocimiento expreso del derecho de aprovechamiento 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”*. Esta norma establece de forma prístina que no existe un dominio sobre el agua misma, sino sobre el derecho de aprovechamiento, lo que implica que debe cumplirse con los requisitos que establece la ley para constituirlo.

En un segundo nivel hay un reconocimiento al derecho al agua en los instrumentos internacionales que ha

ratificado Chile y que se incorporan al derecho nacional a través del artículo 5 inciso segundo de la Constitución. Si bien no se regula directamente el denominado “derecho de acceso al agua”, sí se ha reconocido éste por los tribunales de justicia,¹ conforme diversas disposiciones e interpretaciones. Con todo, precisamente por esa falta de claridad, esta materia sigue en discusión.

En un tercer nivel, está la regulación que hace el Código de Aguas a estos derechos de aprovechamiento, conforme lo mandata la Constitución en el artículo 19 N.º 24 inciso final. Esta norma es de especial relevancia pues, como hemos visto, es la que finalmente especifica la forma en que constituyen los derechos de aprovechamiento de aguas, la forma en que estos caducan, los procedimientos judiciales y administrativos asociados y todos los aspectos relativos a los mismos.

Adquiere particular relevancia en ese sentido el proyecto que Reforma el Código de Aguas (Boletín N.º 7.543-12), que está en segundo trámite constitucional en el Senado. El proyecto de ley introduce modificaciones relevantes en el ámbito de regulación del derecho de aprovechamiento de aguas, algunas que modifican sustancialmente el régimen de aguas de nuestro país, razón por la que se han planteado cuestionamientos a su constitucionalidad tanto en el primer trámite en la Cámara de Diputados, como en el segundo trámite en las dos comisiones que lo han examinado.

¹ Fallo Exctma. Corte Suprema, 25 de marzo de 2021, causa rol 72.198-2020.

III. PROYECTO QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS (BOLETÍN Nº 7.543-12)

Algunos de los aspectos que a nuestro juicio reestructuran y, en definitiva, modifican la naturaleza del derecho de aprovechamiento de aguas son los que enumeramos a continuación. A pesar de no ser todos los aspectos cuestionables del proyecto, consideramos que son los centrales para comprender las dimensiones del cambio que se pretende plantear.

1. Se reconfigura el derecho de propiedad: cambio de “dueño” a “titular” de derechos.

Desde el punto de vista semántico, la connotación jurídica de “titular” versus “dueño” no es baladí, puesto que es el derecho de dominio desde donde emana el concepto de “dueño”. El reemplazo del término supone que no existe tal relación, que tienen entre sus características el ser de carácter perpetuo, por lo que asumir como titular, se entiende que hay una relación limitada en el tiempo que, eventualmente, podría cambiar de titularidad. La consecuencia más gravosa es que se precariza la situación de quienes hoy sí son dueños de sus derechos de aprovechamiento, además de generar un régimen paralelo de derechos de aprovechamiento en el que existen dueños, amparados por la Constitución, y titulares regulados por el Código.

Con el nuevo artículo 6 se establece que *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad a las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código, o por el solo ministerio de la ley.”*

Este es el cambio más radical en la concepción de los derechos de aprovechamiento. Si bien es cierto prevalece el concepto a través del cual el derecho de aguas sigue siendo un derecho real, éste queda transformado en una concesión administrativa, a plazo y con causales de caducidad por el no uso efectivo del recurso, lo que implica un despojamiento de los atributos esenciales del dominio.

Este derecho será de 30 años y se concederá de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, según correspondan. Es decir, se trata de una desnaturalización del derecho: si bien se reconoce como un derecho real, se modifica por completo su concepto al establecerse un plazo de caducidad. En caso de que la autoridad considere que el derecho deba otorgarse por un plazo menor, deberá justificar dicha decisión por resolución fundada.



Foto: eldefinido.cl

Esta duración se prorrogará sucesivamente, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso. Esta prórroga se hará efectiva en la parte utilizada de las aguas, en consideración a lo dispuesto en el inciso primero del Art. 129 bis 9 (que regula la obligación de realizar las obras de captación) y a los criterios de sustentabilidad de la fuente de abastecimiento. De constatarse una afectación a la sustentabilidad de la fuente, se aplicará lo dispuesto en los artículos 17 y 62 (redistribución de aguas y limitación del ejercicio de los derechos de aprovechamiento).

2. El agua como bien nacional de uso público y el interés público como criterio para entregar derechos de agua.

El Código de Aguas vigente establece que el agua es un bien nacional de uso público. Los bienes nacionales de

uso público, conforme el artículo 589 del Código Civil, son aquellos que pertenecen a la nación toda. Es la propia Constitución la que establece la existencia de estos bienes en el artículo 19 N.º 23. Si bien el proyecto reconoce esta situación, agrega un nuevo inciso al artículo 5 en virtud del cual, en función del *interés público*, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio.

El problema radica en que acá se trata de un concepto disinto al que establece la Constitución como legítimo para limitar el derecho de dominio, cual es conforme al artículo 19 Nº24, el *interés general de la Nación*. Aquel concepto no es el considerado en la Constitución y por lo tanto es ajeno a una limitación constitucional admisible. Por otro lado, tampoco se define en el mismo código qué se entenderá por tal, dejando a la discreción de la administración del Estado la limitación de un derecho fundamental.

3. Los usos del agua

El proyecto señala que el acceso al agua potable y de saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado. El carácter de derecho al agua potable ha sido un tema largamente discutido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional. Lo cierto es que, conforme lo ha señalado nuestra jurisprudencia, el derecho al agua potable es un derecho reconocido por Chile a través de diversos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que se integran a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 5 inciso segundo, que ha servido de “norma puente” entre el derecho nacional y los tratados internacionales. Particularmente cabe hacer referencia al artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece el concepto de “vida digna” y que, conforme lo ha señalado la Corte Suprema, incluye el derecho al agua en tanto es una condición de posibilidad para la vida.

Además del consumo humano y los tipos de consumo asociados a la subsistencia, se reconoce el uso para la preservación ecosistémica y la producción. Siempre

prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación del ejercicio de los derechos.

4. Extinción y caducidad del derecho de aprovechamiento

El proyecto considera una serie de hipótesis que permiten la caducidad de los derechos, coherente con el concepto desnaturalizado del derecho de aprovechamiento en tanto se regula como si se tratara de una concesión administrativa, como hemos indicado anteriormente.

En primer lugar, el proyecto introduce un nuevo artículo 6 bis conforme al cual se pueden extinguir los derechos de aprovechamiento si su titular no hace un uso efectivo de él. Para los derechos consuntivos el plazo es de 5 años, y para los no consuntivos, 10 años. Cabe precisar, para efectos de mejor comprensión, que los derechos consuntivos son aquellos cuyo destino es el consumo en cualquiera de sus formas; los derechos no consuntivos, por su parte, son aquellos que permiten el uso del agua sin consumirla.



Foto: colbun.cl

Asimismo, se considera una nueva norma en el artículo 62 que señala también que *“si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del acuífero o una parte del mismo, al punto que afecte su sustentabilidad, y la Dirección General de Aguas así lo constata, deberá, de oficio o a petición de uno o más afectados, limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en la zona degradada, a prorrata de ellos, de conformidad a sus atribuciones legales”*. Se entenderá que se afecta la sustentabilidad del acuífero cuando, con el volumen de extracción actual, se produce un descenso sostenido o abrupto en los niveles freáticos del acuífero.

Otra hipótesis de caducidad se contempla en el **Artículo segundo** transitorio del proyecto, el que señala que los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por acto de autoridad con anterioridad a la publicación de esta ley cuyos titulares no los hubieren inscrito en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente, deberán hacerlo, **bajo apercibimiento de caducidad** de éstos por el solo ministerio de la ley, dentro del plazo de 15 meses contados desde la publicación de la ley.



Foto: visitchile.com

IV. CONCLUSIONES

La discusión acerca de la regulación del agua no es un tema que sea ajeno a nuestra discusión constitucional. Quienes la han promovido manifiestan que existe una suerte de concepción del agua como un simple bien de consumo y no como un derecho reconocido. No obstante que no puede dejarse de lado ésta idea, pues efectivamente el agua es un bien escaso, su importancia para la vida humana requiere que tenga un tratamiento especial y que se hagan los mejores esfuerzos para que su distribución sea lo más justa posible. En ese sentido, se trata evitar que precisamente por carecer de toda regulación en tanto bien escaso, se termine haciendo ineficaz su distribución, y en definitiva, sea concebido como una

concesión del Estado administrada por burócratas y sometida, en definitiva, a la buena voluntad de la Administración y amparada en conceptos indeterminados como “interés general”, que entre otras cosas, será definido administrativamente.

Cualquier regulación requiere de una cierta intervención administrativa que ordene la distribución conforme a procedimientos que sean conocidos por todos, pero ninguna regulación puede terminar cercenando los derechos adquiridos ni menos estableciendo expropiaciones encubiertas como se ha llegado a plantear en la discusión acerca del proyecto de Reforma al Código de Aguas.



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman