



FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

APUNTE CONSTITUCIONAL N° 20

***Régimen público de las aguas
en el debate constitucional***

11 de agosto de 2023

I. Introducción

En el contexto de escasez hídrica actual, el régimen jurídico de las aguas ha dado mucho que hablar en nuestro país. Chile, por su diversidad geográfica, posee una de las reservas más grandes de agua dulce en el mundo, pero ha sido uno de los países más golpeados por la sequía. Además, aún se mantienen vivos los recuerdos de la Reforma Agraria de la Unidad Popular, que trajo el desdibujamiento de su histórico sistema de derechos de aguas. Por último, a esto se le suma la gran reforma al Código de Aguas, aprobada en 2022, y que vio la luz después de once años de tramitación en el Congreso. Sólo este largo periodo de discusión denota la importancia que ha adquirido la materia en la vida pública nacional.

Es en este contexto en que se insertan los procesos constitucionales sucesivos. Uno buscó, guiado por una minoría vociferante, eliminar la rica tradición normativa que tienen, los derechos de aprovechamiento de aguas. Rechazado ese intento refundacional, es de esperar que la discusión constitucional de 2023 aprenda de dichos errores, y actualice prudentemente el régimen de las aguas, pero mantenga su esencia. Sólo así se podrán mantener los avances del Código de Aguas, y hacernos cargo de la escasez hídrica, pero sin poner en jaque la seguridad jurídica que los miles de titulares de aprovechamiento de aguas merecen tener.



Foto: es.wikipedia.org

II. Estado actual

La regulación actual de las aguas en la Constitución vigente consta de un inciso, **que asegura la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento que recaen sobre las aguas.** Esto, que parece simple, ha causado grandes confusiones, y ha originado el mito, tantas veces repetido, de que en Chile las aguas son privadas. Esto no es así. La situación se aclara cuando se interpreta la norma, consagrada en el artículo 19 n°24 inciso final, de forma armónica con el resto del ordenamiento jurídico.

Primero, es esencial traer a la discusión el artículo 595 del Código Civil, que antecede en más de ciento veinte años a la Carta Fundamental actual, y que dispone que **todas las aguas son bienes nacionales de uso público.** Esto significa que el dominio y uso sobre ellas pertenecen a la Nación toda. Por tanto, desde al menos 1855, que el recurso es inapropiable en Chile. Esta calidad es refrendada por el artículo 5 del Código de Aguas.

La inapropiabilidad del recurso se completa con el artículo 19 n°23 de la Constitución vigente, que consagra el derecho a la propiedad, y que dispone qué bienes pueden ser objeto de dominio. **En él, se excluyen expresamente a aquellos bienes que pertenecen a la Nación toda.** Por tanto, de una lectura coherente, se deduce que las aguas, al menos en su fuente natural o en obras estatales del desarrollo del recurso, siguiendo al artículo 22 del Código, son bienes nacionales de uso público, y por tanto son inapropiables.

Para poder ordenar el uso de un elemento tan importante para la vida y la producción nacional, pero que a la vez pertenece a todos los chilenos, es que el Estado, como representante de la Nación, entrega derechos de aprovechamiento de aguas. Estos son aquellos que permiten a su titular usar y gozar de un cierto caudal, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones de la ley y el título que lo otorgan. Así lo establece el artículo 6 del Código.

Estos derechos pueden ser:

1. Otorgados: los otorga la Dirección General de Aguas o la ley de pleno derecho. Esto ya casi no ocurre, pues la mayoría de las comunas son zonas de escasez, por lo que no se pueden otorgar derechos permanentes sobre ellos.

2. Reconocidos: normalmente suelen ser derechos consuetudinarios que se vienen usando desde antes de la entrada en vigor del Código de Aguas de 1981. Esto, pues las mercedes sobre las aguas son, de hecho, una institución que los españoles tomaron del derecho indígena, por lo que hay derechos de aprovechamiento que tienen décadas de antigüedad y que pudieron quedar desamparados luego de la Reforma Agraria.

Por tanto, el derecho de aprovechamiento de aguas no es uno de propiedad sobre éstas, sino que es un derecho real limitado que permite al titular el uso y goce de un recurso que pertenece a todos, y que le ha sido entregado o reconocido por el Estado a través de la Administración.

Es este derecho el que se protege en el inciso final del artículo 19 n°24. Si se lee con atención, se verá que la propiedad que se consagra es sobre “ellos”, de acuerdo con el artículo 583 del Código Civil, no “ellas”, por lo que se refiere a los derechos de aprovechamiento de aguas, no a éstas. **Por tanto, en Chile las aguas no son privadas.**

A mayor abundamiento, los derechos de aprovechamiento como derechos reales que entran al patrimonio del titular vinieron a devolver la certeza jurídica que se había perdido con la Reforma Agraria. Han permitido el crecimiento agrícola del país, y le otorgan herramientas a los agricultores para poder mejorar sus vidas. La propiedad sobre ellos permite disponer de ellos a través de, por ejemplo, hipotecas para solicitar un crédito bancario. A propósito del proceso pasado, notas de El Mercurio¹ advertían su importancia, en sendos artículos del 17 de junio de 2022, señalando que el fin del dominio sobre ellos no sólo podría dificultar la industria alimentaria nacional, sino que a los mismos agricultores: se estima que sus terrenos, en el mejor de los casos, **valdrían entre 20% y 30% menos sin los derechos de aprovechamiento, y disminuirían sus patrimonios, lo que les dificultaría el acceso a créditos.**

[1] Gutiérrez, M. (17 de junio de 2022), “Fin de los derechos de agua provocaría baja de 20% a 30% en valor de terrenos agrícolas”, *El Mercurio*, B4 y Castellanos, P. (17 de junio de 2022), “Cambios sobre las aguas disminuirán el patrimonio de los pequeños agricultores”, *El Mercurio*, 6



Foto: laderasur.com

III. Lecciones de la Convención de 2021-2022

La discusión constitucional de las aguas se dio principalmente en la Comisión de Medio Ambiente y Sistema Económico, que contaba con una presencia mayoritaria de los llamados “ecoconstituyentes”: convencionales que pertenecían a movimientos sociales radicales vinculados a demandas ecológicas, como MODATIMA.

Al tener los votos suficientes, lograron imponer una verdadera agenda refundacional en la materia. Por una parte, se terminaba con la categoría ampliamente reconocida de bienes nacionales de uso público, que era reemplazada por la de bienes comunes naturales (que podían, por error de la comisión, ser inapropiables o no), consagrada en el artículo 134 del proyecto de nueva Constitución. Las aguas, que eran incluidas en esta novedosa categoría, podían ser utilizadas, en la medida que el interés público así lo ameritase, a través de títulos administrativos que

eran esencialmente temporales y revocables por la autoridad. Esto, con excepción de los pueblos originarios, que tenían derechos de propiedad sobre las aguas que estuvieran sobre sus territorios ancestrales, según el artículo 58. Este derecho de propiedad era totalmente anómalo a nuestro sistema, que, como se expuso, se basa en la dualidad de las aguas que pertenecen a la Nación, y derechos reales de uso que son de propiedad de sus titulares.

No sólo terminaron con los derechos de aprovechamiento de aguas como derechos reales susceptibles de dominio, sino que en las normas transitorias consagraron lo que en la práctica era una expropiación sin indemnización de los miles de derechos de aprovechamiento de aguas ya existentes. Tomando en cuenta la importancia ya mencionada de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento, el impacto que esto tendría en la economía y en la vida nacional era enorme². Esto ayudó a impulsar a los sectores rurales a sumarse al amplio rechazo, que terminó imponiéndose el 4 de septiembre al proyecto de la Convención Constitucional.

[2] Sin contar la injusticia que representaba en sí una expropiación sin indemnización.



IV. Proceso constitucional

El proceso constitucional de 2023 ha estado marcado por una medida que no se vio en el primero. Sin embargo, esto no ha impedido que el régimen de las aguas sea uno de los temas más fuertemente controvertidos, y que incluso haya sido uno de los puntos que frenó, momentáneamente, el acuerdo en torno a las enmiendas en la Comisión de Expertos.

Las normas al respecto que acabaron siendo aprobadas en el anteproyecto son:

1. Derecho humano al agua en cantidad suficiente (artículo 16 n°29):

“29. El derecho al agua y al saneamiento, de conformidad a la ley. Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras.

Prevalecerá su uso para el consumo humano y para el uso doméstico suficiente.”

Este es un derecho que ya se reconoce en el plano internacional³, y que Chile ya aplica en la práctica, a través de las resoluciones de la Corte Suprema que impiden el corte de agua por no pago de las tarifas, o el establecimiento de un mínimo vital de agua de 100 l/s por persona⁴. Por tanto, su inclusión actualiza el compromiso de Chile con la provisión de agua a lo establecido a nivel internacional, lo que es relevante en un contexto de sequía.

2. Repetición de la fórmula del derecho a la propiedad (artículo 16 n°33):

*33. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, **excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas 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.*

Una ley de quorum calificado, cuando así lo exija el interés nacional, podrá establecer prohibiciones, limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

Esto replica la fórmula del artículo 19 n°23 actual, manteniendo la inapropiabilidad sobre los bienes nacionales de uso público.

[3] Resolución 64/292 de la ONU, del 2010.

[4] “Población El Melón con Anglo American”, rol 72.198-2020 de la Corte Suprema.

3. Inclusión del derecho de aprovechamiento dentro del derecho de propiedad, pero sin mención expresa a ella: artículo 16 n°34 letra i):

*i) Las aguas, en cualquiera de sus estados, **son bienes nacionales de uso público.** En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la Nación. **En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con la ley. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas que confiere a su titular el uso y goce de ellas, de conformidad con las reglas, temporalidad, requisitos y limitaciones que prescribe la ley.***

Esta norma tiene aspectos positivos y negativos. Por una parte, constitucionaliza lo que el artículo 595 del Código Civil ya consagra, y, unido a lo dispuesto en el numeral 33 del artículo 16, recrea la prohibición constitucional de apropiación de las aguas. Esto lo logra manteniendo categorías que son familiares a nuestro derecho, como la de bienes nacionales de uso público.

Sin embargo, debilita la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Por una parte, se lleva a nivel constitucional su temporalidad, algo que, si bien se establece en el Código de Aguas del 2022, no concita los apoyos suficientes como para fosilizarlo en la Carta Magna. Esta característica, especialmente tomando en cuenta que el Código no tiene ni dos años de vigencia, debiese poder ser eventualmente discutida en el Congreso sin la necesidad de una reforma constitucional. Además, resulta extraño consagrar en la Constitución la finitud de un derecho que ella misma reconoce.

Pero lo que más preocupación genera es la abierta omisión de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento. A pesar de que la norma se inserta en el numeral que aborda el dominio, el bloque del oficialismo dentro de la Comisión de Expertos se negó expresamente a consagrar abiertamente esto. Si bien se acordó caracterizarlos como derechos reales, esto no es suficiente, pues ha habido una corriente que plantea la existencia de derechos reales administrativos, de menor firmeza que los establecidos en el Código Civil, y que se asemejarían más a concesiones o títulos administrativos, los que son esencialmente revocables por la autoridad.

Esta incerteza en cuanto a la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, por lo que ya se ha dicho, genera un detrimento para importante para sus titulares. Si bien es menos grave que lo ocurrido durante el proceso constitucional pasado, da pie para cuestionarse cuán realmente protegidos por la propiedad están estos derechos, lo que puede generar, en la práctica, efectos similares a los expuestos en las noticias mencionadas por El Mercurio.



Foto: es.wikipedia.org

V. Conclusiones

En conclusión, Chile ha mantenido una regulación coherente a través del tiempo en materia de aguas, con excepción del periodo de la Reforma Agraria durante el gobierno de la Unidad Popular. Ésta consiste en una dualidad compatible entre el recurso como un bien nacional de uso público, y por tanto inapropiable, y la entrega o reconocimiento estatal de derechos de aprovechamiento de aguas que permiten usar y gozar, ordenadamente, de él. Este equilibrio, que respeta el dominio nacional sobre las aguas, ha rendido frutos, permitiendo una utilización ordenada de las aguas, fomentando obras que impulsan en uso eficiente del recurso, y ayudando al desarrollo de la vida de miles de chilenos.

Es importante que se mantenga esto, no sólo por la tradición chilena en la materia. Por eso, el Consejo Constitucional no puede acercarse a las posiciones que tuvo la Convención pasada, y debe, por el contrario, rescatar dicha tradición, para así poder seguir contribuyendo al uso ordenado de un recurso que pertenece a todos los chilenos.

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

www.fjguzman.cl

 @FundacionJaimeGuzmanE  @fundacionjaimeguzman  @FundJaimeGuzman

Capullo 2240 - Providencia, Santiago | Tel: (56 2) 2940 1100