

REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS: UN PROYECTO QUE TRANSGREDE DERECHOS AMPARADOS POR LA CONSTITUCIÓN

- En enero de 2019, el gobierno del Presidente Piñera ingresó una indicación sustitutiva a la reforma al Código de Aguas que se tramita en el Congreso Nacional. Sin embargo, la Comisión de Agricultura del Senado descartó la mayoría de sus disposiciones, insistiendo, en sus aspectos esenciales, en la indicación presentada por la ex Presidenta Bachelet y despachando el proyecto a la Comisión de Constitución a comienzos de este año.
- La reforma incurre en una serie de inconstitucionalidades derivadas, principalmente, de la transgresión tanto del derecho de propiedad en general, como del que recae sobre el derecho de aprovechamiento de aguas en particular.
- Todas ellas, además de infringir el marco jurídico vigente, desvirtúan el sistema nacional de aguas, precarizan los DAA actuales y futuros y otorgan facultades discrecionales a la administración, afectando la certeza jurídica y el eficiente uso del recurso hídrico.

En enero de 2019, el gobierno del Presidente Sebastián Piñera ingresó una indicación sustitutiva a la reforma al Código de Aguas que se tramita en el Congreso Nacional. Dicha indicación tenía por objeto garantizar un sistema nacional de aguas en que convivieran la certeza jurídica y la seguridad hídrica con la garantía del consumo humano y la conservación del recurso. Sin embargo, la Comisión de Agricultura del Senado descartó la mayoría de sus disposiciones, insistiendo -en sus aspectos esenciales- en la indicación presentada por la ex Presidenta Michelle Bachelet y despachando el proyecto a la Comisión de Constitución a comienzos de este año.

El proyecto, que se encuentra en segundo trámite constitucional, incurre en una serie de inconstitucionalidades derivadas, principalmente, de la transgresión tanto del derecho de propiedad en general, como del que recae sobre el derecho de aprovechamiento de aguas en particular. A partir de las mismas, se construye un sistema nacional de aguas inconsistente, contradictorio y contraproducente, que atenta contra el eficiente uso del recurso hídrico y no representa la mejor alternativa para alcanzar los objetivos pretendidos por sus promotores.

ESTATUTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

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 aprovechamiento y consumo de ellas, la legislación consagra el Derecho de Aprovechamiento de Aguas (DAA), el cual 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 protección constitucional, toda vez que su titular, si bien no es propietario de las aguas, es dueño del DAA, 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 a la protección constitucional asociada al derecho de propiedad y a las características que le son connaturales, los DAA son:

- 1) **Indefinidos:** su vigencia no está sujeta a plazo ni condición alguna.
- 2) **Plenamente transferibles a terceros.**
- 3) **No afectos a un fin específico:** 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 derechoⁱ.

El proyecto en trámite altera tales características del DAA y con ello incurre en una serie de inconstitucionalidades, derivadas de la transgresión del derecho de propiedad. A continuación, exponemos las principales disposiciones del proyecto de ley que a nuestro juicio resultan inconstitucionalesⁱⁱ.

1. Temporalidad de los futuros DAA

Es necesario que los DAA sean de duración indefinida para dar a los inversionistas la certeza jurídica de que podrán contar efectivamente con el agua que planificaron tener como insumo en su proyecto. De lo contrario, habrá menos titulares de DAA que estén dispuestos a invertir recursos y tiempo en el diseño, aprobación, desarrollo y puesta en marcha de proyectos.

Sin embargo, conforme al nuevo artículo 6° del Código de Aguas introducido por el proyecto, el DAA es un derecho temporal, ya sea que éste se origine en virtud de

una concesión o por el sólo 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), prorrogables 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 de la cual ellas emanan, la DGA estará facultada para limitar o suspender su ejercicio mientras persista tal situación.

Esta disposición es contraria a la Constitución, pues al colocar un plazo de vencimiento a los nuevos DAA atenta contra el carácter indefinido del que goza el derecho de propiedad sobre las aguas en nuestro ordenamiento jurídico, característica que constituye uno de sus elementos esenciales, contraviniendo, de esta manera, los artículos 19 N° 24 (derecho de propiedad en general y sobre los DAA en particular) y 19 N° 26 (garantía de garantías) de la carta fundamental.

Al mismo tiempo, la norma genera incertidumbre respecto a la prórroga de estos DAA. En efecto, no se determina de manera suficiente qué se entiende por “no uso efectivo”, lo que en la práctica otorga facultades discrecionales para la DGA y atenta contra la prohibición constitucional de discriminaciones arbitrarias (art. 19 N°2)ⁱⁱⁱ.

La norma también consagra un amplio rango de duración de los DAA futuros. Ellos pueden ser de hasta 30 años, con un mínimo de 20 años establecido sólo para los derechos no consuntivos. El mínimo establecido sólo para derechos no consuntivos constituye una discriminación arbitraria pues no hay una razón suficiente para establecer regímenes distintos entre ambos derechos, afectando a los titulares de derechos consuntivos. La distinción, por su parte, abre espacios a la discrecionalidad decisoria del órgano administrativo, contrariando el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental^{iv v}.

Sumado a todo lo expuesto, se consagra que, ante la solicitud de prórroga del titular de los DAA, la DGA está facultada para limitar e incluso suspender tales derechos si considera que ello puede generar una grave afectación al acuífero o fuente superficial. El proyecto no define qué se entiende por “grave afectación”, otorgando, una vez más, facultades discrecionales a la DGA, afectando la certeza jurídica. Al mismo tiempo, se atenta contra la igual repartición de cargas públicas (artículo 19 N° 20 de la Constitución), pues en caso de existir “grave afectación” de la fuente sólo ve limitado su derecho aquel que pretende obtener una prórroga del mismo, y no todos los que hacen uso del acuífero o fuente^{vi}.

Finalmente, desde una perspectiva de política pública, la norma crea dos clases de DAA: aquellos derechos hoy existentes, indefinidos, y aquellos por constituir, de carácter temporal. Esto deviene en un sistema de derechos contradictorio y en la precarización relativa de los nuevos DAA, lo cual es una discriminación arbitraria en contra de sus titulares respecto de los dueños de DAA actuales.

2. Caducidad por no uso de actuales y futuros DAA

El proyecto de ley establece que los DAA, tanto actuales como futuros, 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. Aquello es agravado para el caso de los DAA actualmente vigentes, los cuales son derechos adquiridos para sus titulares que, por tanto, no pueden ser desconocidos ni afectados por el Estado, salvo que lo hiciese por medio de una expropiación, cumpliendo con todos los requisitos constitucionales para que la misma sea acorde a Derecho^{vii}. Respecto de los nuevos DAA, esta regulación es de igual forma inconstitucional, pues se establece una regulación legal incompatible con el estatuto constitucional de las aguas, que dispone que los DAA son propiedad de sus titulares, y por ende de indefinida duración.

Estas transgresiones a la Constitución se agravan por el hecho que no se define claramente lo que entiende por “no uso efectivo” ni “disponibilidad y sustentabilidad de la fuente”, generando así facultades discrecionales y afectando la certeza jurídica.

Cabe también mencionar que el procedimiento establecido para determinar esta extinción es contrario a las garantías del debido proceso. Por una parte, dispone que la primera notificación ha de realizarse por avisos, lo que es contrario al derecho a la defensa, protegido por el artículo 19 N° 3 de la Constitución^{viii}. Por otra, consagra que la resolución que declare extinguido el DAA producirá sus efectos desde su dictación, no siendo suspendida por recurso alguno. Esto atenta también contra el debido proceso, pues extingue un derecho antes que la resolución que así lo determina se encuentre firme^{ix}.

Sumado a todo lo anterior, esta institución entra en contradicción con otras disposiciones del mismo proyecto. En efecto, los nuevos artículos 129 bis 4 y 129 bis 5 del Código hacen más onerosa la patente por no uso, aumentando el monto de la multa para aquellos DAA que no fueren utilizados por más de 11 años. Sin embargo, al mismo tiempo, se dispone la extinción en 5 y 10 años de tales derechos, por lo que nunca tendrá aplicación el aumento de la multa en las patentes, cayendo el proyecto en un sinsentido^x. Ante esta contradicción deben preferirse las patentes, pues ellas representan una limitación legal de derechos fundamentales menos gravosa -multa, no extinción del derecho- que apunta al mismo fin -incentivar el uso de los DAA-. Es decir, la norma propuesta otorga facultades discrecionales al Estado para caducar derechos por “no uso efectivo”, afectando gravemente la certeza jurídica. A través de la amenaza de caducidad permite presionar para acelerar inversiones, aunque ello no sea óptimo ni para el inversionista ni para el país. También ignora que hay situaciones en que el “no uso efectivo” de los DAA es eficiente. Por ejemplo, debido a la variabilidad natural en las precipitaciones, los agricultores pueden requerir un stock de DAA mayor al utilizado en años promedio como una forma de auto-seguro contra las sequías y no como una forma de especulación.

3. Caducidad de actuales DAA por no inscripción en el Catastro Público de Aguas

El artículo segundo transitorio dispone que quienes no hayan inscrito sus DAA vigentes con anterioridad a la entrada de esta reforma, tendrán un plazo de 15 meses para hacerlo, contados desde la publicación de la misma. De lo contrario, dichos derechos se entenderán extinguidos. Si bien se comparte la idea de contar con un catastro de DAA actualizado, la sanción no debe ser la extinción del derecho, sino más bien se debieran aplicar multas u otro tipo de sanciones.

La disposición tal como está planteada, atenta contra el carácter indefinido del dominio. Al mismo tiempo, dichos derechos fueron constituidos en un período en que la falta de inscripción era tolerada^{xi}, de manera que, en virtud del principio de legítima confianza, no se puede imponer una causal de extinción nueva para una situación tolerada al momento de la adquisición del derecho. Esta disposición tampoco cumple con el test de proporcionalidad del Tribunal Constitucional, pues se trata de una consecuencia exagerada -extinción del derecho- derivada del incumplimiento de una obligación de mera publicidad.

4. Límite al cambio productivo del recurso hídrico

El artículo 6° bis dispone que todo cambio de uso de un DAA, tanto actual como futuro, 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. Al facultar a la DGA para suspender el ejercicio del DAA cada vez que se realice una transacción del mismo, se limitan las posibilidades reales del titular de transferir su derecho a terceros en el mercado del agua, cercenando artificiosamente la posibilidad de disponer de él y reduciendo las transacciones que garantizan la eficiente asignación del recurso. 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.

Sumado a lo anterior, la norma no establece criterios para que la DGA pueda determinar qué se entiende por “grave afectación” del acuífero o fuente superficial producido por el cambio de uso, tratándose, por tanto, de una facultad discrecional del órgano administrativo.

En Chile la propiedad de los DAA es independiente de la propiedad de la tierra, lo que ha permitido que se transen libremente en pro del uso más eficiente. El proyecto de ley se contrapone a la amplia evidencia en la literatura con respecto a los beneficios de la libre transferencia de DAA que conlleva un “cambio de uso”. Se ha demostrado que existen ganancias netas (creación de riqueza para la sociedad) cuando compradores y vendedores acuerdan voluntariamente transacciones mutuamente beneficiosas, donde el valor para el comprador es mayor que el valor para el vendedor más los costos de transacción.

5. No indemnización de perjuicios producidos por la redistribución de aguas en zonas de escasez hídrica

El proyecto 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. Hecha la declaración, la DGA queda facultada para 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, tanto para titulares de DAA actuales como futuros.

Esta norma es, en nuestra opinión, inconstitucional^{xii}. 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. Al proscribir el derecho a ser indemnizado, a pesar de existir afectación del derecho de propiedad, esta disposición es contraria a la Carta Fundamental.

REFLEXIONES FINALES

Conforme a nuestro análisis, el proyecto de ley en comento adolece de múltiples y graves inconstitucionalidades. Todas ellas, además de la infracción al marco jurídico vigente, desvirtúan el sistema nacional de aguas, precarizan los DAA actuales y futuros y otorgan facultades discrecionales a la administración, dañando la certeza jurídica y los incentivos para el desarrollo del sector, repercutiendo en toda la población. Así, los cambios aprobados por la Comisión de Agricultura del Senado están lejos de representar una mejora respecto de la propuesta presentada por el Ejecutivo en lo relativo al resguardo del consumo humano y la sustentabilidad del recurso hídrico.

Las inconstitucionalidades antes referidas no se presentan en materias accidentales del proyecto de ley sino, muy por el contrario, en disposiciones esenciales del mismo, en cuanto la nueva naturaleza del DAA y las amplias facultades otorgadas a la DGA constituyen el pilar de esta reforma. Esto obliga a replantearse la procedencia y pertinencia del proyecto en su conjunto y a reconsiderar la indicación presentada por el Ejecutivo en 2019, en cuanto constituye una mejor alternativa para construir un sistema nacional de aguas dinámico y eficiente, que al mismo tiempo garantiza el consumo humano y la sustentabilidad de las aguas nacionales.

ⁱ Sin perjuicio de que, por medio de reformas introducidas al Código de Aguas, la actual legislación afecta los DAA a un fin específico, consagrando patentes por no uso que sancionan con multa a quienes no hagan uso efectivo de sus derechos en un plazo determinado.

ⁱⁱ Se enumeran las disposiciones inconstitucionales más significativas del proyecto, sin perjuicio de que existen otras normas dentro del mismo que adolecen de vicios de inconstitucionalidad.

ⁱⁱⁱ Exposición del subsecretario SEGPRES, Juan José Ossa, en Comisión de Constitución del Senado, 22/06/20.

^{iv} Exposición del Director General de Aguas, Óscar Cristi, en Comisión de Constitución del Senado, 17/06/20.

^v Exposición del subsecretario SEGPRES, Juan José Ossa, en Comisión de Constitución del Senado, 22/06/20.

^{vi} Exposición del subsecretario SEGPRES, Juan José Ossa, en Comisión de Constitución del Senado, 22/06/20.

^{vii} Exposición del profesor Enrique Navarro en la Comisión de Constitución del Senado, 11/05/20.

^{viii} Exposición del profesor Arturo Fernandois en la Comisión de Constitución del Senado, 18/05/20.

^{ix} Exposición del subsecretario SEGPRES, Juan José Ossa, en Comisión de Constitución del Senado, 22/06/20.

^x Exposición del Director General de Aguas, Óscar Cristi, en Comisión de Constitución del Senado, 17/06/20.

^{xi} Exposición del Director General de Aguas, Óscar Cristi, en Comisión de Constitución del Senado, 17/06/20.

^{xii} Así lo sostuvieron los profesores Enrique Navarro y Arturo Fernandois en sus exposiciones ante la Comisión de Constitución del Senado.