**Opinión constitucional de los senadores Andrés Allamand y Víctor Pérez**

**sobre modificación Código de Aguas**

**Boletín 7543-12**

El Proyecto que modifica el Código de Aguas propone un nuevo régimen para los derechos de aprovechamiento de aguas (“DAA”), que reemplaza el dominio pleno sobre el derecho real de aprovechamiento de aguas (de uso indefinido, no sujeto a plazo ni condición, transferible y transmisible, y no afecto a un fin específico), por un derecho temporal que nace de una concesión, en la cual su titular ya no tiene todos los atributos propios del dominio.

A partir de lo dispuesto en el inciso final del artículo 19° N° 24[[1]](#footnote-2), actualmente el art. 6° inc. 2° del Código de Aguas recoge esta garantía constitucional, y dispone: “El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley” (inciso derogado en el Proyecto).

El Proyecto plantea (artículo primero transitorio) la coexistencia del nuevo régimen con el actual, al establecer que “los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley, así como aquellos usos susceptibles de regularización… continuarán estando vigentes y mantendrán su carácter de indefinidos en el tiempo”.

En este contexto, luego de reconocer la coexistencia de dos regímenes -el actual y el nuevo- corresponde revisar si las disposiciones del nuevo régimen constituyen o generan “invasiones” sobre el régimen anterior. Esto es de relevancia, en tanto las modificaciones contenidas en el proyecto no pueden limitar ni afectar los derechos en su esencia, dado que sus titulares tienen un derecho de propiedad incorporado en su patrimonio y protegido por la Constitución.

A la luz de las presentaciones hechas por distinguidos constitucionalistas ante esta Comisión, y luego del estudio de las disposiciones contenidas en el proyecto, a continuación se identifican materias que estimamos infringen la Constitución.

Este análisis se presenta bajo la siguiente estructura:

1.- Primera controversia: si el nuevo régimen jurídico se ajusta a la CP.

2.- Segunda controversia: si asumiendo que el nuevo régimen no es íntegramente inconstitucional, requiere de importantes cambios para ajustarse a la CP.

3.- Tercera controversia: si el nuevo régimen introduce cambios que afectan los derechos otorgados bajo el actual régimen jurídico, que vulneran la CP.

**I.- Primera controversia: si el nuevo régimen jurídico se ajusta a la CP**

**De los nuevos derechos de aprovechamiento a plazo, la eliminación del dominio y la facultad de disposición (modificación de los artículos 6° y 20°)**

Sin perjuicio de existir objeciones de mérito al cambio aquí propuesto, la modificación del inciso primero del art. 6° tiene por objeto el cambio del estatuto jurídico vigente, estableciendo que: 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” y consiste en el “uso y goce temporal” de las aguas. A continuación, en el inciso segundo del mismo art. 6° se establece que “el derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión será de treinta años…”.

Con esta modificación, junto con cambiar el régimen jurídico vigente, desde ahora estructurado sobre un derecho basado en una concesión temporal, se elimina el inciso 2° del art. 6° donde se reconoce el dominio y la facultad de disposición que le corresponde al propietario del derecho de aprovechamiento. A pesar de reconocer la existencia de dos regímenes distintos, esta disposición no hace distinción alguna sobre el tipo de derecho de aprovechamiento sobre el que impera, resultando, en consecuencia, aplicable no solo al titular de un derecho de aprovechamiento otorgado bajo el nuevo régimen, sino también a los propietarios de los DAA otorgados con anterioridad. En ambos casos, esta disposición resulta contraria al inciso final del artículo 19 número 24 de la Constitución.

En tal sentido, debe recordarse que, de acuerdo a la historia fidedigna de dicha disposición constitucional, su propósito fue “***elevar de rango el derecho de aprovechamiento que tiene el particular, otorgándole el carácter de un derecho de propiedad*** *consagrado en la Constitución y* ***quitándole el carácter de mera concesión administrativa*** *que hoy día tiene**”.* (Señor Eyzaguirre, CENC, sesión 184, 3 de marzo de 1976).

En este sentido, aun estando los nuevos derechos sujetos a un plazo, no resulta admisible que su **propietario, de no mediar una reforma al inciso final del artículo 19 número 24 de la Constitución, sea privado del dominio y de las facultades inherentes al mismo**. El proyecto, mediante la derogación del dominio en el Art. 6°, intenta desdibujar el derecho de aprovechamiento protegido por la CP, lo cual vulnera la garantía de la propiedad que protege a los DAA.

Como expresó el comisionado Evans, en la sesión 184, del 3 de marzo de 1976, la norma constitucional perseguía la “***elevación de la jerarquía jurídica de los derechos de los particulares sobre las aguas****, fijando su rango en el texto constitucional”.*

En esta materia, resulta ilustrativo revisar el contenido de algunos proyectos de reforma constitucional ingresados al Congreso, los cuales precisamente han pretendido dar habilitación constitucional al cambio del régimen jurídico que regula las aguas (ver Mensaje del proyecto de reforma constitucional presentado por la ex Presidenta Michelle Bachelet, Boletín 6.816-07, y otras mociones parlamentarias sobre la materia[[2]](#footnote-3)).

Sobre esta materia, en las presentaciones e informes remitidos a la Comisión por los profesores Navarro, Fermandois, y Vergara, existe coincidencia en los reparos de constitucionalidad que merece la temporalidad del derecho, la concesión administrativa, y la eliminación del dominio y la facultad de disposición. En particular, el profesor Fermandois señala que “resulta contrario a la Constitución transformar los derechos de aprovechamientos futuros en una simple concesión administrativa, sustituyendo el régimen de propiedad sobre ellos…porque el inciso 11° (del número 24 del artículo 19) de la Carta Fundamental atribuye a estos derechos, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, en “propiedad”. Luego, una redefinición de la naturaleza entre el titular y su derecho de aprovechamiento de agua exigiría una reforma de la Constitución, aun para acoger un régimen adicional sobre los derechos futuros”. A juicio del profesor Vergara Blanco la “modificación del art. 6 y la supresión de su inciso 2° es una verdadera abolición del derecho de propiedad sobre los derechos de aguas, lo que no sólo quebranta expresamente la Constitución, sino que afecta de modo esencial y sustancial a las actuales titularidades de aguas”. A juicio del profesor Navarro “(…) *Como se expresó durante la discusión de la disposición constitucional, en todo momento* ***lo que quiso fue fortalecer el derecho de propiedad sobre las aguas, evitando que a futuro pudiera el legislador precarizar el título****, por lo que resulta discutible que el estatuto futuro concesional tenga semejante carácter como el propuesto sin que, previamente, se modifique el estatuto constitucional del derecho de agua”.* En el mismo sentido, el ex Presidente del Tribunal Constitucional Juan Colombo expresa que *“una nueva normativa, como la propuesta en la reforma legal que se introduce al Código de Aguas, que fija un plazo o duración a la propiedad sobre las aguas o la sujeta a una serie de limitaciones de carácter administrativa, importa en definitiva un verdadero* ***desconocimiento del derecho de que se es titular, perdiendo su carácter de domino perpetuo que le es consustancial”***

En conclusión la temporalidad del derecho, su desnaturalización a una concesión administrativa, y la eliminación del dominio y la facultad de disposición no se ajustan a la Constitución Política de la República.

**II.- Segunda controversia: Si asumiendo que el nuevo régimen no es íntegramente inconstitucional, requiere de importantes cambios para ajustarse a la CP**

En el evento que se estimase que el nuevo régimen propuesto en el proyecto no es frontalmente contrario a la CP, **hipótesis que los autores del presente documento no comparten**, igualmente resulta indispensable introducir importantes modificaciones al articulado propuesto para que éste se ajuste a la Constitución.

En efecto, existen diversas prevenciones de constitucionalidad sobre las materias y disposiciones que a continuación se expresan:

* **De la duración, prórroga, suspensión y pérdida por no uso de los nuevos DAA (art. 6° inciso 2° y 3°)**

1. La duración del nuevo derecho:

El proyecto en el inc. 2° del art. 6° dispone que “la duración mínima del derecho de aprovechamiento de aguas no podrá ser inferior a veinte años, en el caso de aquellos que tengan el carácter de no consuntivos”.

El plazo o duración mínima para los derechos no consuntivos se fija con un plazo mínimo garantizado de 20 años, sin establecerlo para los derechos consuntivos. Al respecto, no existen fundamentos que permitan sustentar diferencias respecto al plazo o duración mínima de los derechos según el tipo de aprovechamiento, proyecto o destino que se le dé a las aguas. Por tanto, es arbitrario y carente de fundamentación que el legislador beneficie a los derecho no consuntivos con un plazo mínimo garantizado (de 20 años), lo cual es contrario a la garantía de igualdad ante la ley del inc. 2° del N°2 del art. 19 de la Constitución.

1. La prórroga de la duración del nuevo derecho:

El proyecto en el inc. 3° del art. 6° establece que “La duración del derecho de aprovechamiento 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** (…) y a los **criterios de sustentabilidad** de la fuente de abastecimiento…”. En esta materia, resulta esencial se precise la forma y condiciones cómo operará la renovación, especialmente considerando que desde un punto de vista constitucional, a partir de la extinción del plazo de la concesión, el titular pierde su derecho de propiedad.

En esta materia advertimos dos problemas centrales, uno referido al procedimiento en que se define la prórroga, y otro, respecto al criterio de la sustentabilidad de la fuente de abastecimiento.

En cuanto al procedimiento:

Si bien la norma[[3]](#footnote-4) dispone que el plazo del DAA se prorrogará sucesivamente, lo cual daría cuenta de una renovación automática del DAA, ella no procede en caso de que la DGA acredite el no uso efectivo del recurso. ¿Qué es lo preocupante? que el Proyecto propone que la extinción del DAA y su no renovación sean resueltas bajo el mismo “procedimiento” previsto para constatar la inexistencia de obras que dan lugar al cobro de patente, materia de una entidad y efectos completamente distintos.

Dicho procedimiento, en un caso tiene por objeto determinar la inexistencia de una obra de captación, y en otro puede derivar en la pérdida del DAA, por tanto, del dominio. El proyecto fija un procedimiento que carece de las condiciones mínimas para asegurar un “justo y racional procedimiento” en los términos de la Carta Fundamental. Al igual que diversos constitucionalistas que han expuesto ante esta Comisión, tenemos la convicción que tanto el inicio del procedimiento mediante la publicación de un aviso en el Diario Oficial y la limitación del derecho del afectado a rendir prueba (queda sujeto a la prerrogativa de la DGA de solicitar aclaraciones, decretar inspecciones oculares, pedir informes a la defensa, etc.) vulneran la Constitución, al no cumplir estándares mínimos que aseguren el respeto del debido proceso y el derecho a defensa, que garantiza nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 N°3 inciso 5° y 6°. Por último, resulta esencial que, durante el tiempo que tome la tramitación del procedimiento de extinción del DAA, los recursos administrativos y/o judiciales interpuestos por el dueño del DAA aseguren que éste no se extinguirá hasta no existir una sentencia firme y ejecutoriada.

En cuanto al criterio de sustentabilidad de la fuente:

La norma propone que la prórroga se hará efectiva considerando “la sustentabilidad de la fuente”. Si bien la sustentabilidad es un objetivo a proteger, que tiene directa relación con la conservación del patrimonio ambiental, que forma parte de la función social de la propiedad, no resulta justo ni racional sujetar la renovación del DAA a un criterio excesivamente genérico, que la ley no se encarga de definir, limitar ni tampoco de entregar elementos que permitan objetivarlo. Esto abre un espacio ilimitado a la arbitrariedad y al trato desigual, al entregarle a la Autoridad una herramienta que le permite, sin mayores justificaciones técnicas ni legales, rechazar la prórroga de un DAA. Lo anterior atenta contra la garantía de igualdad ante la ley establecida en el inc. 2° del N°2 del art. 19 de la Constitución. Este reproche de constitucionalidad queda aún más de manifiesto, considerando que, según dispone este mismo art. 6° “De constatarse por el Servicio una afectación a la sustentabilidad de la fuente, se aplicará además lo dispuesto en los artículos 17 y 62, según corresponda”, lo cual deja en evidencia que la explotación sustentable de una fuente debe ser dispuesta y gestionada por la Autoridad mediante los mecanismos dispuestos al efecto, y esto son las limitaciones y reducciones que regulan los citados arts. 17 o 62.

1. La limitación y suspensión del nuevo derecho:

El proyecto en los incisos 5° y 6° del art. 6° establece que “**de existir riesgo** de que su aprovechamiento pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial (…) la Dirección **podrá limitar o suspender** su ejercicio mientras persista esta situación”, y “para efectos de la ponderación del riesgo (…) se considerará especialmente el resguardo de las funciones de subsistencia, consumo humano, saneamiento y preservación ecosistémica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° bis”.

Esta disposición, nuevamente, vulnera la Constitución dado que, al no definirse qué debe entenderse por grave afectación o riesgo para la fuente, abre un espacio a la arbitrariedad en que la Autoridad podrá emitir actos que atenten contra la garantía de igualdad ante la ley establecida en el inc. 2° del N°2 del art. 19 de la Constitución. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha exigido que para la actuación de la administración es necesario que en la ley se fijen parámetros inequívocos de modo de evitar la arbitrariedad (Sentencia TC Rol 2658, de 2014).

Adicionalmente, se infringe la igual repartición de las cargas públicas, al sufrir esta limitación el propietario de un DAA, cuando lo que corresponde es que se aplique la reducción o limitación a prorrata de los DAA, a nivel de fuente.

En esto es particularmente relevante tener presente que, el principio de igualdad ante la ley en materia de aguas, se materializa fundamentalmente en que la forma reparto y distribución de las aguas se realiza en partes alícuota, cuestión que puede ser instruida por los mismos usuarios o por la Autoridad.

La prerrogativa que se plantea está asociada a la verificación de un “riesgo”, más no de un efecto concreto y medible, y desde luego sin entregar ningún elemento de definición o contenido. En tales condiciones, ello podría dar pie para que la Autoridad prive al propietario del DAA del ejercicio del mismo, arbitrariamente, lo cual vulnera diversas garantías constitucionales. Ello además es enteramente innecesario, y desde luego inconsistente, ya que la Autoridad tiene atribuciones para limitar el ejercicio de los DAA a partir de lo dispuesto en los artículos 62 y 129 bis 1, y 314 del Código de Aguas.

1. La extinción de los nuevos DAA por no uso de las aguas:

El proyecto incorpora un nuevo art. 6 bis que determina la extinción por no uso de los DAA, que dispone que “Los derechos de aprovechamiento se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuestos en el artículo 129 bis 9”.

A su vez, lo dispuesto en el art. 134 bis vulnera la CP, dada la forma que regula el procedimiento de extinción, el plazo y las causales de suspensión, y el régimen recursivo para impugnar la decisión.

Ante la gravedad de la sanción de extinción de un DAA, que conlleva la pérdida de la propiedad, resulta fundamental que el procedimiento en el cual se resuelva la verificación de los supuestos fácticos que conduzcan a dicha declaración garanticen de manera estricta las garantías del debido proceso. Sin embargo, el art. 134 bis dispone que la pérdida del DAA se resuelve en un administrativo instruido y resuelto ante la misma DGA (juez y parte), su iniciación está dada por una notificación por aviso, el derecho que tiene el afectado para rendir prueba queda sujeto a la voluntad/decisión de la DGA, y los mecanismos de impugnación de la decisión de la autoridad administrativa se reducen a un recurso interpuesto y resuelto por la misma entidad, y finalmente a un recurso de reclamación judicial (art. 137) que se interpone ante la Corte de Apelaciones. Este último recurso por entenderse de ilegalidad, no constituye una vía procesal idónea para tener esta discusión y ejercer el derecho a defensa.

Por tales consideraciones, el procedimiento administrativo propuesto no reúne las condiciones mínimas que aseguren un “justo y racional procedimiento”, en los términos del art. 19 N°3 de la Carta Fundamental. Dado que la pérdida del derecho de propiedad es una materia y sanción de la máxima gravedad, es dable plantear que deba quedar bajo el conocimiento y decisión de los tribunales ordinarios de justicia. En su defecto, el procedimiento administrativo deberá perfeccionarse, previendo un inicio de procedimiento gatillado por una notificación personal, acceso a un término probatorio sin limitaciones, y la posibilidad de impugnar judicialmente mediante un reclamo que permita la discusión de aspectos de hecho y de derecho. Y ante la interposición del recurso, es importante que la causa sea vista en ambos efectos, de manera que se suspenda los efectos del acto administrativo en tanto no exista una sentencia judicial firme y ejecutoriada. De lo contrario, podría darse el absurdo que el DAA del titular se extinga mientras continúe pendiente la vía recursiva (en sede administrativa o judicial, según corresponda).

Sobre esta materia el profesor Pfeffer coincide que el procedimiento previsto en el art. 134 bis es contrario a la Constitución, infringiendo así la garantía constitucional del art. 19 N°3. Al respecto sostiene que esta materia, atendida su relevancia, debe ser sometida al conocimiento y decisión de los tribunales ordinarios de justicia, de lo contrario además de inconstitucional “importaría una regresión del legislador radicar en una autoridad administrativa la decisión de caducar o extinguir derechos”.

Precisamente, en materia de atribuciones de la DGA, el propio TC ha sentenciado que determinadas materias no pueden sino corresponder a la autoridad judicial y en caso alguno delegarse a la autoridad administrativa (Rol 3958 de 2017).

**III.- Tercera controversia: si el nuevo régimen introduce cambios que afectan los derechos otorgados bajo el actual régimen jurídico, que vulneran la CP.**

**1.- Cambio de naturaleza del régimen jurídico (modificaciones a los artículos 2, 6, 15, 20, 129, 149, y 151 del Código de Aguas)**

La materia y la situación actual:

Una de las características esenciales del régimen jurídico en materia de aguas es que el titular de un DAA, no obstante el carácter público de las aguas, tiene derecho de propiedad sobre el derecho aprovechamiento, con los atributos propios del dominio: usar, gozar y disponer del DAA.

El dominio sobre el DAA se encuentra garantizado en el inciso final del artículo 19 N° 24 de la CP, y, consistente con lo anterior, se encuentra debidamente reconocido en numerosas disposiciones del Código de Aguas.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

El proyecto, sin mediar modificación del inciso final del N°24 del art. 19 de la Constitución, elimina el dominio del art. 6°. El proyecto reemplaza el carácter de dueño que el art. 6° actualmente reconoce, por el de “titular” de un derecho, calidad jurídica propia de las concesiones administrativas. Tal como se señaló, quedando constancia en su historia fidedigna, el propósito de la norma constitucional fue modificar el carácter de concesiones administrativas en materia de aguas, de modo de otorgarles a los derechos de aprovechamiento de los titulares un verdadero derecho de propiedad.

Asimismo, el Proyecto propone modificar el inciso segundo artículo 20 del Código de Aguas, eliminando el derecho de propiedad que tiene su titular sobre los DAA que tiene por el solo ministerio de la ley, limitándolo únicamente al derecho de uso y goce (actualmente dicha norma dispone: “Exceptúanse los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, como asimismo, sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia de este Código. La propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas”).

Este cambio va mucho más allá de la mera eliminación de un término o de una cuestión semántica, da cuenta del cambio régimen y de la naturaleza jurídica del derecho aprovechamiento el que, como se ha señalado, muta de dominio pleno a la mera tenencia o titularidad de un derecho que nace de una concesión temporal.

Esta modificación es obviamente lesiva para el dueño de los derechos de aprovechamiento, toda vez que la transformación le arrebata a su actual régimen jurídico atributos que le son esenciales. Esto choca frontalmente con el texto del inciso final del artículo 19 N° 24 de la CP que dispone que “los derechos de los particulares sobre las aguas…otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Esta transformación, que en rigor es una degradación de un derecho de dominio pleno a una concesión temporal, supone un evidente detrimento patrimonial que, en el evento de materializarse, debiera ser indemnizado, por tratarse de una verdadera expropiación. Así lo dispone el ya citado art. 19° N° 24 cuando ordena que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de **alguno de los atributos esenciales** del dominio sino en virtud de …expropiación”.

La vulneración de la Constitución radica en lo dispuesto en el artículo primero transitorio del proyecto, que dispone: “los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley…continuarán estando vigentes y mantendrán su carácter de indefinidos en el tiempo”, sin embargo, la misma norma a continuación dispone que ya no son dueños sino “**titulares” de derechos**, los cuales “**quedarán sujetos a todas las demás disposiciones del Código de Aguas**…”. Esto da cuenta que este cambio de régimen, como está planteado, afecta a los actuales dueños de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Este artículo primero transitorio al disponer que los actuales derechos continuarán vigentes e indefinidos, no solo es insuficiente sino definitivamente atentatorio contra el derecho de propiedad protegido por la Constitución, al eliminar expresamente el carácter de dueño que tiene el titular de un DAA. Al eliminarse el dominio, quedando únicamente como titular del DAA, no se hace distinción alguna entre los derechos nuevos, de los derechos constituidos y reconocidos con anterioridad a esta ley, todo lo cual, nuevamente, va contra el texto expreso de la Constitución.

**2.- Se elimina norma que reconoce el derecho de propiedad sobre el DAA, y que reconoce los atributos esenciales del dominio: uso, goce y disposición (derogación actual inciso segundo artículo 6° del Código de Aguas)**

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

En línea con las inconstitucionalidades antes expuestas, la modificación junto con eliminar el reconocimiento del derecho de propiedad contenido en el actual inciso segundo del art. 6 del CA, plantea también eliminar la facultad de disposición sobre el DAA. Al respecto, cabe tener presente que el actual inciso segundo del art. 6 dispone: “El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de **dominio de su titular**, quien podrá **usar**, **gozar** y **disponer** de él en conformidad a la ley” (el destacado es nuestro).

El proyecto al derogar tal inciso elimina el derecho de dominio que tiene un titular sobre su DAA, y como asimismo, los atributos esenciales e inherentes de la propiedad sobre este derecho de aprovechamiento, cuales son: usar, gozar y disponer del mismo. Esta última facultad del dueño de un DAA es, precisamente, la que le permite vender su DAA.

Los derechos reales, como bienes incorporales que son, son objeto de una especie de propiedad y se encuentran dentro del comercio humano; en este sentido, los derechos de aprovechamiento de aguas también comparten esta característica. En este contexto, uno de los principios dogmáticos del derecho de aguas es la *libre transferibilidad de los derechos*, es decir, que la reasignación o los traspasos de los derechos entre particulares no están sometidas a ningún visado o autorización por parte de la administración, sino que se sujetan a las reglas generales dadas por el CC (artículo 21 CA).

En este contexto, el legislador no está habilitado, salvo que medie expropiación, a privar a alguien de su derecho de propiedad, del bien sobre el que recae, o de los atributos o facultades esenciales del dominio. Por tanto, esta propuesta de eliminar el derecho de propiedad contenido en el inciso segundo del actual artículo 6 del CA atenta contra la garantía del art. 19 N° 24 de la Constitución.

En palabras de los profesores Colombo y Navarro “*un* ***desconocimiento parcial de los derechos*** *o, como lo contempla el proyecto de ley,* ***una nueva normativa que sujeta a los derechos actualmente reconocidos o constituidos al régimen futuro en cuanto al goce y ejercicio de los derechos, ciertamente se presenta como una verdadera expropiación o regulación expropiatoria****, desde que modifica las características esenciales de todo derecho de dominio como es su carácter perpetuo e indefinido, lo que constituye su esencialidad”.*

**3.- Extinción de DAA por no uso de las aguas (art. 6° bis, 129 bis, 134 bis del Código de Aguas, y primero transitorio de la ley).**

La materia y la situación actual:

A contar de 2005 los dueños de DAA están expuestos a su pérdida, en caso de que el derecho no se utilice y su titular no pague la patente que la ley ha establecido como sanción por la falta de aprovechamiento. El supuesto fáctico del no uso del DAA lo determina la DGA, sin embargo, la pérdida del DAA se gatilla a partir de un procedimiento de cobranza judicial de la patente, el cual finalmente puede terminar en un remate judicial.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

Si bien el proyecto mantiene el cobro de patente por el no uso de los DAA, aumentando su monto y estableciendo su incremento progresivo en el tiempo sin límites en cuanto al monto, adicionalmente, incorpora una sanción de pérdida del DAA que opera a todo evento, es decir, no obstante el pago de la patente su titular igualmente lo pierde luego de transcurrido un plazo.

Este cambio, contenido en el art. 6 bis, establece que “Los derechos de aprovechamiento se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuestos en el artículo 129 bis 9”. Esto merece un reparo desde el punto de vista constitucional, en tanto se trata de una doble sanción o carga aplicada sobre un mismo hecho (la falta de uso), que no parece racional ni justa, y porque además se incluye una causal de pérdida que no fue contemplada al momento de constituirse el derecho, infringiendo la garantía del derecho de propiedad que regula el art. 19 N° 24 de la Constitución. La institución del remate por el no pago de la patente, tiene la ventaja que logra el mismo fin (sancionar al especulador) sin lesionar la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas.

De esta forma, como expresan los profesores Colombo y Navarro, un **proyecto de ley** -como el propuesto y en el contexto de la actual Ley Fundamental- *“****que afecte severamente el régimen jurídico de los titulares de los derechos de aprovechamiento de las aguas****, tanto en lo relativo al ejercicio de sus atribuciones como en la sujeción a condiciones administrativas que precaricen las mismas, a la vez que incluso su aplicación retroactiva,* ***resulta contrario a la Constitución Política de la República****, habida consideración de que dicha* ***propiedad se encuentra garantizada constitucionalmente*** *y respecto de la cual sólo es posible ser privado, total o parcialmente, en virtud de una expropiación legalmente autorizada y en la que el afectado sea debidamente indemnizado del daño patrimonial efectivamente causado”.*

Asimismo, nos parece reprochable de constitucionalidad la pérdida del DAA desde la perspectiva del procedimiento en que se determina esta sanción. Como se ha expuesto anteriormente, el procedimiento dispuesto en el art. 134 bis no reúne las condiciones mínimas que aseguren un “justo y racional procedimiento”, en los términos del art. 19 N°3 de la Carta Fundamental. En esta materia, el profesor Pfeffer coincide en que este procedimiento de pérdida es contrario a la Constitución, infringiendo así la garantía constitucional del art. 19 N°3.

Como ha recordado la jurisprudencia del TC, entre los elementos de un debido proceso se encuentran “*el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”.* (Sentencia TC Rol 1518 de 2009).

**4.- Limitación y suspensión del ejercicio de DAA (nuevos incisos quinto y sexto del Art. 6º del Código de Aguas)**

La materia y la situación actual:

Como se ha planteado, la Constitución, en el inciso final del art. 19° N°24, protege los DAA reconocidos o constituidos en conformidad a la ley. Una de las características del régimen jurídico en materia de aguas es que el titular de un DAA está habilitado, constitucionalmente, para ejercer el derecho y, en consecuencia, para hacer uso y goce de las aguas que le ampara su derecho.

Al respecto, y bajo supuestos expresamente definidos en los artículos 62, 129 bis 1 y 314 del Código de Aguas, y adicionalmente, en la normativa ambiental contenida en la Ley 19.300 y en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la Autoridad se encuentra habilitada para restringir temporalmente el ejercicio de un DAA basada en la protección de la sustentabilidad del acuífero y de la fuente natural de aguas superficiales.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

Tal cual se ha planteado en el capítulo II precedente, el Proyecto mediante la incorporación de los incisos 5° y 6° en el art. 6°, pretende entregar a la DGA de un poder amplio, genérico y sin definición alguna, para limitar o suspender el ejercicio de un DAA. Esta norme establece que “**de existir riesgo** de que su aprovechamiento pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial (…) la Dirección **podrá limitar o suspender** su ejercicio mientras persista esta situación”, y “para efectos de la ponderación del riesgo (…) se considerará especialmente el resguardo de las funciones de subsistencia, consumo humano, saneamiento y preservación ecosistémica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° bis”.

Dado que dicha norma no entrega ninguna precisión respecto a los DAA que quedan sujetos a esta eventual restricción, es dable entender que ella no solo aplicará a los nuevos DAA sino también a antiguos u otorgados con anterioridad a esta ley.

La disposición vulnera la Constitución dado que, al no definirse qué debe entenderse por grave afectación o riesgo para la fuente ni la extensión temporal de la limitación o suspensión, abre un espacio a la arbitrariedad en que la Autoridad podrá emitir actos que atenten contra la garantía de igualdad ante la ley establecida en el inc. 2° del N°2 del art. 19 de la Constitución. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha exigido que para la actuación de la administración es necesario que en la ley se fijen parámetros inequívocos de modo de evitar la arbitrariedad (Sentencia TC Rol 2658, de 2014).

Adicionalmente, se infringe la igual repartición de las cargas públicas, al sufrir esta limitación el propietario de un DAA, cuando lo que corresponde es que se aplique la reducción o limitación a prorrata de los DAA. En materia de aguas, de haber una necesidad fundada de reducir la extracción de aguas desde una fuente natural, en cumplimiento del principio de igualdad ante la ley dicha limitación se materializa mediante el reparto y distribución de las aguas en partes alícuota.

Como también se ha explicado, esta hipótesis genérica e ilimitada entrega un espacio a la evidente arbitrariedad, afectando diversas garantías constitucionales, que además, resulta contradictoria con las propias atribuciones que tiene la Autoridad para limitar el ejercicio de los DAA en virtud de los artículos 62, 129 bis 1 y 314 del Código de Aguas, y desde luego, con las condiciones y limitaciones impuestas a los proyectos aprobados en el marco del Sistema de Evaluación Ambiental. Lo anterior, vulnera la garantía del derecho de propiedad del inciso final del art. 19 N°24 de la Constitución.

**5.- Caducidad de DAA constituidos o reconocidos (consuetudinarios) constitucionalmente (arts. 2º y 5º transitorio del Código de Aguas)**

La materia y la situación actual:

La Constitución, en el inciso final del art. 19° N°24, protege los DAA reconocidos o constituidos en conformidad a la ley.

Los DAA constituidos u originados en un acto de autoridad son aquellos que concede la Autoridad (DGA), y posteriormente su dueño los inscribe en el registro de propiedad de aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Los derechos reconocidos son aquellos que sin haber sido otorgados o concedidos por autoridad alguna y sin estar inscritos en registro alguno, la Constitución los reconoce como válidos por el uso inmemorial, ininterrumpido y pacífico que de ellos se hacen. Estos derechos comúnmente se denominan como derechos consuetudinarios.

Los derechos reconocidos normalmente no tienen un título formalizado (escrito) e inscrito a nombre de su titular, razón por lo cual el legislador estableció en el art. 2° transitorio del Código de Aguas la posibilidad de formalizarlo por la vía de un procedimiento de regularización judicial. El objeto y efecto de la sentencia judicial de regularización de DAA reconocidos o consuetudinarios no es constituirlos ni crearlos, sino formalizarlos y luego permitir su inscripción a nombre de su dueño. Por tanto, se debe enfatizar que estamos ante DAA existentes, vigentes, e incorporados en el patrimonio de su titular, por lo que están protegidos constitucionalmente.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

El proyecto fija un plazo para que (i) los DAA constituidos no inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces sean registrados dentro de un plazo de 15 meses contado desde entrada en vigencia esta ley; y para que (ii) los DAA consuetudinarios no inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces se inicie a su respecto un procedimiento de regularización dentro de un plazo de 5 años contado desde que entre en vigencia esta ley; en caso no verificarse dicho supuesto, el Proyecto plantea que dichos DAA caducarán.

En efecto, el Proyecto en el artículo 1° transitorio de la ley, dispone que: “Los derechos de aprovechamiento **reconocidos** o constituidos antes de la publicación de esta ley, así como aquellos **usos susceptibles de regularización a los que se refieren los artículos 2° y 5° transitorios del Código de Aguas**, continuarán estando vigentes y mantendrán su carácter de indefinidos en el tiempo (…) Los titulares de dichos derechos quedarán sujetos a todas las demás disposiciones del Código de Aguas y podrán extinguirse por su no uso, según lo disponen los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5, y **caducar por su no inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces**, según se establece en el artículo segundo transitorio de esta ley”.

La norma descrita nos merece un reproche de constitucionalidad[[4]](#footnote-5), por dos razones. Primero, porque se elimina la naturaleza de derecho de aprovechamiento al DAA consuetudinario, ahora re denominándolos como “usos susceptibles de regularización”. Y en segundo lugar, porque la falta registro o del inicio de un procedimiento de formalización del mismo (regulada actualmente en el art. 2° transitorio del Código de Aguas) no puede derivar en la caducidad y pérdida de DAA respecto al cual su titular tiene un derecho de propiedad incorporado en su patrimonio. En ambos casos, no se le puede privar ni afectar en su esencia, de no mediar una expropiación del mismo.

Por último, esta regularización, al igual que la caducidad del DAA, determinada en un procedimiento administrativo resuelto ante la misma DGA que no cumple con los estándares mínimos que aseguren el respeto del debido proceso y el derecho a defensa. Ello es fundamental para garantizar un justo y racional procedimiento, garantía protegida en el artículo 19 N°3 inciso 5° y 6° de la Constitución

Tal como expresa el Profesor Navarro, se observan evidentes “*infracciones a las garantías mínimas de un justo y racional proceso. Desde ya, los mecanismos de defensa se encuentran muy limitados, especialmente en la oposición de excepciones. Igualmente, en cuanto a las atribuciones de los tribunales de justicia y sus facultades jurisdiccionales, en relación a las atribuciones administrativas de la DGA”*.

**6.- Caducidad del DAA por no inscripción en el catastro público (art. segundo transitorio inciso quinto).**

La materia y situación actual:

Bajo el régimen jurídico actual los titulares de DAA constituidos o reconocidos tienen un derecho de propiedad sobre éstos, protegido en el inciso final del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución.

El Código de Aguas establece que la DGA deberá llevar un Catastro Público de Aguas, el cual incluye toda la información que diga relación con las aguas, y uno de sus registros corresponde al de DAA. El art. 122 del Código de Aguas establece que la DGA debe manejar el CPA al día, utilizando entre otras fuentes la información que los Conservadores de Bienes Raíces están obligados a remitirle. Por tanto, se trata de un registro público de responsabilidad de la Autoridad, en el cual se debe incluir, sistematizar y poner a disposición del público toda la información y documentación respectiva.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

El proyecto en el inciso segundo del art. 2° transitorio, plantea que los titulares de DAA debidamente inscritos en el registro de propiedad del Conservador, pero que no estén inscritos en el CPA, caducarán si no se inscriben en este registro público.

Para estos efectos, el titular del DAA tendrá 15 meses desde la entrada en vigencia de la ley para presentar ante la propia DGA una copia de la inscripción del DAA en el CPA y un certificado de dominio vigente. En caso de que ello no ocurra, la DGA publicará en la página web institucional el CPA actualizado, y los titulares que no aparezcan con su DAA registrado tendrán un plazo de 9 meses para registrar su DAA. Si ello no ocurre, la DGA dictará una resolución que los declarará caducados.

Esta modificación vulnera gravemente la Constitución, ya que, tratándose de un DAA protegido constitucionalmente, su falta de registro en el CPA no puede derivar en la caducidad de un derecho de propiedad. Conforme lo dispuesto en el artículo 19 número 24 de la Constitución, no resulta admisible que su propietario sea privado del dominio, salvo que medie la correspondiente expropiación del mismo.

En segundo lugar, es contrario a la Constitución, considerando que tanto el registro del DAA en el CPA como la determinación de la caducidad depende de la voluntad y decisión de la misma Autoridad administrativa que lleva este registro. En esta materia coincidimos con diversos constitucionalistas que han expuesto ante esta Comisión, el procedimiento para constatar la falta de registro y caducidad se reduce a la sola publicación de listados, seguidos de recursos de reconsideración o reclamo. Ello nos parece insuficiente para asegurar un justo y racional procedimiento destinado a privar a un titular de un bien de su propiedad, ya que no entrega las condiciones mínimas que aseguren el respeto del debido proceso y el derecho a defensa, que garantiza nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 N°3 inciso 5° y 6°.

Esta sanción de caducidad de DAA atenta de forma flagrante contra la Constitución, en tanto recaería sobre DAA válidamente otorgados y/o regularizados mediante sentencia judicial, e incluso, inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. Aunque sea relevante su registro en el CPA, el dominio y la existencia de un DAA vigente y en uso no puede depender de su inclusión en un registro de responsabilidad de la DGA, más aún si la materialización de esa gestión no depende únicamente de la voluntad del propietario del DAA. De hecho, ocurre con frecuencia que la falta de registro tiene su causa en la negativa de la DGA a registrarlo, aduciendo que el título en el cual consta el DAA (resolución constitutiva de la misma DGA, o sentencia judicial de regularización) contiene deficiencias u omisiones que impiden su inclusión en el CPA. Ante la negativa de la DGA, este conflicto termina en el mejor de los casos en un juicio de perfeccionamiento de título que puede tomar años, y o en la falta de registro del DAA. Cabe señalar que la DGA actualmente cuenta con potestades para lograr el mismo fin y obtener de los CBR la información de los derechos de aguas y sus mutaciones de dominio, bajo apercibimiento de sanción contra el conservador.

En último término, resulta absolutamente desproporcionado, injusto e irracional que una responsabilidad que la misma ley ha mandatado a la DGA (con apoyo en los Conservadores de Bienes Raíces), y hoy radicada a nivel nacional en un abogado archivero, en el futuro se traduzca en la pérdida de decenas de miles de DAA utilizados e inscritos en los Conservadores de Bienes Raíces.

Como puede observarse, y tal como expresan los profesores Colombo y Navarro, en el proyecto de ley *“se concede facultades jurisdiccionales a un órgano de la Administración, en este caso la Dirección General de Aguas, en un conflicto entre partes que es propio y exclusivo de la jurisdicción de los tribunales de justicia, al tenor de lo preceptuado en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, conforme al cual la resolución de todo conflicto civil -como sería los de aguas- o criminal “pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, prohibiendo al Presidente de la República -y con mayor lugar a la administración- el “ejercer funciones judiciales”.* En efecto, lo anterior debe enmarcarse además en un justo y racional proceso, el que -como se ha explicado- supone que en todo conflicto las partes sean debidamente emplazadas, teniendo derecho a aportar pruebas, dictándose sentencia motivada por un tercero imparcial e independiente, la que puede ser impugnada ante el tribunal superior.

**7.- Cambio de naturaleza jurídica del DAA y sobre los atributos esenciales del derecho de propiedad: limitación por cambio de uso (Art. 6 bis)**

La situación actual:

El DAA consiste en un derecho real que recae sobre las aguas, y consiste en su uso y goce. El DAA tiene una serie de características esenciales, dentro de las cuales, está que este derecho real no está adscrito a una propiedad ni las aguas extraídas están restringidas a un uso determinado. En ejercicio de este derecho, su titular puede usar y gozar libremente las aguas, estando su titular habilitado -constitucional y legalmente- a ejercer el derecho y destinar las aguas a los fines y actividades que estime pertinentes.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad

El proyecto, mediante lo dispuesto en los incisos 5, 6 y 7 del art. 6 bis, incorpora la obligación del titular de un DAA a informar a la DGA de cualquier cambio de uso[[5]](#footnote-6) sobre el derecho, en los términos que disponga esa autoridad. Asimismo, establece que de no cumplir con esa obligación está expuesta a una multa, y además, en caso que la Autoridad estime que el cambio de uso pudiera generar una “grave afectación al acuífero o la fuente superficial de donde se extrae” podrá suspender total o parcialmente el ejercicio del DAA.

Esta modificación nos parece inconstitucional por las siguientes razones:

- Primero, porque se vulnera gravemente contra la garantía del derecho de propiedad del inciso final del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, al cambiar una de las características esenciales del DAA que dice relación con su uso y goce. El titular de un DAA puede ejercer su DAA y destinar las aguas al fin que estime pertinente, de manera que esta limitación que afecta al derecho en su esencia no puede aplicarse sin mediar la correspondiente expropiación.

- Segundo, porque la DGA al otorgar un DAA, debe comprobar que el caudal que otorga esté disponible en la fuente natural. Una vez otorgado ese DAA y comprobada esa disponibilidad, el DAA puede ser ejercido en esas condiciones. Cualquier limitación al mismo, que no diga relación con las limitaciones y restricciones que la Autoridad tiene la potestad para aplicar en conformidad a los art. 17, 62 y 314, que apuntan a restricciones no solo fundadas sino también aplicadas en condiciones de igualdad ante la ley (prorrata), atentan precisamente contra la garantía de igualdad ante la ley establecida en el inc. 2° del N°2 del art. 19 de la Constitución. A lo anterior cabe agregar que con la finalidad de proteger la sustentabilidad de la fuente, en los procesos de evaluación ambiental y en base a normas y reglamentos objetivos y conocidos, se pueden imponer otras restricciones al ejericio del derecho de aguas.

Esta modificación legal precariza el carácter real del derecho de aprovechamiento, impide el uso, goce y disposición que le garantiza el derecho de propiedad, y abre un espacio sin borde para la aplicación de limitaciones y restricciones arbitrarias, no equitativas entre los titulares de DAA. Asimismo, esta anunciada restricción o eventual impedimento al cambio de uso de un DAA, lo que está haciendo es privarle o afectarle sustantivamente la facultad de disposición propia del dominio, toda vez que se pone un verdadero obstáculo a la transmisión y posterior uso del DAA por otros titulares, al sujetar su aprobación a la verificación de un supuesto genérico (“grave afectación al acuífero o la fuente superficial”) peligrosamente discrecional.

**8. Fijación retroactiva de caudales ecológicos a DAA antiguos (Art.129 bis 1)**

La materia y la situación actual:

Frente a la necesidad de proteger el medio ambiente y preservar la naturaleza, mediante la ley 20.017 de 2005 se incorporaron una serie de modificaciones al Código de Aguas, una de las cuales consistió en facultar a la DGA para que al momento de constituir un nuevo DAA, determine un caudal ecológico mínimo que deberá respetar su titular.

El caudal ecológico, en sí mismo, es un límite que el titular de un DAA debe respetar a todo evento, que consiste en que solo puede captar un caudal una vez que el río tenga una cantidad o flujo mínimo de agua. Se trata de un caudal preferente para el río, de manera que solo una vez que éste exista físicamente, el titular del DAA podrá extraer el caudal a que tiene derecho.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

El proyecto propone la modificación del art. 129 bis 1° del CA, que deroga una garantía que estableció el legislador el año 2005, para los derechos existentes, a quienes no se les aplicaría el caudal ecológico mínimo ya que “sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan”, concepto que hoy se elimina.

Mediante la modificación propuesta, se le permite a la DGA fijar caudales ecológicos sobre DAA existentes, lo cual constituye una verdadera afectación retroactiva del DAA, que afecta el dominio en su esencia, infringiéndose con ello la garantía del art. 19 N°24 de la Constitución. Tal afectación retroactiva del DAA podría materializarse cuando a la DGA resuelve el traslado de un DAA, de forma tal que, al momento de autorizarlo (el traslado), incorpora este gravamen que no formó parte de las características esenciales del DAA al momento de otorgarse. En efecto, el Proyecto en el inciso final del art. 129 bis 1° del CA que la DGA “siempre podrá establecer, en el nuevo punto de extracción, un caudal ecológico mínimo en la resolución que autorice el traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas superficiales”.

Adicionalmente, el Proyecto habilita a la DGA a fijar un caudal con efecto retroactivo para aquellos DAA existentes en “áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad, como los parques nacionales, reservas nacionales, reservas de región virgen, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza, los humedales de importancia internacional y los sitios prioritarios de primera prioridad”.

Especial atención merece la modificación del inciso tercero, en que se amplía la facultad del Presidente de la República para, mediante decreto fundado, fijar caudales ecológicos mínimos diferentes, sin atenerse a la limitación del 20% del caudal medio anual, en la que se elimina la frase “no pudiendo afectar derechos de aprovechamiento existentes”. Lo que expande el riesgo incluso para aquellos derechos de aprovechamiento que ya cuentan con un caudal ecológico mínimo establecido.

La norma constituye una derogación tácita de la garantía de irretroactividad establecida en 2005, permitiendo establecer limitaciones con evidente efecto retroactivo, lo cual afecta situaciones consolidadas, proyectos existentes y actividades en ejecución, que no contemplaron gravamen alguno al momento de dictarse el acto constitutivo del DAA. Esto, de materializarse, constituiría una afectación al derecho de propiedad en su esencia, que no mediando la expropiación del DAA, constituye una vulneración al inciso final del artículo 19 número 24 de la Constitución.

En refuerzo de este reparo, cabe recordar que en la discusión de la ley 20.017, esta aplicación y afectación retroactiva del caudal ecológica respecto a los DAA antiguos, se zanjó precisamente estableciendo en el art. 129 bis 1°que “**sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan**”. No habiéndose reformado la Constitución en esta materia, el legislador no está habilitado para aprobar una norma retroactiva que afecta derechos ya incorporados en el patrimonio de su titular. Por lo mismo, como expresa el Profesor Navarro “*se observa en el proyecto de ley la aplicación de sanciones con evidente carácter retroactivo, lo que vulnera principios elementales de todo derecho administrativo sancionador, como lo ha reconocido la doctrina y jurisprudencia constitucional”*

**9. Eliminación del derecho a indemnización en caso de redistribución de aguas. (Art. 314)**

La materia y la situación actual:

El régimen jurídico actual establece que los DAA, en caso de no existir disponibilidad de agua suficiente para abastecerlos a todos, los derechos se ejercen a prorrata. En tal caso, a cada uno de los propietarios de DAA les corresponderá recibir una parte alícuota (proporcional) del agua que le corresponde según su DAA. De esta forma, la regla de oro en la materia es que los DAA se ejercen en igualdad de condiciones, y de haber escasez, la extracción efectiva se reduce proporcionalmente.

En caso de sequía extraordinaria, regulada en el art. 314 del Código de Aguas, a fin de reducir al mínimo los daños, los usuarios pueden adoptar acuerdos de “redistribución” de las aguas, con lo cual implica que el reparto de aguas pueda efectuarse de forma no proporcional. En caso de falta de acuerdo entre los usuarios (en el reparto no proporcional o redistribución) la DGA podrá hacerlo en su reemplazo. En tal caso, el inciso 7° del art. 314 establece que “Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas (…) tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco”.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

Mediante la modificación del art. 314 del CA, el proyecto elimina el derecho del dueño a ser indemnizado por una redistribución de aguas no proporcional.

Esta modificación presenta un evidente vicio de constitucionalidad al afectarse el principio de igualdad ante la ley que regula el inciso 2 del numeral 2 del artículo 19, y en el mismo sentido, el derecho de propiedad consagrado en el inciso final del numeral 24 del artículo 19, ambos de la Constitución, toda vez que nadie puede ser privado del DAA o afectarlo en su esencia, salvo que se indemnice al afectado.

La eliminación del derecho a indemnización vulnera gravemente el derecho de propiedad que tiene un titular sobre un DAA, al verse expuesto a una verdadera expropiación privándosele del derecho a ser indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado.

Mediante esta norma el Proyecto autoriza la arbitrariedad por parte de la Autoridad, la cual so pretexto de una situación de escasez, podría determinar nuevas formas de reparto que privilegien algunos en perjuicio de otros, infringiendo el principio de igualdad ante la ley que regula el inciso 2 del numeral 2 del artículo 19 de la Constitución. De determinarse por la autoridad una reducción no proporcional, en los hechos estará efectuando una reasignación de derechos concedidos. En el evento que se aspire a establecer una forma de distribución que no sea en partes alícuotas, que fije otras prioridades, y sin otra limitación que la discreción de la autoridad, estaremos frente a una expropiación de derechos sin indemnización.

**10. Constitución de nuevos derechos aun cuando no exista disponibilidad (Art. 147 quater).**

La materia y la situación actual:

Uno de los principios rectores que rigen nuestro ordenamiento jurídico, no desde el año 1981 sino desde siempre, es que la DGA para otorgar un nuevo DAA debe comprobar el cumplimiento de 3 requisitos copulativos: a) que exista disponibilidad de aguas; b) que no se afecten a derechos de terceros; y c) que se cumplan las formalidades legales.

El requisito de disponibilidad tiene un sustento jurídico, técnico y ambiental, que debe ser verificado por la DGA. La disponibilidad jurídica obliga a la autoridad a proteger los derechos de terceros, que son aquellos que ya cuentan con un DAA que no pueden ser afectados por el otorgamiento de nuevos derechos (incrementen la demanda de agua sin respaldo físico). La disponibilidad técnica requiere la determinación del caudal y/o volumen de agua que físicamente existen en el río o acuífero. Y finalmente la disponibilidad ambiental tiene que ver con la capacidad de la fuente natural para soportar sustentablemente el consumo de agua comprometido en DAA.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

El proyecto plantea un nuevo art. 147 quáter del CA, que establece una facultad excepcional en favor del Presidente de la República para constituir DAA aun no existiendo disponibilidad de aguas, con la finalidad de garantizar los usos de la función de subsistencia.

Antes de analizar los vicios de constitucionalidad, llama la atención que esta facultad excepcional apunte al otorgamiento de nuevos DAA asociados a un fin novedoso y desconocido a la fecha por nuestro ordenamiento jurídico. No se trata de agua para consumo humano ni para uso doméstico, sino para usos domésticos de subsistencia. Según la definición contenida en el art. 5 bis, ellos corresponden al “aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal, la bebida de sus animales y cultivo de productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia”. Actualmente el Código de Aguas permite el uso de aguas para la bebida y uso doméstico, que es un concepto y uso restringido exclusivamente a las labores de la casa.

Dado lo anterior, nos parece una hipótesis sumamente amplia, que se puede prestar para abusos, por ejemplo, que estas aguas se justifiquen para el cultivo de productos hortofrutícolas cuya venta pueda servir de sustento económico, lo cual implica un uso productivo destinado a la comercialización de productos. Entendemos que ello está fuera del espíritu de la norma, pero parece necesario precisar el alcance de esta definición.

Aun cuando parezca una atribución excepcional en favor del Presidente de la República, que la podrá delegar en un ministro de estado, y aun pudiendo ser loable la finalidad perseguida, el otorgamiento de nuevos derechos en cuencas agotadas, en acuífero sobre explotados, vulneran diversas garantías constitucionales.

La constitución de un DAA sin disponibilidad, de no mediar compra o expropiación de derechos existentes, los nuevos derechos producirán impactos negativos en la gestión sustentable de la fuente natural, con lo cual se vulnera la garantía contenidas en el art. 19 N° 8, al afectar el medio ambiente y la naturaleza. Estos nuevos DAA vulneran también las garantías del art. 19 N° 2 inciso segundo, y art. 19 N°24 inciso final, al afectarse los DAA existente en manos de otros titulares, quienes tendrán que soportar la falta de agua y/o impactos negativos generados sobre la fuente natural.

**11. Alteración de la administración, distribución y aprovechamiento de las aguas en ríos seccionados (Art. 17).**

La materia y la situación actual:

Conforme la normativa vigente, los ríos seccionados y en los cuales existen Juntas de Vigilancia constituidas, éstas reparten las aguas existentes entre los miembros que la componen. En caso de no existir caudal suficiente para abastecerse todos los DAA permanentes, éstos se ejercen a prorrata o en partes alícuotas. La administración y distribución de las aguas se realiza en forma independiente en cada sección, salvo que exista una situación de extraordinaria sequía que pudiera derivar en la adopción de acuerdos entre las diversas secciones, para la redistribución de las aguas, en cuyo caso las secciones de la cabecera de la cuenca entregan aguas en favor de las secciones posteriores.

En los casos de sequía extraordinaria, de no haber acuerdo entre los usuarios en la forma de hacer la redistribución de las aguas (reparto no proporcional), el art. 314 del Código de Aguas dispone que la DGA podrá ordenar dicha redistribución. En tal caso, la misma disposición legal entrega a la DGA la potestad para intervenir las Juntas de Vigilancia y eliminar temporalmente el seccionamiento de los ríos. Todo aquel titular de DAA que reciba menor proporción de agua de la que le corresponda conforme a las existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco.

La modificación propuesta y la objeción de constitucionalidad:

El proyecto plantea modificar el art. 17, estableciendo que “En aquellos casos en que dos o más juntas de vigilancia ejerzan jurisdicción en la totalidad de la fuente de abastecimiento, por encontrarse ésta seccionada, **la Dirección General de Aguas podrá ordenar una redistribución de aguas entre las distintas secciones**, cuando **una de estas organizaciones se sienta perjudicada por las extracciones que otra realice** y así lo solicite fundadamente”.

Esta nueva disposición vulnera las garantías del art. 19 N° 2 inciso segundo, y art. 19 N°24 inciso final, al cambiar la forma en que se administran y distribuyen las aguas en las cuencas seccionadas, privándole de captar las aguas a que tienen derecho algunos titulares de DAA (de una sección) sin mediar indemnización alguna, para dársela a otros titulares de DAA (de otras secciones).

Una medida de esta naturaleza es evidentemente inconstitucional, al romper la regla de oro y manifestación más clara del principio de igualdad ante la ley, que es el ejercicio a prorrata de los DAA. En efecto, desde tiempos inmemoriales, conforme a la normativa vigente, cuando en una sección no hay disponibilidad para que todos los DAA capten el caudal nominal que les corresponde, sus titulares deben ejercer los DAA en partes alícuotas o proporcionalmente.

La mejor demostración de que esta norma vulnera las garantías del art. 19 N° 2 inciso segundo, y art. 19 N°24 inc. final, es que el único caso en la cual una sección (junta de Vigilancia) o usuarios puedan reclamar más agua de la que proporcionalmente les corresponde conforme a sus DAA, se da cuando exista una situación de extraordinaria sequía conforme el art. 314. Esta norma, de carácter excepcional, le permite a la DGA adoptar una medida temporal y extraordinaria, consistente en la redistribución (o distribución no proporcional) de las aguas, en cuyo caso los afectados tienen derecho a ser indemnizados por el Fisco. La disposición propuesta, no establece la duración máxima de la medida, lo que podría dar origen a una redistribución de carácter permanente, lo implica suprimir el seccionamiento, afectando derechos adquiridos protegidos por el art. 19 N°24 inciso final de la Constitución.

10 de julio de 2020

Andrés Allamand Z. Víctor Pérez V.

|  |
| --- |
| Nota: se deja constancia que en documento aparte se incluye una serie de modificaciones legales que son materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (art. 65 N°2 de la Constitución), y que no constan hayan sido debidamente patrocinadas. En caso de confirmarse lo anterior, de no mediar su patrocinio, deberán ser declaradas inadmisibles. |

1. Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos. [↑](#footnote-ref-2)
2. Ver proyectos referidos a los boletines N°s 6.124-09, 6.141-09, 6.254-09, 6.697-07, 7.108-07, 8.355-07, 9.321-12, 10.496-07 y 10.497-07. [↑](#footnote-ref-3)
3. “*La duración del derecho de aprovechamiento 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 artículo 129 bis 9 inciso primero y a los criterios de sustentabilidad de la fuente de abastecimiento, sin que pueda exceder el plazo establecido en este inciso. De constatarse por el Servicio una afectación a la sustentabilidad de la fuente, se aplicará además lo dispuesto en los artículos 17 y 62, según corresponda*” [↑](#footnote-ref-4)
4. Vale señalar que actualmente, los mayores usuarios de esta norma son las comunidades indígenas y agrícolas, indígenas y pequeños propietarios agrícolas, cuyas aguas se han aprovechado inmemorialmente. Lo anterior podría también significar una infracción a los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, como es el caso del Convenio 169 de pueblos originarios. [↑](#footnote-ref-5)
5. Conforme lo dispone el inc. 7° del art. 6 bis “Para los efectos de este artículo, se entenderá por cambio de uso aquel que se realice entre distintas actividades productivas tales como la agropecuaria, la minería, la industria o la generación eléctrica, entre otras”. [↑](#footnote-ref-6)