

MINUTA 60
REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS

1. Recordatorio: lo que se ha sancionado y lo que falta por votar.

1.1. <u>Discutido y votado:</u>	1.2. <u>Por discutir y votar:</u>
1. Artículo 6º inciso primero. 2. Artículo 6º, inciso segundo, nuevo. 3. Eliminación del actual inciso segundo. 4. Artículo 6º, inciso tercero. 5. Artículo 6º, inciso quinto 6. Artículo 6º inciso sexto 7. Artículo 6º, inciso séptimo. 8. Artículo 6 bis, inciso 1º 9. Artículo 6 bis, inciso 2º 10. Artículo 6 bis, inciso 5º 11. Artículo 6 bis inciso 6 12. Artículo 6 bis, inciso 7º 13. Artículo 17 inciso 4 14. Artículo 20, inciso 2º 15. Artículo 129 bis 1 (caudal ecológico) 16. Artículo 134 bis (procedim. extinción)	17. Artículo 147 quáter 18. Artículo 314 (escasez hídrica) 19. Art. 1º transitorio, incisos 1 y 2 20. Art. 2º transitorio, incisos 1, 2 y 5 * Sobre los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5 no se trabó Litis (regulan extinción de derechos de aguas constituidos con anterioridad a la publicación de esta reforma de ley).

2. Artículo 147 quáter

Artículo 147 quáter. Excepcionalmente, el Presidente de la República, previo informe favorable de la Dirección General de Aguas, con la sola finalidad de garantizar los usos de la función de subsistencia, y fundado en el interés público, podrá constituir derechos de aprovechamiento aun cuando no exista disponibilidad, para lo cual le serán aplicables las limitaciones del artículo 5 quinquies. Esta facultad se ejercerá por el Ministro de Obras Públicas, quien firmará el decreto respectivo “Por orden del Presidente de la República”.

Minuta de Allamand y Pérez:

1. Llama la atención que esta facultad excepcional apunte al otorgamiento de nuevos derechos asociados a un fin novedoso y desconocido a la fecha: usos domésticos de subsistencia.

Comentario:

El concepto de uso doméstico de subsistencia fue introducido al proyecto de ley por indicación del Ejecutivo en Comisión de Agricultura del Senado (marzo, 2020) y fue aprobado en los términos propuestos.

Según el art. 5 bis, 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”.

2. Es una hipótesis amplia, que se puede prestar para abusos. Si bien entienden que ello está fuera del espíritu de la norma, sugieren precisar su alcance.
3. Es una atribución excepcional en favor del Presidente de la República, que la podrá delegar en un ministro de estado, pero los otorgamientos de nuevos derechos en cuencas agotadas vulnerarían garantías constitucionales.
 - La constitución de un derecho de aprovechamiento sin disponibilidad, de no mediar compra o expropiación de derechos existentes, producirán impactos negativos en la gestión sustentable de la fuente natural, afectar al medio ambiente (CPR Art. 19 N° 8),
 - Afectaría también las garantías del art. 19 N° 2, párrafo segundo, y art. 19 N° 24°, párrafo final, al afectarse los derechos existentes en manos de otros titulares.

Opinión de los constitucionalistas invitados:

No cuestionaron esta norma.

Posición de los senadores afines al Gobierno

1. Es posible que soliciten discutir conjuntamente los artículos 147 quáter y el artículo 148, argumentando que son artículos complementarios. Sin embargo, el artículo 148 no es parte de la lista de artículos sobre los que la Comisión acordó discutir.
2. Se estima que seguirán la lógica de la postura original de Allamand y Pérez.

Comentarios generales:

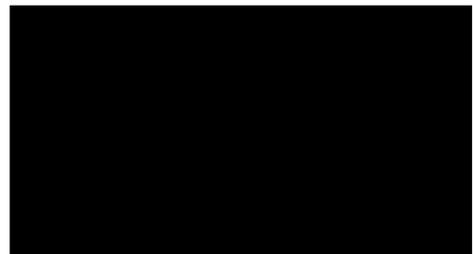
1. El Art. 5 inciso 4° del proyecto de ley establece: “El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.”
2. El Art. 147 quáter es parte del conjunto de disposiciones que buscan entregarle herramientas a la autoridad para garantizar dicho derecho.
3. Se trata de una situación extraordinaria, razón por la cual el encabezado de este artículo comienza con “Excepcionalmente”. En consecuencia, el derecho humano de acceso al agua puede estar por encima del derecho de propiedad.
4. El carácter excepcional indica que la DGA, en su informe al Presidente de la República (que justifica/solicita la aplicación de esta situación excepcional) debe explicar por qué la situación no se ha podido resolver con las herramientas ordinarias del Código de Aguas ni con otras herramientas.
5. La Constitución, en el Art. 19 N° 24 inciso final señala que los derechos de los particulares sobre las aguas otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.
6. En ningún caso se puede argumentar que la concesión extraordinaria de un derecho para garantizar el consumo humano o el saneamiento extingue la propiedad sobre un derecho de aprovechamiento, aunque podría limitar su ejercicio.

7. ¿Qué significa que no exista disponibilidad? No se trata de disponibilidad física (ya que hay agua) sino que jurídica (el agua que hay está enteramente asociada a derechos que no la explotan o lo hacen parcialmente).
8. ¿Con esta norma sería la primera vez que se entreguen derechos sin que exista disponibilidad? Por supuesto que no. Es sabido que existen muchas cuencas con sobre otorgamiento. De hecho, el actual artículo 2° transitorio del Código de Aguas permite “regularizar” derechos por la vía judicial, incluso contra un informe de disponibilidad. Es del caso que más del 40% de los derechos que existen en La Ligua y Petorca se entregaron por la vía judicial y en su gran mayoría, contra informe de la DGA.

Sin embargo, no necesariamente porque se haga con habitualidad es correcto. De hecho, esta reforma propone que el procedimiento de regularización migre desde lo judicial a lo administrativo. La diferencia estriba en que las regularizaciones y otros sobre otorgamientos se han concedido para fines productivos y el artículo 147 quáter lo acota solo para el uso doméstico de subsistencia.

Se recomienda mantener la norma y, en caso de estimarse necesario, hacerle adecuaciones menores para asegurar su uso excepcional.

Santiago, 8 de enero de 2021



Carlos Estévez Valencia

MINUTA 61 REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS

1. Recordatorio: lo que se ha sancionado y lo que falta por votar.

1.1. <u>Discutido y votado:</u>	1.2. <u>Por discutir y votar:</u>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Artículo 6º inciso primero. 2. Artículo 6º, inciso segundo, nuevo. 3. Eliminación del actual inciso segundo. 4. Artículo 6º, inciso tercero. 5. Artículo 6º, inciso quinto 6. Artículo 6º inciso sexto 7. Artículo 6º, inciso séptimo. 8. Artículo 6 bis, inciso 1º 9. Artículo 6 bis, inciso 2º 10. Artículo 6 bis, inciso 5º 11. Artículo 6 bis inciso 6 12. Artículo 6 bis, inciso 7º 13. Artículo 17 inciso 4 14. Artículo 20, inciso 2º 15. Artículo 129 bis 1 (caudal ecológico) 16. Artículo 134 bis (procedim. extinción) 	<ol style="list-style-type: none"> 17. Artículo 147 quáter 18. Artículo 314 (escasez hídrica) 19. Art. 1º transitorio, incisos 1 y 2 20. Art. 2º transitorio, incisos 1, 2 y 5 <p style="margin-top: 20px;">* Sobre los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5 no se trabó Litis (regulan extinción de derechos de aguas constituidos con anterioridad a la publicación de esta reforma de ley).</p>

2. Artículo 147 quáter

En la sesión pasada se discutió largamente este artículo. La Comisión encomendó a los asesores de la comisión que evalúen ciertas enmiendas a fin de votarlo.

Esto es coherente con lo señalado al final de la minuta 60: Se recomienda mantener la norma y, en caso de estimarse necesario, hacerle adecuaciones menores para asegurar su uso excepcional.

Art. 147 quáter (Boletín 7543-12)	Propuesta acordada
<p>Excepcionalmente, el Presidente de la República, previo informe favorable de la Dirección General de Aguas, con la sola finalidad de garantizar los usos de la función de subsistencia, y fundado en el interés público, podrá constituir derechos de aprovechamiento aun cuando no exista disponibilidad, para lo cual le serán aplicables las limitaciones del artículo 5 quinquies. Esta facultad se ejercerá por el Ministro de Obras Públicas, quien firmará el decreto respectivo "Por orden del Presidente de la República".</p>	<p>Excepcionalmente, el Presidente de la República, en atención a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 bis y fundado en el interés público, podrá constituir derechos de aprovechamiento aun cuando no exista disponibilidad. Para ello, deberá contar con un informe previo y favorable de la Dirección General de Aguas, que justifique, tanto que es con la sola finalidad de garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, como que no ha sido posible la aplicación de otras normas y</p>

	herramientas que provee este Código o que estas no han sido efectivas. Esta facultad se ejercerá por el Ministro de Obras Públicas, quien firmará el decreto respectivo “Por orden del Presidente de la República”, aplicándose, para los beneficiarios , las limitaciones del artículo 5 quinquies.
--	--

A la fecha se ha concordado en el texto de la columna de la derecha. El Ejecutivo propuso hace unas horas agregar la palabra “demostrando” que busca hacer explícito lo que ya se señala unas líneas más arriba (que debe justificarse). Aparentemente se trata de una mera diferencia de redacción.

3. Artículo 314. Decreto de Escases Hídrica.

Las modificaciones que introduce el proyecto de ley a este artículo son valiosas y significativas. El Decreto de Escasez Hídrica es una de las pocas herramientas del Código de Aguas para hacer frente al fenómeno de la sequía. Sin embargo, el Código de Aguas vigente:

- No prioriza los usos de la función de subsistencia
- Presume que la escasez hídrica es un fenómeno extraordinario (aunque la evidencia señala progresivamente lo contrario para una amplia superficie del país),
- Presume que la sequía no durará más de 6 meses: la DGA podrá: “declarar zonas de escasez por períodos máximos de seis meses, no prorrogables”

A propuesta de los senadores Allamand y Pérez se trabó la Litis sobre el inciso 9 del proyecto de ley. Es probable que el Ejecutivo proponga editar varios incisos. Algunas de estas propuestas son meramente formales y de fácil despacho, sin embargo, otras pueden ser más sustantivas.

A continuación, se describe el comparado entre lo que señala el Código vigente y el proyecto de ley:

Art. 314 Código de Aguas vigente	Art. 314, Boletín 7543-12
El Presidente de la República, a petición o con informe de la Dirección General de Aguas, podrá, en épocas de extraordinaria sequía, declarar zonas de escasez por períodos máximos de seis meses, no prorrogables.	Artículo 314. El Presidente de la República, a petición o con informe de la Dirección General de Aguas, podrá, declarar zonas de escasez hídrica ante una situación de severa sequía por un período máximo de un año, prorrogable sucesivamente, previo informe de la Dirección General de Aguas, para cada período de prórroga.
La Dirección General de Aguas calificará, previamente, mediante resolución, las épocas de sequía que revistan el carácter de extraordinarias.	La Dirección General de Aguas calificará, previamente, mediante resolución, los criterios que determinan el carácter de severa sequía.

<p>(3) Declarada la zona de escasez, y no habiendo acuerdo de los usuarios para redistribuir las aguas, la Dirección General de Aguas podrá hacerlo respecto de las disponibles en las fuentes naturales, para reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. Podrá, para ello, suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez.</p>	<p>(3) Declarada la zona de escasez hídrica, con el objeto de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, especialmente para garantizar la función de subsistencia de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 bis, la Dirección General de Aguas podrá exigir, para estos efectos, a la o las Juntas de Vigilancia respectivas, la presentación de un acuerdo de redistribución, dentro del plazo de 15 días corridos contado desde la declaratoria de escasez. Este acuerdo, deberá contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento, precaviendo la comisión de faltas graves o abusos.”.</p>
	<p>(4° nuevo) De aprobarse el acuerdo por la Dirección General de Aguas, las Juntas de Vigilancia deberán darle cumplimiento dentro del plazo de cinco días corridos contado desde su aprobación y su ejecución será oponible a todos los usuarios de la respectiva cuenca. En caso que exista un acuerdo previo de las Juntas de Vigilancia que cumpla con todos estos requisitos y que haya sido aprobado por el Servicio con anterioridad a la declaratoria de escasez, se procederá conforme a éste, debiendo ser puesto en marcha dentro del plazo de 5 días corridos contado desde la declaratoria.”.</p>
<p>(4) Una vez declarada la zona de escasez y por el mismo período señalado en el inciso primero de este artículo, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. También podrá otorgar cualquiera de las autorizaciones señaladas en el Título I del Libro Segundo de este Código</p>	<p>(5) Con todo, aquellas asociaciones de canalistas o comunidades de aguas que, al interior de sus redes de distribución, abastezcan a prestadores de servicios sanitarios, deberán adoptar las medidas necesarias para que, con la dotación que le corresponda por la aplicación del acuerdo de distribución, dichos prestadores reciban el caudal o los volúmenes requeridos para garantizar la función de subsistencia.</p>
<p>(5) Para los efectos señalados en los incisos anteriores, y lo dispuesto en el artículo siguiente, la Dirección General de Aguas adoptará las medidas sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo de este Código.</p>	<p>(6) En caso que las Juntas de Vigilancia no presentaren el acuerdo de redistribución dentro del plazo contemplado en el inciso tercero o no diesen cumplimiento a lo indicado precedentemente, el Servicio podrá ordenar el cumplimiento de esas medidas o podrá disponer la suspensión de sus atribuciones, como también</p>

	<p>los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez, para realizar directamente la redistribución de las aguas superficiales y/o subterráneas disponibles en la fuente, con cargo a las Juntas de Vigilancia respectivas. La Dirección General de Aguas podrá liquidar y cobrar mensualmente los costos asociados a ésta. Lo anterior, sin perjuicio de que las Juntas de Vigilancia podrán presentar a consideración de la Dirección General de Aguas, el acuerdo a que se refieren los incisos tercero y cuarto de este artículo.</p>
<p>(6) Los decretos supremos y las resoluciones de la Dirección General de Aguas que se dicten en virtud de las facultades conferidas en los incisos anteriores, se cumplirán de inmediato, sin perjuicio de la posterior toma de razón por la Contraloría General de la República.</p>	<p>(7) Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas destinadas con preferencia a los usos de la función de subsistencia y la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. Las autorizaciones que se otorguen en virtud de este inciso estarán vigentes mientras esté en vigor el decreto de escasez respectivo.”.</p>
	<p>(8) “Para efectos del proceso de fijación de tarifas establecido en el decreto con fuerza de ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, se considerará que las aguas entregadas en virtud del presente artículo son aportes de terceros y tienen un costo igual a cero.”.</p>
<p>(7) Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco.</p>	<p>(9) Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco. No tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en los incisos cuarto y sexto de este artículo.”.</p>
<p>(8) Esta declaración de zona de escasez no será aplicable a las aguas acumuladas en embalses particulares.</p>	<p>(10) Esta declaración de zona de escasez no será aplicable a las aguas acumuladas en embalses particulares.</p>

4. Los ex senadores Allamand y Pérez señalaron en su Minuta los siguiente:

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.

5. Comentarios generales:

Se cuestiona del inciso 9 lo siguiente: “No tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en los incisos cuarto y sexto de este artículo.”.

Desglosemos lo que significa:

A.- El titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, NO tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco cuando dicho reparto resulta de un acuerdo de una Junta de Vigilancia y es ejecutado por los celadores de esa Junta (inciso 4).

Inc. 4°: De aprobarse el acuerdo por la Dirección General de Aguas, las Juntas de Vigilancia deberán darle cumplimiento dentro del plazo de cinco días corridos contado desde su aprobación y su ejecución será oponible a todos los usuarios de la respectiva cuenca. En caso que exista un acuerdo previo de las Juntas de Vigilancia que cumpla con todos estos requisitos y que haya sido aprobado por el Servicio con anterioridad a la declaratoria de escasez, se procederá conforme a éste, debiendo ser puesto en marcha dentro del plazo de 5 días corridos contado desde la declaratoria.”.

¿Por qué entonces dichos titulares podrían accionar en contra del Fisco, cuando se trata de un asunto entre particulares?

B.- El titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, NO tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco cuando ello se deba a que:

- La DGA ordenó a la Junta de Vigilancia que cumpla con las medidas que se señalan en el inciso 3°: “Este acuerdo, deberá contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que, en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento, precaviendo la comisión de faltas graves o abusos.”.
- O, en caso de que la Junta de Vigilancia no cumpla con lo anterior y la DGA haya dispuesto la suspensión de las atribuciones de esa Junta, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez, para realizar directamente la redistribución de las aguas, haciendo prevalecer los usos para el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento, precaviendo la comisión de faltas graves o abusos.”.

Es decir, a todos los titulares se les reduce proporcionalmente su aprovechamiento de aguas, con excepción de aquellos aprovechamientos destinados al consumo humano, al saneamiento y a los usos de subsistencia, a quienes No se les reduce o se le reduce en menor proporción.

Parece absolutamente justo y legítimo y en ningún caso una expropiación porque No se afecta el principio de igualdad ante la ley (Art. 19 N° 24 inciso 2) ni el derecho de propiedad consagrado en el Art. 19 N° 24, inciso final de la CPR, ya el titular no resulta privado de su DAA ni tampoco se le afecta su esencia (derecho a disponer, usar o gozar), primero porque se trata de una situación excepcional y temporal determinada por ley que afecta por igual a todos los usuarios que se encuentran en la misma situación.

El Art. 6 del actual Código de Aguas señala: *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.”* Mientras el inciso 1° del Art. 6° aprobado en este proyecto de ley establece: *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código.”*

El legislador está facultado para establecer reglas o limitaciones para el ejercicio del derecho, toda vez que este se ejerce sobre un bien nacional de uso público. Ese ha sido el argumento de todos los constitucionalistas que participaron de la Comisión.

Por lo demás, el propio proyecto de ley en su **Art. 5 bis** ya establece que:

“Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.”

“La Dirección General de Aguas se sujetará a la priorización dispuesta en el inciso segundo cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17, 62, 314 y demás normas pertinentes de este Código.”

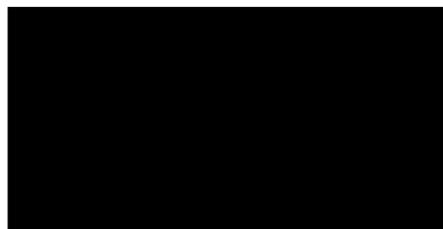
C.- Existe una posibilidad que se desprende de la aplicación del inciso 9 en relación con el inciso 6 que sí puede perjudicar a un titular de derechos de aprovechamiento de aguas, afectando la igualdad ante la ley, siendo, por tanto, recomendable corregirlo.

Se trata del caso eventual en que se produzca la redistribución y sea ejercida por la propia DGA y que, una vez apartadas las aguas para preservar el consumo humano, el saneamiento y los usos domésticos de subsistencia, el reparto que le sigue no sea de forma alícuota, beneficiando más a unos que a otros. Es de toda justicia que en esta circunstancia sí proceda el derecho a obtener la respectiva indemnización de perjuicios.

De este modo, el inciso 9 en su parte final podría quedar así:

No tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en los incisos cuarto y sexto de este artículo, **salvo que una vez garantizado el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia, en la respectiva distribución efectuada por la Dirección General de Aguas, uno o más titulares de derechos reciban una proporción inferior respecto a otros titulares mejor beneficiado.**

Santiago, 15 de enero de 2021



Carlos Estévez Valencia

MINUTA 62 REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS

1. Recordatorio: lo que se ha sancionado y lo que falta por votar.

1.1. <u>Discutido y votado:</u>	1.2. <u>Por discutir y votar:</u>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Artículo 6º inciso primero. 2. Artículo 6º, inciso segundo, nuevo. 3. Eliminación del actual inciso segundo. 4. Artículo 6º, inciso tercero. 5. Artículo 6º, inciso quinto 6. Artículo 6º inciso sexto 7. Artículo 6º, inciso séptimo. 8. Artículo 6 bis, inciso 1º 9. Artículo 6 bis, inciso 2º 10. Artículo 6 bis, inciso 5º 11. Artículo 6 bis inciso 6 12. Artículo 6 bis, inciso 7º 13. Artículo 17 inciso 4 14. Artículo 20, inciso 2º 15. Artículo 129 bis 1 (caudal ecológico) 16. Artículo 134 bis (procedimient extinción) 17. Artículo 147 quáter 18. Artículo 314 (escasez hídrica) 	<ol style="list-style-type: none"> 19. Artículo 314 (inciso 9) 20. Art. 1º transitorio, incisos 1 y 2 21. Art. 2º transitorio, incisos 1, 2 y 5 <p style="margin-top: 20px;">Sobre el artículo 134 bis (procedimiento de extinción) cabe recordar que <u>el Ejecutivo comprometió que ingresará una indicación</u>, toda vez que algunos de sus preceptos son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.</p>

2. Artículo 314. Decreto de Escasez Hídrica.

- Este artículo, con las modificaciones introducidas en el proyecto de ley que se está revisando en la Comisión de Constitución, contiene 10 incisos, habiéndose sancionado los primeros ocho.
- El nuevo inciso 10 corresponde exactamente al inciso 8 del texto actualmente vigente y no es parte del proyecto de ley.
- En consecuencia, solo queda pendiente el actual inciso 9, que corresponde al inciso 7 del actual Código de Aguas.
- La Comisión Especial sobre Recursos Hídricos sancionó el siguiente literal:
 - g) Agrégase en el actual inciso séptimo, que pasó a ser noveno, la siguiente oración:
“No tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en los incisos cuarto y sexto de este artículo”

A continuación, un **comparado** entre lo dispuesto -para el Art. 314- en el actual Código de Aguas y lo dispuesto en el proyecto de ley:

Art. 314 Código de Aguas vigente	Art. 314, Boletín 7543-12
<p>Inciso 3° Declarada la zona de escasez, y no habiendo acuerdo de los usuarios para redistribuir las aguas, la Dirección General de Aguas podrá hacerlo respecto de las disponibles en las fuentes naturales, para reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. Podrá, para ello, suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez.</p>	<p>3° Declarada la zona de escasez hídrica, con el objeto de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, especialmente para garantizar la función de subsistencia de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 bis, la Dirección General de Aguas podrá exigir, para estos efectos, a la o las Juntas de Vigilancia respectivas, la presentación de un acuerdo de redistribución, dentro del plazo de 15 días corridos contado desde la declaratoria de escasez. Este acuerdo, deberá contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento, precaviendo la comisión de faltas graves o abusos.”.</p>
	<p>4° De aprobarse el acuerdo por la Dirección General de Aguas, las Juntas de Vigilancia deberán darle cumplimiento dentro del plazo de cinco días corridos contado desde su aprobación y su ejecución será oponible a todos los usuarios de la respectiva cuenca. En caso que exista un acuerdo previo de las Juntas de Vigilancia que cumpla con todos estos requisitos y que haya sido aprobado por el Servicio con anterioridad a la declaratoria de escasez, se procederá conforme a éste, debiendo ser puesto en marcha dentro del plazo de 5 días corridos contado desde la declaratoria.”.</p>
<p>(4) Una vez declarada la zona de escasez y por el mismo período señalado en el inciso primero de este artículo, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. También podrá otorgar cualquiera de las autorizaciones señaladas en el Título I del Libro Segundo de este Código</p>	<p>5° Con todo, aquellas asociaciones de canalistas o comunidades de aguas que, al interior de sus redes de distribución, abastezcan a prestadores de servicios sanitarios, deberán adoptar las medidas necesarias para que, con la dotación que le corresponda por la aplicación del acuerdo de distribución, dichos prestadores reciban el caudal o los volúmenes requeridos para garantizar la función de subsistencia.</p>
<p>(5) Para los efectos señalados en los incisos anteriores, y lo dispuesto en el artículo siguiente, la Dirección General de Aguas adoptará las medidas sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo de este Código.</p>	<p>6° En caso que las Juntas de Vigilancia no presentaren el acuerdo de redistribución dentro del plazo contemplado en el inciso tercero o no diesen cumplimiento a lo indicado precedentemente, el Servicio podrá ordenar el cumplimiento de esas medidas o podrá disponer</p>

	<p>la suspensión de sus atribuciones, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez, para realizar directamente la redistribución de las aguas superficiales y/o subterráneas disponibles en la fuente, con cargo a las Juntas de Vigilancia respectivas. La Dirección General de Aguas podrá liquidar y cobrar mensualmente los costos asociados a ésta. Lo anterior, sin perjuicio de que las Juntas de Vigilancia podrán presentar a consideración de la Dirección General de Aguas, el acuerdo a que se refieren los incisos tercero y cuarto de este artículo.</p>
<p>(6) Los decretos supremos y las resoluciones de la Dirección General de Aguas que se dicten en virtud de las facultades conferidas en los incisos anteriores, se cumplirán de inmediato, sin perjuicio de la posterior toma de razón por la Contraloría General de la República.</p>	<p>7° Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas destinadas con preferencia a los usos de la función de subsistencia y la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. Las autorizaciones que se otorguen en virtud de este inciso estarán vigentes mientras esté en vigor el decreto de escasez respectivo.”.</p>
	<p>8° “Para efectos del proceso de fijación de tarifas establecido en el decreto con fuerza de ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, se considerará que las aguas entregadas en virtud del presente artículo son aportes de terceros y tienen un costo igual a cero.”.</p>
<p>(7) Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco.</p>	<p>9° Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco. No tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en los incisos cuarto y sexto de este artículo.”.</p>
<p>(8) Esta declaración de zona de escasez no será aplicable a las aguas acumuladas en embalses particulares.</p>	<p>10° Esta declaración de zona de escasez no será aplicable a las aguas acumuladas en embalses particulares.</p>

3. ¿Qué es lo que se está votando en el inciso 9 del artículo 314?

- No se vota la primera parte del inciso 9 (ya vigente en el Código de Aguas), sino lo que añade el proyecto como 2da parte “No tendrán derecho a indemnización...”.
- Allamand y Pérez (argumento): El proyecto elimina el derecho del titular del derecho de aprovechamiento (que aprovecha el recurso en proporción a su derecho y a las aguas existentes) a reclamar ante la justicia una eventual indemnización, lo que implicaría un vicio de constitucionalidad al afectarse el principio de igualdad ante la ley (Art. 19 N° 2) y el derecho de propiedad (Art. 19 N° 24 inc. final). Excepcionalmente, quien reparte puede ser un representante del Estado, caso en el cual, si se beneficiase, sin fundamento legal, a uno vs otro, se estaría ante una expropiación sin derecho a indemnización.
- Es legal y moralmente correcto que quienes reciban menos aguas en un prorrateo a consecuencia que se destina una mayor proporción para satisfacer el consumo humano, no tengan derecho a una indemnización. **“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”** se consagra en la misma Constitución (Art. 19 N° 1), al igual que **“El derecho a la protección de la salud”** (Art. 19 N° 9).
- Sin embargo, el inciso 9 no es fácil de comprender y la alusión a solo dos incisos (4 y 6) puede llevar a la conclusión de que solo aplica para situaciones muy específicas dentro del Art. 314 y no a lo señalado en los incisos 5, 6 y 7.
- En el caso del **inciso 4**, quien acuerda la distribución y quien la ejecuta son las organizaciones de usuarios de aguas (la Junta de Vigilancia), por tanto, NUNCA podría demandar al Fisco quien se crea perjudicado por recibir una menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes.
- En el **inciso 6** la DGA le ordenó a la Junta de Vigilancia que el reparto de la menor cantidad de aguas existentes asegure que, en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento, precaviendo la comisión de faltas graves o abusos. Si la Junta de Vigilancia no cumple con lo anterior, la DGA podrá “realizar directamente la redistribución de las aguas, haciendo prevalecer los usos para el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento”.

El espíritu de la remisión del inciso 9 al 6° es para el caso en que a todos los titulares se les reduce proporcionalmente su aprovechamiento de aguas, con excepción de aquellos aprovechamientos destinados al consumo humano, al saneamiento y a los usos de subsistencia, a quienes No se les reduce o se le reduce en menor proporción. Es justo y legítimo que no sea viable una indemnización porque No se afecta el principio de igualdad ante la ley (Art. 19 N° 24 inciso 2) ni el derecho de propiedad consagrado en el Art. 19 N° 24, inciso final de la CPR, ya el titular no resulta privado de su DAA ni tampoco se le afecta su esencia (derecho a disponer, usar o gozar), ya que se trata de una situación excepcional y temporal determinada por ley que afecta por igual a todos los usuarios que se encuentran en la misma situación.

Además, el legislador está facultado para establecer reglas o limitaciones para el ejercicio del derecho, que se ejerce sobre un bien nacional de uso público.

Art. 6, inciso 1° del proyecto de ley (muy similar en esta materia al texto vigente) establece: *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código.”*

Art. 5 bis: “Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.”

“La Dirección General de Aguas se sujetará a la priorización dispuesta en el inciso segundo cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17, 62, 314 y demás normas pertinentes de este Código.”

- Sin embargo, de la lectura del inciso 6, resulta que sí existe una posibilidad en que el encargado de repartir perjudique (con o sin dolo) a uno varios usuarios de aguas beneficiando No a quienes la necesitan para satisfacer el consumo humano, el saneamiento o usos domésticos de subsistencia, sino que a particulares para otros fines. En este caso parece tener sentido el derecho a demandar (pudiendo el Fisco repetir contra el individuo que realizó esa mala práctica.

RECOMENDACIÓN: mantenerlo tal como viene de la comisión de agricultura o enmendarlo para ampliar su competencia a otros incisos, pero enfocado en proteger el consumo humano, saneamiento y usos domésticos de subsistencia.

Art. 314	Boletín 7543-12	Alternativa
Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco.	Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco. No tendrán derecho a esta indemnización la aplicación de lo dispuesto en los incisos cuarto y sexto de este artículo.”.	Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco. No tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de que en el prorateo se priorizó el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia, en los términos que señala este artículo.

4. Artículo 1° transitorio, incisos 1 y 2

El artículo 1° transitorio es un artículo interpretativo, que refuerza lo señalado en el articulado permanente, sin embargo, en el inciso 1° se intercaló una oración que atenta contra el ideario del proyecto de ley y se recomienda votarla en contra, manteniendo todo lo demás que viene de las comisiones técnicas.

¿Qué es lo que señala esta disposición?

Artículo primero.- 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.

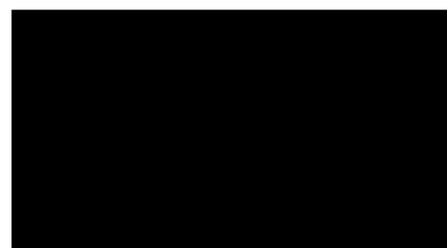
Los titulares de dichos derechos quedarán sujetos a todas las demás disposiciones del Código de Aguas y podrán extinguirse por su no uso, según lo disponen los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5, y caducar por su no inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, según se establece en el artículo segundo transitorio de esta ley.

Los procedimientos descritos en los artículos 2 y 5 transitorios del decreto con fuerza de ley N° 1.122, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas, **sólo podrán iniciarse dentro del plazo de cinco años, contado desde la fecha de publicación de esta ley. Vencido este plazo, no será admitida la solicitud de regularización,** a excepción de las formuladas por los indígenas y comunidades indígenas, entendiéndose por tales aquellos considerados en los artículos 2 y 9 de la ley N° 19.253. Los titulares de solicitudes de regularización que hayan presentado su requerimiento de conformidad con las normas vigentes con anterioridad, podrán voluntariamente someterse a este nuevo procedimiento, haciendo constar el desistimiento o renuncia, en sede judicial o ante el Servicio Agrícola y Ganadero, según corresponda. El Instituto de Desarrollo Agropecuario o la correspondiente organización de usuarios velará por la difusión, información y facilitación de la regularización de los derechos de aprovechamiento de sus beneficiarios o comuneros, respectivamente.

RECOMENDACIÓN:

1. **Rechazar lo señalado en negrita** en el primer inciso del Art. 1 transitorio que, en los hechos, pretende darles a decenas de miles de “posibles” usos de aguas que eventualmente puedan regularizarse, la calidad de indefinidos en el tiempo. El proyecto de ley, justamente, en el inciso 3° de esta disposición transitoria da un plazo de hasta 5 años para iniciar el expediente de regularización (no es indefinido).
A juicio de la profesora Tatiana Celume (lo subrayado del inciso 1°) **sería inconstitucional:** “Se agregó al inciso 1°” **los 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**” concediéndole “protección jurídica a hechos que no existen o no se sabe si existirán, puesto que se trata de circunstancias fácticas que no han sido reconocidas a través de las vías que establece el ordenamiento jurídico. Esta disposición desvirtúa la protección constitucional del Derecho de Aprovechamiento de Aguas y atenta contra la seguridad jurídica. Además, es incompatible con el inciso 3° de esta misma disposición.
2. **Defender la constitucionalidad del inciso 2°** con los mismos argumentos ya entregados a propósito de la discusión de extinción de derechos por su no aprovechamiento. El componente de la caducidad se debiera discutir en el siguiente artículo transitorio.

Santiago, 22 de enero de 2021



Carlos Estévez Valencia