

SOCIEDAD NACIONAL DE AGRICULTURA
FISCALIA

Santiago, 16 de Octubre de 2014

MAT.: Proyecto de ley que modifica
el Código de Aguas Bol.7543-12

DE: Eduardo Riesco Salvo
Fiscal Sociedad Nacional de Agricultura

A: Patricio Crespo Ureta
Presidente Sociedad Nacional de Agricultura

Cumplo con informar a Ud. acerca del parecer de esta Fiscalía sobre el proyecto de ley que modifica sustancialmente el Código de Aguas sustituyendo el actual Ordenamiento Jurídico que contiene dicho Código, por otro.

I.- OBJETO DEL PROYECTO.

El proyecto de ley tiene su origen en una moción de los diputados señores Enrique Acorsi O.(DC) Alfonso De Urresti L.(PS), Enrique Jaramillo B. (PPD), Roberto León R. (DC), Fernando Meza M. (PRS), Andrea Molina O. (UDI), Leopoldo Pérez L. (RN), Alejandra Sepúlveda O. (PRI), Guillermo Teillier L. (PC) y Patricio Vallespín L.(DC) y tiene por objeto, en lo esencial, modificar el Código de Aguas sustituyendo el Régimen de las Aguas en Chile en relación a la

propiedad sobre el derecho de aprovechamiento y al uso del recurso y de sus atributos.

II.- TRAMITACION.

La moción fue ingresada a tramitación con fecha 17 de Marzo de 2011 y se mantuvo inmóvil hasta el 8 de Octubre de 2014, fecha en que ingresó la Indicación sustitutiva del Ejecutivo, con oficio N° 459-362 de esa misma fecha, encontrándose actualmente en estudio de la Comisión de Recursos Hídricos de la Cámara de Diputados.

III.- CONTENIDO DEL PROYECTO.

La indicación sustitutiva tiene un fundamento de hecho muy débil en el conocido evento de la fuerte sequía que afecta al país y un fundamento ostensiblemente ideológico que se relaciona con la necesidad de que el Estado reasuma el “dominio” sobre las aguas y su administración, expresado de diferentes formas a lo largo de las modificaciones propuestas.

Dos son los aspectos de fondo más importantes que conviene destacar y ellos pueden agruparse en dos grandes capítulos y son:

Eliminación y reemplazo del derecho real de aprovechamiento de aguas por una merced administrativa.

Para cumplir este objetivo se establecen las siguientes normas básicas, aparte de muchas otras complementarias del mismo propósito:

a) Se eliminan los actuales y se sustituyen, los incisos primero y segundo del artículo 6° que establecen el derecho de aprovechamiento de aguas y las características que lo constitu-

yen como un derecho real que consiste en el uso y goce del agua y sobre el cual su titular tiene el dominio pleno con facultades de uso, goce y disposición.

b) En su lugar, se establece un “derecho de aprovechamiento” concesible administrativamente, temporal, para uso específico, variable, caduco e intransferible, que permite el uso y goce de las aguas *“sujeto a las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código.”*, que son muchas.

Dice la norma matriz de todo el proyecto (inciso segundo del nuevo art. 5º) :

“En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas a los particulares, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones del presente Código.”

Según el mismo artículo, este derecho se puede originar en una concesión o “por el solo ministerio de la ley.”

c) La norma anteriormente citada tiene su complemento en aquellas que establecen las limitaciones, restricciones y requisitos a que deben sujetarse estas concesiones administrativas y que se reseñan en el párrafo siguiente.

d) Este cambio estructural, basado en la sustitución del derecho real de aprovechamiento, se manifiesta formalmente, además, mediante la supresión o sustitución de los vocablos, propiedad, dominio, propietario, disposición, etc. en una gran parte del texto del Código de Aguas. (Ejs.: epígrafe del Título II, arts.15, 20, 37, 96,97, 119, etc.)

Limitaciones, restricciones y direccionamiento del uso.

El segundo aspecto, que se configura con los requisitos, limitaciones, restricciones y direccionamiento que estaría sometido el uso de las aguas concedido, se concentra en las normas que se señalan.

a) Reemplazando el inciso primero del artículo 5º, se declara que las aguas “*en cualquiera de sus estados*”, son bienes nacionales de uso público y se agrega que “*su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.*” con lo cual altera la norma del inciso primero del artículo 589 en relación con el artículo 595, ambos del Código Civil, que establece que el dominio de los bienes nacionales pertenece a “la nación toda” y cuando además, su uso pertenece a los habitantes, se pasan a denominar “bienes nacionales de uso público”.

Por ahora, no interesa entrar al análisis de los efectos que podría producir este cambio en el concepto de bien nacional de uso público aplicado a las aguas.

b) En el mismo artículo 5º antes citado, se agregan dos incisos nuevos que establecen: **i)** que en función del “*interés público*” los derechos de aprovechamiento sobre a los particulares que se constituyan sobre las aguas, **estarán limitados en su ejercicio en conformidad a este Código;** y **ii)** no se podrá constituir derechos de aprovechamiento en glaciares.

c) A continuación del artículo 5º, se agregan un artículo 5º bis, en el que se configura un grupo de “funciones” que limitan y condicionan el uso del agua, cuales son las de “subsistencia” para el consumo humano y saneamiento; la de “preservación ecosistémica” y la “productiva” y señala además la prelación o preferencia que se dará a cada una de esta funciones siendo la primera el consumo

humano, seguida por el saneamiento, la preservación del ecosistema y por último, la productiva.

Esta prelación será aplicada por la DGA cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas de acuerdo con lo que establecen los artículos 17. 62 y 314, en sus nuevos textos.

d) El artículo 5° ter. faculta al Estado para establecer “reservas de aguas disponibles” superficiales o subterráneas, para asegurar el ejercicio de las funciones de supervivencia y de conservación ecosistémica, de acuerdo con el artículo 147 bis modificado y permite otorgar sobre dichas reservas, concesiones para la función de sobrevivencia.

e) Los artículos 5° quater y 5 quinquies, regulan las concesiones a que se refiere el artículo anterior dando el mejor trato a las Cooperativas de Agua Potable Rural.

f) Siendo una concesión temporal, la duración del derecho de aprovechamiento, según el nuevo artículo 6°, está fijada en un plazo que no puede ser superior a 30 años ***“de conformidad a los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento o de sustentabilidad del acuífero, según sea el caso.”*** datos técnicos que serán conocidos y administrados por la DGA la cual, en la práctica, administrará la duración efectiva del derecho de cada titular.

Se destaca que este artículo fija una duración mínima de 20 años para los derechos no consuntivos pero, ninguno para los derechos consuntivos. En consecuencia el plazo de duración de las concesiones para derechos consuntivos podrá ser de un día y hasta de 30 años. Se establece también que el plazo siempre se prorrogará, salvo que no se prorrogue por la DGA debido al no uso.

g) En el nuevo artículo 6° bis, se establece la caducidad del derecho de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley, por no uso durante un lapso de 4 años para los derechos consuntivos y de 8 años para los no consuntivos. Además, en otras disposiciones del proyecto, se establecen causales de caducidad por diversas circunstancias.

h) Las limitaciones y restricciones al ejercicio de este nuevo derecho, sean las legales o las potenciales por acción de la autoridad, son extremadamente numerosas, al mismo tiempo que el aumento de las facultades de la autoridad administrativa, dan cuenta de el alto grado de injerencia que el Estado adquirirá, tanto en la concesión de derechos, como en su extinción y en su administración.

Concluyendo este párrafo, se señala que no se incluyen en esta descripción una gran cantidad de modificaciones que, siendo algunas de mucha importancia, se refieren a aspectos que no están directamente relacionados con las cuestiones de fondo que plantea el proyecto y que se han reseñado más arriba.

IV.- ANÁLISIS DEL PROYECTO.

1.- Aspectos jurídicos.

a) La transformación de un derecho real de dominio pleno en una concesión administrativa del Estado, sin duda constituye un cambio cuántico desde muchos puntos de vista pero, en lo jurídico y práctico, debe destacarse que ello implica pasar directamente del ámbito del derecho privado al del derecho público administrativo en el cual, como lo demuestra el mismo proyecto, la autoridad que ejerce la Administración lleva la voz cantante y al privado sólo le queda someterse.

Dicho en términos simples y directos, el proyecto plantea la “nacionalización o “estatización de todas las aguas y de su uso.

b) Lo anterior no sólo implica caer en el terreno de lo impredecible que tienen los múltiples cambios de Gobierno y con ello los diferentes criterios con que se enfrenta la administración y por cierto las diferentes concepciones e ideologías que circunstancialmente imperen sino, lo que es más grave, entrar en el terreno de carencia de certeza jurídica acerca de la permanencia de los derechos por no tener la certeza de que existe un derecho de propiedad que respalde la valorización del derecho de aprovechamiento y su decisiva influencia en la adecuada explotación de un predio agrícola, sea por su clasificación, sea por su valor económico, sea por la capacidad de obtener créditos del agricultor, sea, finalmente por la pérdida de un bien valioso incorporado al patrimonio como un activo productivo.

c) En relación a los derechos actualmente existentes debe señalarse, sin ambages, que el artículo 1º transitorio del proyecto, constituye un juego o más bien una burla, cuando señala que ellos “*seguirán estando vigentes*”, frase completamente vacía en sí misma pero, cuyo real alcance está expresado a continuación cuando se señala: “*Sin perjuicio de lo anterior, el ejercicio de dichos derechos estarán sometidos a las limitaciones y restricciones que, en virtud de esta ley se imponen en razón del interés público.*”

Aparte de la novedad que implica el imponer limitaciones indeterminadas al ejercicio del derecho de aprovechamiento y entregarlas al ente público, debe destacarse que ello está fundado en el concepto de “**interés público**” que se encuentra en numerosos artículos de la reforma a partir del artículo 5º nuevo y debe considerarse con la mayor atención por cuanto, se trata de un concepto abstracto, indeterminado, indefinido, difuso y por ello, eminentemente

ideológico al cual se someterán el otorgamiento de la concesión, su uso y administración por el concesionario, sus limitaciones y restricciones y su caducidad o término.

Se supone que este concepto de “interés público” debería ser el crisol o resumidero de principios, fines y objetivos de tipo político y/o jurídico que construyen el destino con que se sueña para una nación pero, en este caso, es una Nación representada por el Estado o más bien por sus gobernantes y es allí donde cobra importancia su carácter ideológico pues este concepto se presta y se ha prestado siempre, para la manipulación y la arbitrariedad de la autoridad máxime si ésta tiene una clara vocación estatista.

Finalmente, debe señalarse que la aplicación del “interés público” o del “interés nacional” contemplado en la Constitución, jamás podrá ser entregada por una ley al órgano administrativo pues ello implicaría transformar a esa entidad en el dueño absoluto de las normas legales y con ello eliminar toda garantía de objetividad, imparcialidad e incluso la garantía de honestidad en sus actuaciones.

d) Si a lo anterior sumamos la gran cantidad de restricciones y limitaciones que contiene el proyecto y la desproporcionada ampliación de las facultades de la DGA, llegaremos a la conclusión que todos los derechos de aprovechamiento entrarán en el nuevo esquema y que no habrá diferencia alguna entre los derecho de aprovechamiento de aguas anteriores y posteriores a esta ley.

2.- Aspectos de constitucionalidad.

Las modificaciones propuestas para el Código de Aguas se orientan, por lo ya señalado, en dos direcciones:

La primera, se dirige a crear una nueva figura de derecho de aprovechamiento sobre el cual no habrá derecho de propiedad, y por ende, no habrá permanencia ni intangibilidad, quedando en la categoría de una concesión administrativa altamente precaria.

La segunda, bajo la apariencia de mantener los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos con anterioridad a la reforma, quedan éstos, como se ha demostrado, sometidos a todas las restricciones, limitaciones y regulaciones que se establecen en el proyecto para los nuevos derechos, es decir, desnaturalizados en su esencia.

Frente a las dos propuestas anteriormente señaladas, para sintetizar o resumir un análisis de juridicidad de fondo en el plano constitucional, es necesario plantear las interrogantes a que, de manera bastante directa, nos lleva este proyecto de ley:

a) La primera pregunta que debe formularse es: ¿puede el legislador establecer, mediante una ley simple, “derechos de aprovechamiento de aguas” que no estén amparados por el derecho de propiedad que establece el N° 24 de la Carta Fundamental?

A nuestro juicio, la respuesta debe buscarse, inicialmente, en el claro texto constitucional del inciso final del N° 24 de su artículo 19° que dispone: ***“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”***

Hemos visto que frecuentemente, aún por parlamentarios, se confunde el derecho sobre las aguas o la propiedad de las aguas (H₂O) con el derecho a extraer aguas de los cauces o acuíferos, que es el llamado “derecho de aprovechamiento” sobre el cual la Constitución Política otorga la propiedad.

A partir de esa necesaria clarificación, señalamos que el texto constitucional transcrito se refiere con claridad al “*derecho de los particulares sobre las aguas*” sin atender a su forma, ni a su denominación, ni a la época en que ellos se constituyan, de manera que cualesquiera que sean éstas, debe entenderse otorgado sobre esos derechos la propiedad plena con sus tres atributos clásicos de uso, goce y disposición.

En otras palabras, no queda limitada la ley para utilizar otra denominación que sea distinta como “merced” “uso” u otra cualquiera, e incluso crear otros derechos sobre las aguas pero, quedarán igualmente amparados por la norma constitucional aún cuando no se haga mención a la Carta Fundamental y en consecuencia, la respuesta a nuestra pregunta debe ser absolutamente negativa: **No es constitucional crear derechos de los particulares sobre las aguas que esté privados de la propiedad sobre ellos**

La historia constitucional fidedigna del establecimiento de la norma transcrita en este párrafo confirma lo anteriormente expuesto con toda claridad y el juicio aquí emitido coincide ampliamente con el de connotados profesores de derecho constitucional.

b) La segunda pregunta que debe formularse es ¿puede una ley modificar en su esencia los derechos constituidos en conformidad con la ley anterior?

Hemos visto que el proyecto, de manera un tanto solapada, pretende hacer aplicables a los derechos que actualmente estuvieren reconocidos o constituidos todas las condiciones, restricciones y limitaciones que “en interés público” establece en diferentes artículos.

Frente a ello, la respuesta debe ser negativa y sus fundamentos, los mismos ya señalados pero, agregando otros de mayor peso y aún cuando no es del caso vaciar en este breve

informe todo un desarrollo sobre el amparo constitucional a los derechos fundamentales de las personas contenidos en la Constitución Política y, especialmente, en el artículo 19 N°s 24 y 26, vale la pena mencionar el **“Principio de la Confianza Legítima”** (muy desarrollado en los países civilizados), que impide atropellar el orden establecido cambiando las bases y reglas con las que los particulares han concebido y desarrollado sus proyectos y han efectuado sus inversiones en dinero, tiempo, organización etc. y de lo cual esperan legítimamente sus frutos, pues con ese atropello se afectan las bases de la certeza y confianza públicas y con ello el propio Estado de Derecho, dentro del cual uno de sus pilares fundamentales es el derecho de propiedad, que incluye los derechos adquiridos, sobre los cuales se extienden las mismas garantías que sobre toda otra forma de propiedad.

Cuando el Constituyente concibió la norma constitucional del N° 26 del artículo 19°, ya tenían en mente este valioso Principio y de allí que su texto sea muy tajante al señalar:

“La Constitución asegura a todas las personas:...26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que esta establece (art.19° n° 24) o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

c) A lo anterior, se agrega que, en este caso, debe aplicarse el principio de la **“Supremacía Constitucional”** que es el fundamento positivo del Estado de Derecho consagrado en los artículos 6° y 7° de nuestra Constitución Política, plenamente válido en la doctrina y en la jurisprudencia chilena y que, como su nombre lo señala, es la preeminencia o supremacía que tiene la Constitución Política sobre la ley (y sobre toda otra norma), de manera que las leyes, en su formación y en su aplicación e interpretación, deben todas quedar subordinadas a ella.

La infracción a la norma del artículo 6º, según su texto, “generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

Dictar una ley que atropelle las garantías constitucionales, indudablemente constituiría una infracción al artículo 6º antes citado.

V.- CONCLUSIÓN.

1.- Leídos y analizados los textos y principios constitucionales, de su confrontación con el proyecto en estudio surge clara la conclusión de que éste adolece del, al menos, los gruesos vicios de inconstitucionalidad en su esencia que se han reseñado, lo que lo hace inviable desde ese punto de vista y de paso, ahorra la ejecución de un análisis pormenorizado del resto de los aspectos inconstitucionales que lo afectan.

2.- Por lo anterior, no puede haber una alternativa simplemente legal para alcanzar los propósitos explícitos e implícitos del proyecto y para ello, será necesaria una reforma constitucional que cubra todos los ámbitos de la protección a los derechos constitucionales de las personas para que resulte posible una regulación vía ley simple.

3.- Sin embargo, debe tenerse en consideración que no bastaría la modificación constitucional frente a la existencia de derechos adquiridos por todos los actuales dueños titulares de derechos de aprovechamiento, amparados por el mismo artículo 19º N° 24 de la Carta Fundamental que señala:

“Art. 19º. La Constitución asegura a todas las personas: 24º. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.” ...”Nadie puede, en caso algunos, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por

causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.”

Lo anteriormente expresado será válido para una ley dictada en virtud de una reforma constitucional que elimine la protección de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento pero, también lo sería para el caso hipotético e improbable que este proyecto llegare a transformarse en ley, toda vez que se habrían cumplido los presupuestos que establece la norma constitucional citada, en relación a la propiedad de los derechos de aprovechamiento actualmente existentes.

4.- Finalmente, resulta claro que, en relación a una eventual “nacionalización” “estatización” o extinción por ley de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas actualmente existentes, deberá indemnizarse a los propietarios en conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes sobre expropiaciones.

Es cuanto, por ahora, puedo informar a Ud.

Eduardo Riesco Salvo
Fiscal SNA

c.c. Sr Juan Pablo Matte, Secretario General
Sra. Ema Budinich, Gerente de Estudios
Sr. Manuel Ignacio Hetz, Asesor Jurídico