

MINUTA

MATERIA : Norma Aprobada por la Convención Constitucional
DE : Fernández & Barros Abogados
FECHA : 22 de julio 2022

La presente minuta, resume nuestras observaciones sobre la propuesta de nueva constitución (PNC) que **regulan el régimen aplicable a los derechos de aprovechamiento de agua (DAA)**.

- 1. Introducción.** El PNC, consagra el “derecho humano al agua y al saneamiento suficiente, saludable aceptable, asequible y accesible”.¹ Agrega la misma disposición que es “deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento”; y que: “(E)l Estado vela por la satisfacción de este derecho atendiendo las necesidades de las personas en sus distintos contextos”.

Desde la perspectiva de su regulación, el tratamiento de los DAA en la PNC quedó incluida dentro del Capítulo 3° sobre Naturaleza y Medio Ambiente. En síntesis, la regulación de los DAA en el PNC se concentra en los artículos dedicados a la regulación de los denominados “*Bienes comunes naturales*” (artículos 134 y siguientes) y el “*Estatuto de las aguas*” (artículos 140 y siguientes). **Las modificaciones son relevantes respecto de la situación actual.**

- 2. Regulación actual de los DAA.** La legislación chilena vigente considera que las aguas son *Bienes Nacionales de Uso Público*; calificación que implica su inapropiabilidad². Sin embargo, y de conformidad con el artículo 6° del Código de Aguas, es posible otorgar sobre las mismas “*derechos de aprovechamiento de aguas*”, que tienen un carácter real y que otorgan el uso y goce temporal de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe dicho Código.

Adicionalmente, bajo el régimen actual, los derechos de aprovechamiento de aguas se encuentran amparados por la garantía constitucional de propiedad. De esta manera, el

¹ PNC, artículo 57.

² La definición de bien nacional de uso público está contenida en el artículo 589 del Código Civil. “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos (...)*”.

Por su parte, y de conformidad con el artículo 596 del Código Civil: “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”. La disposición es reiterada por el artículo 5 del Código de Aguas: “*Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación*”.

artículo 19 N°24 inciso final de la Constitución Política Actual (CPA) garantiza: “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley (...)*”.

En base de esa garantía, los DAA actualmente otorgados son inviolables; y sobre esto, se ha estructurado el mercado hídrico en Chile.

- 3. Regulación de las aguas bajo el PNC:** La propuesta del nuevo texto constitucional dispone que las aguas corresponden a una clase “bienes naturales comunes”. El concepto no tiene asidero en la tradición jurídica chilena³, y ha sido criticado como por ser confuso, ya que regula, indistintamente, cosas que tradicionalmente se han clasificado como bienes nacionales de uso público (aguas o el mar territorial), con bienes donde sí existe la posibilidad de dominio privado tales como los bosques nativos o las montañas.

El PNC considera la posibilidad de otorgar derechos excluyentes sobre las aguas. Sin embargo, el PNC califica esos derechos como “autorizaciones”, precisando que las mismas no generan derecho de propiedad.⁴

La calificación de que el título sobre las aguas corresponda a una “autorización”, implica una mayor fragilidad de su titular, e imposibilita la facultad actual que tiene el propietario de un derecho de aprovechamiento de aguas de cederlo a terceros.

A continuación, exponemos los aspectos que nos parecen más importantes de la nueva regulación:

- i. Autorizaciones no se encuentran amparados por derecho de propiedad.** Conforme se indicó, los títulos otorgados a favor de los particulares bajo el régimen del PNC no se encontrarán amparados por el derecho de propiedad. Esto último implica que la Administración del Estado podrá revocarlos o modificarlos bajo las reglas que le permiten actuar sobre los permisos administrativos.

Al respecto, aunque la actuación de la Administración jamás podrá ser “arbitraria”, la existencia en el PNC de una gran cantidad de normas que apuntan a fines programáticos

³ Conforme al artículo 134 Inciso 2° del PNC, “(S)on bienes comunes naturales el mar territorial y su fondo marino; las playas; **las aguas**, glaciares y humedales; los campos geotérmicos; el aire y la atmósfera; la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos; el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley”.

⁴ El texto completo del inciso es el siguiente: “**El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables**, conforme a la ley, de manera temporal, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, **no generan derechos de propiedad**”.

podrían servir de justificación para que el Estado actúe con facultades más o menos amplias en este ámbito (infra iv).

- ii. **Restricción a la forma de ejercicio del derecho.** La calificación de los derechos de aprovechamiento como *autorizaciones administrativas*, apunta a que los mismos deberán ejercerse en la forma específica en que han sido otorgados.

De esta manera, la autorización es otorgada para ser ejercida por personas, en lugares y para fines específicos. Lo anterior constituye una diferencia importante con el estatuto jurídico actual, en que el titular de un derecho de aprovechamiento tiene relativa flexibilidad para destinar el agua al uso que se prefiera; y venderlo a terceros para que sea ejercido en lugares distintos (dentro de los límites de la cuenca).

- iii. **Carácter intransferible de los DAA.** En línea con que el uso del agua responde a un permiso otorgado por la Administración del Estado y no de un derecho propiedad de su titular es que el artículo 142 señala que **las autorizaciones de agua serán de carácter intransferible y obligan a su titular al uso que justifica su otorgamiento.**
- iv. **Transferencia sólo en circunstancias calificadas.** Complementando la intransferibilidad definida para los DAA por el PNC, el artículo trigésimo quinto transitorio inciso 2° del PNC, restringe, las transferencias de las autorizaciones de derechos de agua, a circunstancias muy calificadas. De esta manera, de llegar a aprobarse el PNC, las transferencias quedarán sujetas a una autorización previa de la DGA o su sucesor (Agencia Nacional del Agua) **que deberá justificarse en la “satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento o la disponibilidad efectiva de las aguas (...)”**.⁵

⁵ Los derechos de aprovechamiento otorgados, regularizados, reconocidos o constituidos por acto de autoridad competente antes del 6 de abril de 2022 se sujetarán a lo dispuesto en las disposiciones transitorias de la ley N°21.435, que reforma el Código de Aguas. No se aplicará lo establecido en los incisos primero y cuarto del artículo segundo transitorio de dicho cuerpo legal a los derechos de aprovechamiento constituidos por acto de autoridad, reconocidos, adquiridos u otorgados a las personas, asociaciones y comunidades indígenas, de conformidad con los artículos 2, 9 y 36 de la ley N°19.253, los que serán inscritos como autorización de uso tradicional de manera automática en el registro respectivo. Mientras no se dicte la normativa pertinente, o en el plazo máximo de tres años a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Solo previa autorización de la Dirección General de Aguas, o su sucesor jurídico, se podrán autorizar cambios de titularidad en las autorizaciones administrativas de uso de agua o actos jurídicos que impliquen que una persona distinta de la titular las ejerza, siempre que estén fundadas en la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento o la disponibilidad efectiva de las aguas en conformidad con lo establecido en los artículos 57 y 142 de esta Constitución. Dicho acto administrativo deberá ser fundado y deberá inscribirse en el Catastro Público de Aguas a que se refiere el artículo 112 del Código de Aguas.
- b) Los gravámenes constituidos conforme al artículo 113 del Código de Aguas antes de la fecha de publicación de esta Constitución seguirán vigentes en los términos que establece su inscripción, hasta la regulación de esta materia en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior.

En los hechos, las disposiciones anteriores implican la proscripción de las transferencias directas entre particulares que no tengan el propósito definido por el PNC. Fuera de esos casos, ante la necesidad de existir cambios en la titularidad de las aguas (definido, por ejemplo, con motivo de un cambio de titularidad del predio agrícola al que benefician), el nuevo titular tendría que concurrir ante el organismo administrativo que corresponda (DGA o Agencia Nacional de Aguas) para solicitar una nueva autorización que será otorgada si se cumplen los requisitos legales definidos para su otorgamiento.

- v. **Posibilidad de re-distribución de los DAA.** La propuesta contenida en el PNC considera la posibilidad de redistribuir las aguas; lo anterior, previsiblemente para cumplir el mandato contenido en el artículo 57, referido al deber Estado a que se satisfaga el derecho humano al agua y al saneamiento suficiente, saludable aceptable, asequible y accesible (Supra 1); así como al resto de las disposiciones contenidas en el PNC entre las que se cuenta.⁶

Conforme a la disposición trigésimo sexta transitoria del PNC: "(L)a Dirección General de Aguas o la Agencia Nacional de Agua, según corresponda, de manera gradual, progresiva y con sentido de urgencia, realizará el proceso de redistribución de los caudales de las cuencas con el apoyo de los gobiernos regionales, para garantizar los usos prioritarios reconocidos por la Constitución".⁷

4. **Situación de los DAA constituidos bajo el actual régimen constitucional y PNC.** Conforme las disposiciones transitorias del PNC (Trigésimo quinta inciso 1), con la publicación de la nueva constitución, todos los DAA otorgados se transforman en autorizaciones administrativas. Lo anterior implica que todos los DAA otorgados actualmente quedarán sujetos a las restricciones de uso contempladas en esta minuta; en particular, sólo podrán

-
- c) Las autorizaciones de uso de aguas otorgados, constituidos, regularizados o reconocidos antes de la entrada en vigencia de esta Constitución se sujetarán a las normas del derecho común para efectos de su transmisibilidad por causa de muerte, hasta la regulación de esta materia en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior.

⁶ Entre otras, el artículo 130 del PNC establece que: "El Estado protege la biodiversidad, debiendo preservar, conservar y restaurar el hábitat de las especies nativas silvestres en la cantidad y distribución adecuada para sostener la viabilidad de sus poblaciones y asegurar las condiciones para su supervivencia y no extinción".

⁷ PNC, Artículo Trigésimo Sexta Transitoria. Inciso 1°. El inciso 2° agrega: Este proceso comprende la elaboración de informes de diagnóstico y evaluación a nivel regional, que se desarrollará por etapas y priorizando aquellas cuencas con crisis hídrica y con sobreotorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas. Dentro del plazo de seis meses, se iniciará el primer proceso regional. Esta redistribución no se aplicará a pequeños agricultores; comunidades, asociaciones y personas indígenas, gestores comunitarios de agua potable rural y otros pequeños autorizados".

ser utilizados **por las personas, en lugares y para los fines específicos para los que fueron otorgados**. En relación con la última de las menciones, en circunstancias que la legislación actual no contempla asignar las aguas a un uso específico, queda pendiente por determinar cómo se vincularán los derechos actuales a usos específicos; materia que quedará entregada al legislador.

La normativa transitoria del PNC tampoco regula la situación jurídica de las solicitudes de cambio de punto de captación ingresadas antes de la aprobación del nuevo texto constitucional, y que se encuentren pendientes de resolverse al momento de que se dicte el nuevo régimen constitucional. A falta de disposición expresa en la constitución sobre esta materia, tendrían que aplicarse las disposiciones de la Ley Sobre Retroactivo de las Leyes; que indican, sobre estas materia, que las meras expectativas no constituyen derechos.⁸

Ahora bien, en la medida que las solicitudes no involucren cambio de titularidad y se limiten a alguno de las condiciones de ejercicio del derecho, no deberían verse afectadas. De todas formas, esto dependerá, en definitiva, de la aplicación práctica que vaya otorgándose a los derechos en concreto.

- 5. Medidas preventivas que pueden adoptar los titulares.** Según pudo revisarse, el PNC contiene normas restrictivas para la transferencia de los DAA. En este ámbito, los titulares de DAA actuales deberían cuidar de tener sus DAA, debidamente inscritos a nombre de quienes previsiblemente vayan a ser los usuarios de los mismos durante los próximos años.

Por otra parte, la transferencia de DAA a sociedades podría, ser una herramienta defensiva que podría, en el futuro, facilitar una eventual transferencia de DAA vía traspaso de los derechos sociales.

Finalmente, y en relación a las condiciones de ejercicio de los DAA, parece prudente hacer un análisis de los títulos de los DAA de manera de analizar si los mismos refieren todas las características exigidas por la legislación actúa (volumen, punto de captación y características del derecho (consuntivo/no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual) de manera de evaluar si correspondería solicitar un perfeccionamiento antes de que pueda entrar en vigencia el PNC.

* * *

⁸ Ley Sobre Retroactivo de las Leyes, art. 7°.