Cámara de Diputados

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE CONSAGRA EL DOMINIO PÚBLICO DE LA AGUAS Y ESTABLECE EL ESTADO DE CATÁSTROFE AMBIENTAL POR ESCASEZ HÍDRICA.

BOLETÍN N° 9525-07

1. Fundamentos.- La situación de los recursos hídricos constituye una preocupación de primera importancia, en el mundo entero y también en nuestro país, atendida su relevancia para la supervivencia de los seres vivos y para su uso en actividades productivas. En los últimos años se viene percibiendo en forma creciente y sostenida un escenario de sequía y escasez hídrica[1], particularmente en la zona norte y central del país. Diversas cuencas se encuentran hoy sobre utilizadas y agotadas, llegándose a la carencia de agua para el consumo y riego.

Dicho fenómeno encuentra su explicación en muy diversas causas que confluyen, entre las que se pueden citar: el cambio climático, con el consiguiente incremento en las temperaturas y variaciones en la pluviosidad; la contaminación; las deficiencias en la captación y almacenamiento de las aguas; el aumento poblacional, la expansión de los centros urbanos; y, la falta de eficiencia y uso inadecuado o excesivo de este vital elemento.

Particular relevancia tiene, entre nosotros, la vigencia, a partir de 1980, de un régimen constitucional y legal con énfasis explícito en la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, que "son derechos reales administrativos que representan la titularidad privada en este ámbito"[2], privilegiando en consecuencia los intereses particulares e incentiva la especulación en lugar del uso racional. Esta inquietud ha sido recogida por el Congreso Nacional a través de diversas gestiones e instancias, tales como mociones, proyectos de acuerdos, y comisiones investigadoras o permanentes.

En Chile, se sostiene que las aguas son bienes de *dominio público*, pese a no estar reconocido constitucionalmente en términos explícitos. Por el contrario, consagra de modo implícito a las aguas como bienes públicos, "al referirse a unos derechos de aguas constituidos por la autoridad al mismo tiempo está regulando dicha materia bajo el supuesto evidente de que dicha autoridad sólo puede constituir unos derechos de aguas en la medida que ellos sena públicos; no privados"[3]. En este sentido, se afirma que "Jurídicamente, la

[1] Cf. Vergara Blanco, Alejandro. *Crisis Institucional del Agua*. Legal Publishing Thomson Reuters, 2014, p. 39.
[2] Cf. *Código de Aguas Comentado.* Alejandro Vergara (director), Legal Publishing, 2011. p. XVII
[3] Ídem.

publicatio de las aguas corrientes impide la creación de derechos exclusivos que recaigan directamente sobre ellas. El bien es declarado como insusceptible de propiedad privada y, en consecuencia, incomerciable, de lo que resulta que el ordenamiento jurídico no puede permitir el desmembramiento de porciones del bien para que queden alojadas en el patrimonio de los particulares. Ello es precisamente lo que se quiere evitar por medio de la técnica de la purificación, en tanto se entiende que la satisfacción de ciertos intereses públicos no puede ser lograda acudiendo a la lógica de la propiedad privada"[4]. Con todo, se afirma que nuestro sistema jurídico tres instancias (Estado, sociedad, mercado) intereactúan al mismo tiempo, "en la asignación del recurso por la *autoridad burocrática*; en el aprovechamiento (extracción de las aguas) por el *autogobierno* de las organizaciones de usuarios; y en la seguridad y transferencia de los títulos de cada derecho por el *mercado*"[5].

Respecto de aquellas no se puede adquirir la propiedad, pero si se adquiere respecto de los derechos constituidos sobre ellas. Como contrapartida, esta noción debe vinculares con la disponibilidad del recurso, a partir de la interpretación de normas legales, en que tradicionalmente, "se entendió que la Dirección General de Aguas no podía constituir el derecho de aprovechamiento, estando vinculada a denegarlo, si: a) No se había cumplido con el procedimiento administrativo especial de constitución del derecho de aprovechamiento, legislado en el Código de Aguas y en sus resoluciones complementarias (indisponibilidad legal); No existía físicamente agua suficiente para acceder en todo o parte al derecho de aprovechamiento solicitado e una determinada fuente de abastecimiento, según las pruebas de aforo o de bombeo, tratándose de recursos hídricos superficiales o subterráneos, respectivamente (indisponibilidad física); Existiendo los recursos hídricos en la fuente de abastecimiento en donde se solicita la constitución del derecho, los mismos ya se encuentran asignados en virtud de la constitución previa de otro de derecho de aprovechamiento de aguas a favor del mismo titular o de otro diverso (indisponibilidad jurídica); Existiendo los recursos hídricos en la fuente de abastecimiento objeto de la petición, no es posible acceder a la misma porque ello implicaría el agotamiento de dicha misma fuente e incluso el perjuicio de otros aprovechatarios aguas abajo (indisponibilidad ecológica)"[6]. No obstante lo anterior, estas limitaciones en la practica no se concretan atendido el alto porcentaje de derechos ya otorgados, se señala que "los acuíferos y corrientes más relevantes ya están comprometidos"[7], por otro lado, el agua es insumo de importantes actividades económicas (minería, hidroelectricidad, servicios sanitarios, etc.), lo que explica la recurrente noción de incertidumbre de tales actividades, como condición de cualquier reforma en la materia.

Aquí radica el problema, pues quien sea titular de derechos sobre aprovechamiento de aguas conforme las exigencias del Código de Aguas, estará amparado por el derecho de propiedad, al margen del uso que se le atribuya. Sobre este modelo regulativo, "el ordenamiento jurídico vigente ha sido caracterizado por la libertad total para el uso de las aguas a que tiene derecho su titular, sin que sea necesario usarlas efectivamente ni construir las obras necesarias para hacerlo. "incluso -se ha observado- es posible obtener el derecho de aguas nada más que para esperar, a su vez, en forma especulativa, una mejor condición de "mercado" y transferirlo a quien desee adquirirlo"[8]. Lo expuesto por el profesor Cea, puede ligarse a "la gratuidad con que se obtiene y mantiene el derecho de aprovechamiento. De este rasgo se desprende que los titulares respectivos no están sujetos al pago de ningún tributo, devengable usen o no las aguas. Es correcto concluir, entonces, que la obtención de aquel derecho, y su conversación en el patrimonio privado, son gratuitos".

La caracterización del sistema regulativo del régimen de aguas, es demostrativo de lo problemático de sus normas, que privilegian la

---

[4] Celume, Tatiana. *Régimen público de las aguas*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2013: p. 10

[5] Vergara, Alejandro. *Crisis...* p. 30.

[6] Tala, Alberto. *Derechos de Recursos Naturales.* Ediciones Jurídicas. Santiago de Chile, 2010: p. 89

[7] Vergara, Alejandro. *Crisis...* p. 352.

[8] Cea, José Luis. *Derecho Constitucional*, t. II., Ediciones Pontificia Universidad Católica, 2003: p. 574.

normativización de la titularidad del derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, sin atender, a las implicancias físicas, geográficas, económicas y políticas de la crisis del agua. Aquí radica la necesidad de una reforma legislativa en la materia.

2. Historia legislativa.- La regulación del Código de aguas vigente, data de 1981, con una importante enmienda en 2005 otorgan al derecho que recae sobre las aguas un derecho real de aprovechamiento (consuntivo o no consuntivo), pudiendo hacer un uso especulativo de éste para transferirlo a quien desea en mejores condiciones de mercado. Desde 1990 se advirtió que propiedad privada del agua afectaba necesidades del país y no concordaba con criterios internacionales. En 1992, el Presidente Aylwin propone proyecto de ley que establece caducidad por no uso tras 5 años desde el otorgamiento. Ello no fue aceptado. Luego, en 1993, se propone una patente por no uso y caducidad tras 5 años sin utilizarse el recurso. La patente generó muchas críticas de empresas y sectores interesados. Sólo 12 años después, el 2005, se logró aprobar el cobro de una patente por no uso, con la idea que ello favoreciera recuperar aguas. El resultado es pobre. Sólo se ha recuperado un 1% del total de derechos. Durante el Gobierno de la Presidenta Bachelet se intentó una reforma constitucional infructuosamente.

En la materia de reformas legislativas se observa en esta línea, diversas mociones a nivel de reforma legal, la que establece un nuevo código de aguas (Boletín 7.543-12), a efectos de lograr una serie de objetivos sociales y ambientales (referidos a la gestión del agua) entre diversas modificaciones legales. En materia de reforma constitucional el mensaje que modifica el artículo 19 numerales 23 y 24 (Boletín 6.816-07), que señala que las aguas son bienes de dominio público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares. Corresponderá a la ley regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que sobre las aguas se reconozcan a los particulares, considerando la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y, especialmente, la situación de las cuencas hidrográficas. Mas recientemente se ha propuesto el reconocimiento constitucional del derecho al agua como un derecho humano (Boletín 8.678-07) que entre otras medidas dispone que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, así como el deber de garantizar un consumo mínimo esencial.

3. Derecho comparado. En este contexto, y sólo a modo de referencia al recurso hídrico a nivel constitucional, podemos mencionar España (1978) que en un sentido formal en su art. 149 dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en "la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma…", Portugal en su art. 66.2 letra d) el Estado tiene el deber de "promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica", en latinoamérica Colombia en su art. 80 señala que "El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución", en Brasil su art. 20 señala que son dominio de la unión "los recursos naturales,… y el potencial de energía hidráulica", en Argentina su art. 41 dispone que "Las autoridades

proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales", luego en su art. 124 señala que "Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio". Otro caso, son los nuevos paradigmas del *neo constitucionalismo social* –como contrapartida del constitucionalismo liberal antropocentrista-, cuya expresión son la Constitución Ecuatoriana (2008) y Boliviana (2009), la primera señala en su art. 408 que "Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad", la segunda dispone en su art. 136.I que "Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento…". Como se puede constatar, el aspecto social no es ajeno a estas regulaciones, corolario de lo anterior es la regulación del art. 15 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (*Grundgesetz*), que prescribe en materia de derechos fundamentales que "Con fines de socialización, el suelo, lo recursos naturales y los medios de producción pueden ser situados bajo un régimen de propiedad colectiva o de otras formas de gestión colectiva por una ley…"

4. Ideas Matrices.- El presente proyecto de reforma tiene por finalidad reforzar el mandato constitucional que emana del citado numeral 23 de la Constitución y en el ámbito específico otorgar un estatus explícito del agua como recurso natural de dominio público. Asimismo, siguiendo la propuesta de 2010 promueve la utilización racional de este recurso natural, y asume la necesidad de limitar los derechos de aprovechamiento *con meros fines especulativos,* como se desprende de la regulación propuesta. En este sentido, se establece un mandato expreso a establecer causales de extinción precisas y directas en el propio texto constitucional, a fin de evitar discusiones al amparo indirecto por el derecho de propiedad sobre la concesión, haciéndolas en la práctica inextinguibles. En esta misma noción, se establece un régimen especial de limitaciones a la propiedad, en el contexto de un *estado de excepción constitucional*, pero en un ámbito excepcional referido a la catástrofe ambiental, la que se declara por el Presidente con acuerdo de la mayoría de los Diputados en ejercicio, y que otorga facultades extraordinarias para enfrentar la crisis. Finalmente, se establece imperativamente que exista en el otorgamiento de derechos de agua, una contraprestación adecuada al interés público.

Es por eso que sobre la base de los antecedentes expuestos venimos en proponer el siguiente:

Proyecto de Reforma Constitucional

Artículo Único.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

1. Incorpórense en el numeral 23 del artículo 19 los siguientes incisos

tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo:

“Las aguas son bienes de dominio público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares.

Es deber del Estado promover su aprovechamiento racional, y corresponderá a la ley regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que sobre las aguas se reconozca a los particulares, considerando la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y, especialmente, la situación de las cuencas hidrográficas. La ley podrá establecer limitaciones y obligaciones al ejercicio de éstos, en conformidad con lo prescrito en el inciso segundo del numeral 24 de este artículo.

Los derechos constituidos y que se obtengan con meros fines especulativos podrán ser revocados siempre.

La autoridad competente tendrá la facultad de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas, para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales de dominio público, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones adecuadas al interés público”.

2. Incorpórese el siguiente el siguiente art. 41 bis:

“**Art. 41 bis. Estado de catástrofe ambiental.** En casos de grave escasez hídrica, sequías prolongadas, u otra grave afectación de recursos naturales, el Presidente de la República, con acuerdo de la mayoría de los Diputados en ejercicio, podrán declarar estado de catástrofe ambiental. La declaración deberá determinar las zonas afectadas por el estado de excepción correspondiente.

Por la declaración del estado de catástrofe ambiental, el Presidente podrá establecer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para la mitigación de los daños y pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”.

LUIS LEMUS ARACENA
Diputado de la República