INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAÍDO EN EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 19, NUMERALES 23 Y 24, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

BOLETÍN N° 6816-07

_____-

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia viene en informar, en primer trámite constitucional y primero reglamentario, el proyecto de la referencia, originado en un Mensaje de S. E. la Presidenta de la República.

Durante el análisis de este proyecto la Comisión contó con la colaboración de las siguientes personas: don Sergio Bitar Chacra, Ministro de Obras Públicas; don José Antonio Viera Gallo Quesney, Ministro Secretario General de la Presidencia; don José Antonio Ramírez Arrayás, asesor jurídico del Ministerio de Obras Públicas; don Rodrigo Weisner Lazo, Director General de Aguas del mismo Ministerio; don Jorge Correa Sutil, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Diego Portales; don Francisco Zúñiga Urbina, profesor de Derecho Constitucional en las Universidades de Chile y Diego Portales; don Edgardo Palacios Angelini, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Adolfo Ibáñez; don Alberto Cardemil Palacios y don Francisco Mackenna García Huidobro, abogados especialistas y doña Sara Larraín Ruiz Tagle, Directora Ejecutiva del Programa Chile Sustentable.

I.- IDEAS MATRICES O FUNDAMENTALES.

La idea central del proyecto tiene por objeto elevar a rango constitucional, la prevención de que las aguas son bienes nacionales de uso público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan.

Con tal objeto modifica los números 23 y 24 del artículo 19 de la Carta Política para:

- encomendar a la ley la regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que sobre las aguas se reconozcan a los particulares.

- establecer que la regulación anterior deberá tener en consideración la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y la situación de las cuencas hidrográficas.

- establecer que los derechos que se reconozcan otorgarán a sus titulares la propiedad de éstos, sin perjuicio de las limitaciones y obligaciones que podrán imponerse a su ejercicio en atención a su función social.

- entregar a la autoridad competente la facultad de reservar caudales de agua suficientes para asegurar la disponibilidad de este recurso.

II.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS.

Para los efectos de lo establecido en el número 7° del artículo 287 del Reglamento de la Corporación, la Comisión dejó constancia de lo siguiente:

Que se rechazaron las siguientes indicaciones:

a) La del Diputado señor Schilling para intercalar en el nuevo inciso cuarto del artículo primero, entre las expresiones “Dichos derechos” y la palabra “otorgarán”, el adverbio “no”.

b) La del Diputado señor Burgos para suprimir en el nuevo inciso cuarto del artículo primero, la oración final que sigue al último punto seguido, la que señala : “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.”.

III.- QUÓRUM DE VOTACIÓN.

Tratándose de una reforma constitucional que afecta el capítulo III de la Constitución Política, requiere para su aprobación, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 127 de la Carta Fundamental, del voto favorable de las dos terceras partes de los Senadores y Diputados en ejercicio.

IV.- DIPUTADO INFORMANTE.

Se designó Diputado Informante al señor Jorge Burgos Varela.

V.- ANTECEDENTES.

El Mensaje parte destacando la importancia que tiene el agua como fuente de vida y de desarrollo y el carácter de bien nacional de uso público que le reconoce nuestra legislación, lo que significa que su dominio pertenece a toda la Nación y su uso a todos sus habitantes.

Agrega que dicho reconocimiento consta únicamente en la ley, vale decir, en los Códigos Civil y de Aguas, y no tiene una consagración constitucional.

Recordando, en seguida, que solamente el 3% del agua existente en el planeta es dulce y que de este porcentaje el 70% se encuentra en estado sólido, afirma que se trata de un elemento escaso y de limitada disponibilidad, circunstancia que justifica la regulación de su uso y su protección.

Plantea, luego, el desbalance existente entre el trato que nuestra legislación da al agua y a las minas, por cuanto el dominio absoluto y exclusivo del Estado sobre estas últimas tiene consagración constitucional, como también la obligación que pesa sobre los titulares de las concesiones mineras de desarrollar las actividades necesarias que justifican su otorgamiento, exigencia que no se aplica al uso del agua.

Añade que el país enfrenta una fuerte expansión de la demanda por agua como consecuencia del aumento de la población y del crecimiento económico, lo que ha generado un mayor desequilibrio entre la oferta del líquido y su demanda, situación que ya ha dado lugar a problemas de distribución en varias cuencas del país, lo que deberá agravarse con el transcurso del tiempo.

A todo lo anterior, debe sumarse el problema que representa el inminente cambio climático, de efectos aún impredecibles, pero que ha llevado a los distintos países a adecuar sus legislaciones para enfrentar las posibles consecuencias negativas que ello pueda significar.

Todas estas consideraciones llevan al Mensaje a contrastar la situación actual con la vigente en 1980, señalando que hoy el problema de la disponibilidad del agua ha devenido en un asunto de seguridad nacional, más importante aún que la de los hidrocarburos, elemento susceptible de importarse, lo que no ocurre con el agua, por lo que en países que tienen una geografía árida o semiárida como la nuestra, resulta necesario darle relevancia constitucional.

Destaca, en seguida, que el proyecto en atención a la connotación geoestratégica y de seguridad nacional que adquiere la disponibilidad del agua, en especial en situaciones de escasez, considera imprescindible su reconocimiento constitucional como bien nacional de uso público, que, por lo demás, ya consagran desde hace más de un siglo los Códigos Civil y de Aguas. Agrega que la misma Constitución, en el inciso segundo del número 24 de su artículo 19, establece como limitación al derecho de propiedad la función social que deriva de ese derecho, función esta última que en lo que se refiere al derecho de aprovechamiento de aguas, no aparece recogida ni en la Carta Política ni en el código del ramo.

Reconoce que la Constitución consagra el derecho de los particulares sobre las aguas y la propiedad de sus titulares respecto de tal derecho, pero estima fundamental establecer en ella, además, los mecanismos de constitución, ejercicio y extinción de dicho derecho como, asimismo, la facultad de reservar aguas.

Rememora, a continuación, la larga tradición normativa existente en el país en la regulación del uso del agua, que ha dado lugar a un desarrollo económico y social de gran envergadura, permitiendo un fuerte mejoramiento en distintas actividades; sin embargo, con la entrada en vigencia en 1981 del nuevo Código de Aguas, se habría producido un notorio desequilibrio entre el bien común y los intereses de unos pocos particulares, produciéndose una fuerte concentración de derechos de aprovechamiento para fines hidroeléctricos, hasta el punto que, de acuerdo a una resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el 90% de

dichos derechos se encontraría en poder de sólo tres empresas. Agrega que si bien, con posterioridad, mediante la ley N° 20.017 se corrigió parcialmente tal desequilibrio, muchas de las deficiencias existentes subsistieron como consecuencia de los problemas constitucionales que presenta la legislación nacional en la materia.

Cita, luego, como una demostración de la conciencia existente acerca de la necesidad de dar un reconocimiento constitucional especial a la regulación de las aguas, diversos proyectos de reforma constitucional y de ley presentados por legisladores de distintos signos

Finalmente, precisa que las enmiendas que se proponen, no afectan la seguridad jurídica de los propietarios de los derechos de aprovechamiento de aguas, por cuanto les permite conservar en su integridad el dominio que tienen y sus facultades de dueños, sino que facilita el acceso a este recurso a personas que tienen hoy escasas posibilidades de adquirir el derecho de aprovechamiento por acto de autoridad, como también, en caso de ser imprescindible, entrega a la autoridad los medios necesarios para limitar o restringir el ejercicio de estos derechos o reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar su disponibilidad, esto último de acuerdo con la necesidad de establecer dentro de los diversos usos que pueden darse a este elemento, prioridad al consumo humano.

VI.- INTERVENCIONES RECIBIDAS POR LA COMISION.

a) Don Sergio Bitar Chacra, Ministro de Obras Públicas.

Inició su intervención recordando que el número 24 del artículo 19 de la Carta Política, señalaba que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos en conformidad a la ley, otorgaban a sus titulares la propiedad sobre ellos, disposición que la iniciativa repetía en el nuevo número 23 del mismo artículo, resaltando la calidad de bien nacional de uso público del agua.

Destacó, asimismo, que el concepto mundial y regional acerca del agua había cambiado radicalmente, hasta el punto de que los glaciares habían adquirido gran preponderancia. Al respecto, hizo presente que de los 25.000 kilómetros cuadrados de glaciares existentes en Sudamérica, 20.000 se encontraban en Chile, razón por la que la propuesta junto con declarar a las aguas, en todos sus estados, como bien nacional de uso público, incluía específicamente a los glaciares.

Agregó que el proyecto encomendaba a la ley regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozcan a los particulares sobre el agua, como también facultaba a la autoridad competente para constituir reservas de agua en manos del Estado, algo que parecía muy necesario por las diferencias geográficas existentes en las distintas zonas del país, resaltando que una facultad como ésta concitaba apoyo de parlamentarios de distintos sectores,

por el conocimiento que se tenía de lo que ocurría, especialmente, en la zona del norte del país, en que existen acuíferos totalmente agotados.

Relevó, en seguida, las diferencias entre la minería y el agua, señalando que mientras, en el caso de la primera, todos los yacimientos pertenecían al Estado, el que podía entregarlos en concesión, la que era susceptible de caducar, en el caso de la segunda no se contemplaba la posibilidad de concesión ni tampoco existían limitaciones para su uso, diferencias que no denotaban la enorme importancia del agua para la vida, para las finalidades productivas y para la protección del medio ambiente.

Señaló que era necesario adaptar las disposiciones constitucionales a los tiempos actuales, especialmente si se tenían presente aspectos tales como el aumento en la demanda por agua, circunstancia que agudiza su escasez y obliga a regular su uso, haciendo prevalecer el interés público, problema que ya se presenta en el norte del país, especialmente en el valle de Copiapó; la amenaza del cambio climático, que se refleja en el aumento de la pluviosidad en el sur y en la escasez de agua en el norte, y el otorgamiento de derechos de aprovechamiento superiores a los que ofrece la correspondiente cuenca hidrográfica.

En lo que se refiere al planteamiento que se había hecho en el sentido de que el proyecto consideraría la expropiación de los derechos de agua, señaló que la iniciativa no contemplaba tal cosa, pero que, en todo caso, como todo bien, la Constitución ya reglaba la posibilidad de expropiar tales derechos previo pago al contado de la correspondiente indemnización.

Insistió en que lo que se buscaba era contar con una mayor capacidad para regular el uso de este bien, porque cuando, dentro de ese objetivo, se había pretendido establecer la caducidad de los derechos de aprovechamiento por el no uso, se había estimado que tal medida podría ser inconstitucional. De ahí la conveniencia de elevar a rango constitucional el carácter de bien nacional de uso público de este elemento.

Recordó, asimismo, que el Código Civil, desde los tiempos de don Andrés Bello, concebía el agua como un bien nacional de uso público, pero que desde 1981 con la entrada en vigencia del Código de Aguas, se había producido un importante desequilibrio entre el bien común y los intereses de algunos particulares. Creía necesario regular en una ley, la que sería de quórum calificado, la extinción de los derechos de aguas por caducidad en virtud de causales específicas, lo que no implicaría necesariamente un pago.

Ante una consulta, diferenció la expropiación de derechos de la caducidad, por cuanto la primera ya estaría contemplada en la Constitución.

Terminó señalando que se deseaba, asimismo, regular en la ley la posibilidad del uso de los glaciares, el uso de las cuencas hidrográficas desde el punto de vista de su protección medio ambiental y devolver a los funcionarios de la Dirección de Aguas el carácter de ministros

de fe que tenían hasta antes de 1981, para los efectos de la prueba de eventuales infracciones.

b) Don José Antonio Viera Gallo Quesney, Ministro Secretario General de la Presidencia.

Señaló que lo que el proyecto pretendía era consagrar, a nivel constitucional, que el agua es un bien nacional de uso público, calidad que actualmente sólo se establece en los Códigos Civil y de Aguas, y que correspondería cualquiera fuera el estado en que se encontrara dicho elemento. Lo anterior determinaba que los derechos, permisos y concesiones que se otorguen sobre el aprovechamiento de las aguas tendrán que estar en función del carácter público de este bien, hecho que hoy día no ocurriría. No obstante, la modificación que se introducía respetaba todos los derechos de aguas vigentes, sin perjuicio de que la ley pudiera establecer obligaciones o limitaciones al ejercicio de tal derecho en atención a su función social.

Añadió, asimismo, que la reforma otorgaba a la autoridad la facultad de establecer la reserva de aguas superficiales o subterráneas cuando existiere la necesidad de conservar o disponer de este recurso, agregando que se trataba de un marco regulatorio general que, luego, debería traducirse en la correspondiente modificación al Código de Aguas.

Ante algunas consultas, precisó que el derecho de aprovechamiento de aguas no constituía un derecho de propiedad propiamente tal sino que algo similar a las concesiones, por cuanto sobre un bien nacional de uso público no cabía la propiedad privada.

Igualmente, aclaró que la regulación que se establecía sería aplicable cualquiera fuera el estado en que las aguas se encontraran, como también que para la constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconocieran a los particulares, se debería considerar la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y, especialmente, la situación de las cuencas hidrográficas. En tal sentido, la ley podría dar un tratamiento distinto a las aguas de la zona norte o sur del país como ya lo hace la Ley Indígena que regla de forma diferente los derechos de aguas de las comunidades aborígenes del norte, o, en consideración a la situación de las cuencas hidrográficas, diferenciar entre un río y otro, como podría ser, por ejemplo, en el caso de los cursos de aguas en que exista una central hidroeléctrica.

Hizo presente que hoy si el Fisco quiere efectuar una reserva de caudales, queda sujeto a las mismas normas y procedimientos aplicables a los particulares, por ello esta normativa constituía un marco regulatorio genérico destinado a asegurar la efectiva función social del derecho de aprovechamiento.

c) Don Rodrigo Weisner Lazo, Director General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas.

Inició su intervención aseverando que no se trataba de un proyecto elaborado a última hora, sino que sería el resultado de un trabajo de más de un año sobre la base de estudios realizados por un Comité Interministerial de Recursos Hídricos, en el que participaron todas las instancias vinculadas a este recurso. Igualmente, la iniciativa había sido discutida con diversas organizaciones tales como la Sociedad Nacional de Minería, el Consejo Minero y la Sociedad Nacional de Agricultura.

Añadió que las normas que se proponían se vinculaban a problemas prácticos que ocurrían en la actualidad; en efecto, el país se caracterizaba por tener el desierto más árido del mundo, con acuíferos que solo se recargaban una vez en mil años, un valle intermedio muy angosto y una cordillera muy alta que hacía que las aguas se trasladaran muy rápido, lo que impide su mejor aprovechamiento , sin contar, además, con la existencia de dificultades relacionadas con la contaminación de las aguas, ya sea con pesticidas, metales, desechos humanos, etc.

Agregó que más del 80% de los ríos del país no tiene lo que se llama un caudal ecológico, es decir, pueden extraerse, al amparo de la legislación, la totalidad de sus aguas por las personas, motivo que ha llevado al secado completo de muchos de ellos como sucede en Copiapó.

En el caso de los glaciares, señaló que aunque argumentos de derecho permiten sostener que a ellos debiera aplicarse el régimen de las aguas continentales, resoluciones de los tribunales de justicia han impedido la realización de actos destinados a medir y monitorear un glaciar por cuanto consideran que dicha legislación no les es aplicable. Asimismo, la venta de agua proveniente de Campos de Hielo Norte por parte de una empresa, cuestionada por la Dirección de Aguas, ha originado controversias que actualmente se ventilan ante los tribunales. Algo parecido ha pasado con la exportación de trozos de hielo de ese sector que, recién, en virtud de las disposiciones de la Ley de Bases del Medio Ambiente, ha podido detenerse.

Igualmente, existían al respecto profundas contradicciones y conflictos entre la legislación de aguas y la Ley Indígena, hasta el punto que en el caso del agua mineral de Chusmiza, la empresa que comercializa dicho producto era considerada dueña según las normas del Código de Aguas, pero las disposiciones de la citada Ley Indígena habían habilitado a la comunidad Chusmiza Usmagama para reclamar dicha propiedad, existiendo al efecto dos fallos de los tribunales en sentido contrapuesto.

Señaló que una de las herramientas que otorgaba la legislación vigente era la expropiación, pero que el costo que implicaría llevarla adelante respecto de los derechos de aprovechamiento, bordearía los cincuenta mil millones de dólares, por lo que este mecanismo sería solamente teórico por cuanto sería muy difícil destinar en el presupuesto tal cantidad para ese fin y, sobre todo, si se tiene en cuenta que el Estado pagaría esa suma por algo que entregó gratuitamente y que tendría que volver a entregar.

Señaló que le parecía importante incorporar el criterio de la diferenciación geográfica en atención a los problemas que presenta el sector minero, el cual tiene proyectos por cerca de ochenta mil millones de dólares, situándose el 80% de ellos en las I y III Regiones, pero en que una importante parte no se ha desarrollado por el problema del agua. Al efecto, se ha incorporado la posibilidad de desalinizar cuyo costo asciende a un dólar por metro cúbico.

Agregó que ante las solicitudes de derechos de aprovechamiento de agua formuladas por esas empresas, la Dirección de Aguas realiza modelaciones por 60 ó 100 años ya que el derecho es perpetuo, lo que motiva el reclamo de las empresas por estimar que se trata de proyectos de no más de 20 años, circunstancia que permitiría más flexibilidad en el otorgamiento de estos derechos, pero que con la actual legislación no resulta posible.

Agregó que las distintas tendencias políticas estaban por establecer la caducidad de los derechos, ya sea mediante el mecanismo del pago de patente o de una limitación en el tiempo o el no uso, pero todas estas iniciativas se habrían topado con la normativa constitucional.

Reiteró la gravedad del problema, señalando que antes de la dictación del actual Código de Aguas, se habían decretado sólo tres áreas de restricción y, en cambio, ahora hay cerca de sesenta, pero que en ninguno de esos casos se habrían formado las comunidades que originan la gestión del recurso y, por el contrario, estarían recurriendo a la Dirección de Aguas para que resolviera los problemas, lo que demostraría su incapacidad para administrar la escasez.

Por último expresó su desacuerdo con el mecanismo de la reducción temporal de los derechos de aprovechamiento a prorrata de los derechos de cada usuario, por cuanto ello resultaba demasiado inequitativo respecto del pequeño agricultor o parcelero, por lo que creía que debía diferenciarse la situación según se tratara de una persona con capacidad para comprar derechos de agua o no

d) Don Francisco Zúñiga Urbina, profesor de Derecho Constitucional en las Universidades de Chile y Diego Portales.

Como cuestión previa, rememoró que la definición de las aguas terrestres como bienes nacionales de uso público, se remontaba a las modificaciones constitucionales para hacer efectiva la reforma agraria mediante la ley N° 16.640.

Entrando en materia, señaló que la iniciativa reconocía que las aguas eran bienes de dominio público, estableciendo su inapropiabilidad mediante una modificación al N° 23 del artículo 19, pero la terminología empleada recogía la utilizada por el Código Civil, el que distinguía entre bienes nacionales de uso público y bienes fiscales; a su parecer, las expresiones correctas deberían ser “bienes de dominio público”, para guardar la debida consistencia con la definición de las minas que el mismo artículo 19 contemplaba en su número 24.

Asimismo, el nuevo inciso cuarto que se agregaba en el número 23 del citado artículo 19, entregaba al legislador una competencia para regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconocieran a los particulares sobre las aguas, sujeto todo ello a la consideración de un número limitado de factores como eran la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y, especialmente, la situación de las cuencas hidrográficas, circunstancias todas restrictivas de la competencia que se entregaba y que podría significar dificultades, por cuanto no podrían incorporarse otros factores que permitiesen ampliar la intervención de la administración en materia de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas.

Otra observación que le merecía el proyecto, decía relación con que el mismo nuevo inciso cuarto establecía que la propiedad de los derechos de aprovechamiento correspondía a la propiedad de derecho común, como podía desprenderse de la remisión que el párrafo final de este inciso hacía al inciso segundo del numeral 24 de este artículo. En efecto, dicho párrafo señalaba que " 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.", todo lo que no hacía más que confirmar la tesis señalada, que en doctrina se conocía como "propietarización de derechos", siendo que, en realidad se trataba de una propiedad sometida a un derecho especial como lo era el de aguas.

Agregó que si lo que se quería era establecer para los titulares de los derechos de aprovechamiento las mismas garantías que la Constitución consagra para los titulares del derecho de propiedad, habría bastado con utilizar la misma fórmula que emplea el actual inciso noveno de este numeral 24 para el dominio público minero, es decir, que los titulares tendrían las mismas garantías que en general resguardan el dominio en nuestro ordenamiento.

Finalmente, señaló que en lo que decía relación con la facultad que se entregaba a la autoridad competente para reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas, creía que tal referencia debería hacerse a la ley dado que ésta era la única fuente que podía atribuir tal competencia.

e) Don Alberto Cardemil Palacios, abogado especializado en legislación de aguas.

Partió efectuando una reseña de los objetivos perseguidos por esta reforma, es decir, que las aguas, incluidos los glaciares, son bienes nacionales de uso público; que la ley debe regular los procedimientos de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos sobre las aguas; que dicha regulación debe considerar la diversidad geográfica del país, la disponibilidad de los recursos hídricos y la situación de las cuencas hidrográficas; que la ley puede establecer limitaciones y obligaciones al ejercicio de los derechos de los particulares sobre las aguas, y que el Estado tiene la facultad de reservar caudales para asegurar la disponibilidad del agua.

Al respecto, expresó que la iniciativa era innecesaria y que, incluso, resultaba inconveniente.

Sería innecesaria por las siguientes razones:

- por cuanto ya existirían dos disposiciones legales que consagrarían la calidad de bienes nacionales de uso público de las aguas como son los artículos 595 del Código Civil y 5° del Código de Aguas.

- por cuanto la inclusión de los glaciares en la reforma sería redundante ya que las disposiciones sobre las aguas les serían plenamente aplicables. En efecto, los glaciares no serían otra cosa más que una masa de nieve y hielo, es decir, agua y, por lo tanto les serían aplicables todas las disposiciones existentes al respecto, y como el legislador no ha hecho distinción alguna, no correspondería interpretarlo de otra forma.

Por último, si se quisiera incluir expresamente a los glaciares en la protección que se establece, bastaría con una reforma a la ley.

- en lo que se refiere a lo que se establece en cuanto a que la ley deberá reglar los procedimientos de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos de aprovechamiento de aguas, sólo cabría señalar que es algo que la ley ya reglamenta como sucede con los artículos 21 y 129 bis del Código de Aguas y el Título I del Libro II del mismo Código, existiendo, además, una profusa normativa sobre la materia, un organismo público encargado de administrar tales procedimientos, un control jurisdiccional sobre las decisiones que se adoptan y una variada jurisprudencia.

- en lo que dice relación con la consideración de los factores de diversidad geográfica y climática, disponibilidad de los recursos hídricos y situación de las cuencas hidrográficas, señaló que la ley ya tenía en cuenta todos estos factores, como lo demostrarían diversas disposiciones del Código de Aguas, tales como los artículos 141, 147 bis, 129 bis, 1°, 17 y 18, 21, 282 y 62 y el Título I del Libro II del mismo Código, todos los que pondrían de relieve que la regulación de los derechos de aguas era extremadamente casuística. Así podría percibirse la discrecionalidad para determinar la disponibilidad del recurso, la posibilidad de establecer la reserva y también la existencia de disposiciones sobre conservación y protección de acuíferos, la fijación del caudal ecológico y la prelación entre derechos permanentes y eventuales, por lo que la autoridad ya contaría con amplios medios en todo lo que diría relación con la adquisición, ejercicio y conservación de los derechos de aprovechamiento de aguas.

- en cuanto a las limitaciones que pueden imponerse a los derechos de aprovechamiento como consecuencia de la función social de los mismos, sería la misma Constitución en su artículo 19 N° 24 la que haría aplicable a los derechos de aprovechamiento todo el régimen de la propiedad; en efecto, el párrafo segundo del citado N° 24 dispone que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad y de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que

deriven de su función social, la que comprendería cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental, y el párrafo final de este mismo número señala que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgan a sus titulares la propiedad de ellos. Todo lo anterior haría aplicables a la propiedad de las aguas todas las normas que sobre la propiedad contempla nuestro ordenamiento jurídico.

- por último, en lo que se refería a la posibilidad de reservar caudales, señaló que el artículo 147 bis del Código de Aguas ya contemplaba tal posibilidad en el caso de ser necesaria la reserva del recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua o, en el caso de peticiones de derechos no consuntivos, por circunstancias excepcionales y de interés nacional, podría denegarse parcialmente una solicitud de aprovechamiento. No obstante lo anterior, si se quería estudiar una ampliación de esta facultad de reserva, podría ello realizarse mediante una modificación legal sin necesidad de alterar la Constitución.

Fundamentó, en seguida, las razones de por qué la reforma sería inconveniente, señalando que:

- habría razones de técnica legislativa por cuanto la Carta Política fija las bases esenciales de la institucionalidad, por lo que no parecía adecuado regular un bien nacional de uso público en su texto, sin perjuicio de que ello, además, sería un intento de refundar la institucionalidad vigente, lo que la pondría en tela de juicio y le restaría fuerzas.

Siempre en este punto, sostuvo que la posibilidad de extinguir derechos de aprovechamiento no era clara, como lo demostraba el hecho de que el primer borrador de este proyecto se refería a la caducidad y el finalmente presentado hacía alusión a la extinción del derecho, cuestiones diferentes desde el punto de vista técnico e, incluso, el mismo constituyente distinguía entra una y otra en materia minera señalando causales diferentes para su aplicación.

Al respecto, señaló que para que pudiera establecerse la caducidad, tendría que incluirse una disposición constitucional que así lo autorizara, lo que, en todo caso, no podría afectar con efecto retroactivo los derechos ya constituidos, salvo que se consagrara una excepción a la perpetuidad del derecho de dominio.

- asimismo, sostuvo que la reforma sería inconveniente porque no consideraba los instrumentos existentes para abordar los problemas que se presentan en la administración de los recursos hídricos, como sucedía con casos de sobreexplotación respecto de los cuales no se consideraban ni evaluaban mecanismos tales como la declaración de agotamiento, las restricciones o prohibiciones de extracción, las reducciones temporales y a prorrata y las posibles expropiaciones.

Igualmente, tampoco se había considerado en los casos de acaparamiento y concentración como sucedía en el sur del país, el

efecto real de la patente por el no uso en los plazos previstos, la progresividad de dicha patente y su fiscalización, recordando que a pesar de los trece años que había demorado la discusión parlamentaria acerca de las reformas a la legislación sobre aguas, el pago de patente aún no se aplicaba en todo el país.

Creía importante que se revisara la legislación sobre libre competencia para conocer si efectivamente podía solucionar los problemas que se presentaban, el estudio de la doctrina de los “activos esenciales” que permitía que un bien de primera necesidad pudiera ser usado por otro que su titular cuando hay acaparamiento, sin detrimento del dominio y a costos razonables y, especialmente, que se velara por la adecuada fiscalización de las normas sobre el pago de patente.

- por último, creía también inconveniente la reforma porque afectaría el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas como un mecanismo eficiente de asignación de estos recursos puesto que introduciría incertidumbre sobre la duración de estos derechos, sobre la calidad de los títulos respecto de tales derechos y en lo relativo a la protección que el ordenamiento jurídico otorga a dichos derechos.

f) Don Edgardo Palacios Angelini, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Adolfo Ibáñez.

Partió señalando que, como cuestión previa, esta reforma le parecía el resultado más de un acto político precipitado que de un análisis reflexivo del significado de la propuesta. Sostuvo que la estabilidad de la Carta Fundamental resultaba esencial en el desarrollo de una nación, debiéndosela modificar únicamente si fuere indispensable. Sin perjuicio de lo anterior, siempre debería respetarse el mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, debiendo rechazarse toda reforma que significara un atentado a los derechos esenciales de la persona y a la certeza jurídica.

A su juicio, muchas de las modificaciones propuestas podrían materializarse por medio de la ley, sin necesidad de reformar la Constitución, no obstante lo cual creía que elevar el carácter de bien nacional de uso público del agua a rango constitucional, era algo inútil.

Fundamentó su aseveración anterior señalando que:

a) el legislador era el único llamado a determinar cuales eran los bienes nacionales de uso público, tal como lo señalaba claramente el artículo 19 N° 23 de la Carta Política, al establecer que solamente la ley podía determinar los bienes que deberían pertenecer a la Nación toda.

b) la elevación a rango constitucional del carácter de bien nacional de uso público del agua, daría lugar a una asimetría respecto de todos los demás bienes de igual carácter, puesto que todos ellos eran también escasos e importantes y, en consecuencia, nada justificaría la diferenciación.

Agregó, asimismo, que no compartía la argumentación del Mensaje para fundamentar el proyecto, por cuanto al estimar como motivo suficiente para la modificación que se proponía, el hecho de que el carácter de bien nacional de uso público del agua sólo se encontraría reconocido en la ley y no en la Constitución, se olvidaba que lo mismo sucedía con los demás bienes de esa naturaleza y, sin embargo, respecto de ellos no se pretendía elevar su protección a nivel constitucional.

Igualmente, respecto de lo que se sostenía en el sentido de que había un desequilibrio en relación con las minas porque en lo tocante a éstas se consagraba el dominio absoluto e imprescriptible en favor del Estado, dejándose fuera de tal protección al bien más preciado como era el agua, indicó que con ello se incurría en una contradicción sustantiva toda vez que bienes del Estado y bienes nacionales de uso público no eran lo mismo, por cuanto respecto de los primeros el Estado era dueño absoluto y su derecho de dominio era inalienable e imprescriptible, pudiendo tal propiedad ser o no objeto de concesión.

En lo que se refería al argumento de la escasez de este elemento que, dada nuestra característica geográfica árida o semiárida, daría especial importancia a la necesidad de su protección y cuidado como un asunto de seguridad nacional y justificaría su inclusión en la Constitución, señaló que si dicha escasez convertía su protección en un asunto de seguridad nacional, pasaría a ser una materia comprendida en la función social de la propiedad, por cuanto ésta, según lo señala el mismo N° 24 del artículo 19, comprendía “ cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”, de lo que se desprendía que el legislador podría regular todo lo concerniente al agua, incluso establecer restricciones u obligaciones sin contraprestación alguna, sin necesidad de una reforma constitucional para ello.

Por último, argumentó que en materia de protección del patrimonio ambiental, la misma Constitución permitía al legislador establecer restricciones sin que la persona que debiera soportarlas pudiera reclamar alguna indemnización.

g) Don Jorge Correa Sutil, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Diego Portales.

Señaló, como puntos centrales de su intervención, la elevación a rango constitucional que hacía el proyecto del carácter de bien nacional de uso público de las aguas, con lo cual consagraba una asimetría con los restantes bienes nacionales de uso público, respecto de los cuales se señalaba que serían regulados por la ley, y la creencia que esta modificación a la Carta Política podría tener una función simbólica, sin otro efecto práctico que el de impedir que el legislador pudiera en lo futuro establecer el dominio privado sobre las aguas, temor que de existir justificaría jurídicamente el proyecto. En caso contrario, sólo tendría el carácter simbólico mencionado.

En lo que se refería a la delegación a la ley para regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción

de los derechos que sobre las aguas se reconozcan a los particulares y para establecer las limitaciones y obligaciones que se derivan de tales derechos, consideró que ello era redundante por cuanto, por disposición constitucional, el derecho de aprovechamiento de aguas constituía propiedad y, según lo dispone el N° 24 del artículo 19, la forma de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social, correspondían al legislador. En consecuencia, la disposición tendría efecto alguno.

Asimismo, consideró que la declaración de titularidad sobre los derechos de agua contenida en el proyecto, no era más que una repetición de lo ya establecido en el inciso final del número 24 del artículo 19.

En lo tocante a la consideración que debe tenerse de la diversidad geográfica y climática del país, de la disponibilidad de los recursos hídricos y de la situación de las cuencas hidrográficas, para los efectos de regular el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozcan sobre las aguas, estimó que se consagraba una innovación que le parecía inconveniente y que, además de compleja, resultaba innecesaria porque actualmente el legislador podía considerar tales factores en dicha regulación.

La inconveniencia que percibía sobre esta disposición, residía en que su inclusión podría entenderse como que no podrían considerarse otros factores que los mencionados para la regulación y concesión de estos derechos, lo que constituiría una limitante para la autoridad y, por otra parte, podría dar lugar a requerimientos ante el Tribunal Constitucional por considerarse que no se habría realizado una debida ponderación de los factores mencionados.

A su parecer, las innovaciones más importantes del proyecto decían relación con la extinción de los derechos y con la reserva de caudales. Respecto de las primeras, ya existían causales de extinción en el Código de Aguas, las que no habían presentado dificultades de constitucionalidad porque hacían imposible la mantención del derecho o exigían para su aplicación la voluntad del titular.

En cuanto a la segunda, en realidad, lo más importante era determinar si las nuevas causales afectarían o no los derechos actualmente constituidos, no siendo claro el Mensaje al respecto, toda vez que mencionaba el propósito de reasignación o redistribución de este elemento, pero, a la vez, afirmaba categóricamente que los derechos actualmente constituidos no se verían afectados, lo que en realidad, parecía insostenible, toda vez que existiría una sobreconcesión, una sobreexplotación y, por lo mismo, una reasignación no sería posible sin afectar los derechos ya adquiridos. En otras palabras, se estaría efectuando un anuncio acerca de la existencia de un problema, en seguida se declararía que no se afectarían los derechos vigentes y, por lo mismo, no se solucionaría el problema. Creía importante decidir si se afectarían o no tales derechos y, en caso de resolverse por la primera posibilidad, señalar la forma en que ello se haría, es decir, si mediante la expropiación de derechos o alguna otra forma especial de extinción

Asimismo, creía indispensable incluir en esta reforma una norma transitoria, tal como sucedía respecto de la propiedad minera, por cuanto no le parecía que la simple inclusión de la palabra “extinción” en el texto constitucional, otorgaría la suficiente flexibilidad o seguridad para que la futura legislación que se dictara pudiera encontrar respaldo en la Carta Política. Lo contrario significaría, seguramente, una alta litigiosidad sin una verdadera solución del problema.

Igualmente, en lo que se refería a la facultad para establecer la reserva de caudales, creía que existía un problema similar porque ¿ cuál sería el efecto que esta reserva podría tener en los derechos ya constituidos ?. Por otra parte, si la reserva se erigiera en un factor suficiente para reducir los derechos ya concedidos, la declaración de que la reforma no afectaría tales derechos, haría imposible su establecimiento.

Por otra parte, la facultad que se pretendía entregar a la autoridad competente para reservar caudales de aguas, resultaba asimétrica con el texto constitucional, toda vez que la Carta Política en lo que se refería a la regulación de estos derechos, reservaba al legislador la forma de establecer limitaciones.

Por todo lo anterior, creía indispensable sincerar el proyecto acerca de cuales serían sus verdaderos alcances, o bien, complementar su actual redacción.

VII.- DISCUSIÓN DEL PROYECTO.

Habiéndose pronunciado la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural favorablemente en general sobre esta iniciativa, la Comisión procedió a tratarla en particular, llegando al respecto a los siguientes acuerdos:

Artículo primero.

Agrega tres nuevos incisos al final del número 23 del artículo 19 de la Carta Política del siguiente tenor:

“ Las aguas son bienes nacionales de uso 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 reconozca a lo particulares, considerando la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y, especialmente, la situación de las cuencas hidrográficas. Dichos derechos otorgarán a sus titulares la propiedad sobre los mismos. 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.

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

La Comisión, en atención a las indicaciones presentadas, acordó tratar separadamente los tres incisos de este artículo:

Nuevo inciso tercero.

Los Diputados señora Soto y señor Burgos presentaron una indicación para sustituir la frase inicial de este inciso, es decir, “ Las aguas son bienes nacionales de uso público” por la siguiente: “Las aguas son bienes de dominio público”.

El Diputado señor Burgos fundamentó la indicación señalando que las expresiones correctas deberían ser “bienes de dominio público”, para guardar la debida consistencia con la definición de las minas que el mismo artículo 19 contemplaba en su número 24 y con los términos empleados de acuerdo a las nuevas tendencias del derecho público.

Se aprobó la indicación conjuntamente con el inciso por mayoría de votos (6 votos a favor y 4 en contra). Votaron a favor los Diputados señora Soto y señores Burgos, Ceroni, Harboe, Saffirio y Schilling. En contra lo hicieron los Diputados señores Arenas, Cardemil, Eluchans y Cristián Monckeberg.

Nuevo inciso cuarto.

1.- El Diputado señor Schilling presentó una indicación para intercalar entre los términos “ Dichos derechos “ y las expresiones “otorgarán a sus titulares “ el término “no”.

Basó el Diputado su proposición en que el proyecto le parecía ampliamente decepcionante por cuanto no modificaba el régimen jurídico de la propiedad de las aguas. Hizo presente que la iniciativa, ante los serios problemas que se avecinaban frente al uso del agua, se limitaba a trasladar su actual estatus en materia de propiedad a la Constitución. En tal caso, incluso prefería mantener la actual situación por cuanto exigía un quórum más bajo para su posible modificación.

No se produjo mayor debate procediéndose a rechazar la indicación por mayoría de votos (1 voto a favor y 9 en contra). Votó a favor el Diputado señor Schilling. En contra lo hicieron los Diputados señora Soto y señores Arenas, Burgos, Cardemil, Ceroni, Eluchans, Harboe, Cristián Monckeberg y Saffirio.

2.- El Diputado señor Burgos presentó una segunda indicación a este inciso para suprimir la oración final que señala lo siguiente: “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.”.

Fundamentó su indicación el Diputado en los conceptos vertidos por el profesor señor Zúñiga, en cuanto a que la referencia que se hacía al inciso segundo del número 24 del artículo 19, daba al derecho de aprovechamiento el carácter de propiedad de derecho común, en circunstancias que se trataba de un derecho especial como era el derecho de aguas.

No se produjo mayor debate, rechazándose la indicación por mayoría de votos. (3 votos a favor y 7 en contra). Votaron a favor los Diputados señores Burgos, Schilling y Saffirio. En contra lo hicieron los Diputados señora Soto y señores Arenas, Cardemil, Ceroni, Eluchans, Harboe y Cristián Monckeberg.

Puesto en definitiva en votación el inciso conforme al texto propuesto en el Mensaje, se lo aprobó por mayoría de votos (6 votos a favor y 4 en contra). Votaron a favor los Diputados señora Soto y señores Burgos, Ceroni, Harboe, Saffirio y Schilling. En contra lo hicieron los Diputados señores Arenas, Cardemil, Eluchans y Cristián Monckeberg.

Nuevo inciso quinto.

El Diputado señor Burgos presentó una indicación para sustituir la parte inicial de este inciso que señala “ La autoridad competente tendrá la facultad de reservar caudales “, por la siguiente: “Corresponderá a la ley regular el procedimiento de reserva de caudales”.

Sostuvo el parlamentario en apoyo a su indicación, que lo que correspondía en este caso era formular la referencia a la ley y no a la autoridad competente, por cuanto la misma Constitución encomendaba al legislador común el modo de limitar los derechos.

No se produjo mayor debate, aprobándose la indicación conjuntamente con el inciso, por mayoría de votos (6 votos a favor y 4 en contra). Votaron a favor los Diputados señora Soto y señores Burgos, Ceroni, Harboe, Saffirio y Schilling. En contra lo hicieron los Diputados señores Arenas, Cardemil, Eluchans y Cristián Monckeberg.

Artículo segundo.

Suprime el inciso final del número 24 del mismo artículo 19, disposición que señala lo siguiente:

“ Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.”.

No siendo la norma que se suprime más que una repetición de la que se incluye en el nuevo inciso cuarto del numero 23, se aprobó el inciso sin debate, por mayoría de votos. (6 votos favor y 4 en contra). Votaron a favor los Diputados señora Soto y señores Burgos, Ceroni, Harboe, Saffirio y Schilling. En contra lo hicieron los Diputados señores Arenas, Cardemil, Eluchans y Cristián Monckeberg.

****

- Por las razones señaladas y por las que dará a conocer oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión recomienda aprobar el proyecto, de conformidad al siguiente texto:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:

Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 19 de la Constitución Política de la República:

a) Agréganse los siguientes incisos tercero, cuarto y quinto en el numeral 23:

“ 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. Dichos derechos otorgarán a sus titulares la propiedad sobre los mismos. 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.

Corresponderá a la ley regular el procedimiento de reserva de caudales de aguas superficiales o subterráneas, para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico.

b) Elimínase el inciso final del numeral 24.

*****

Sala de la Comisión, a 9 de marzo de 2010.

Acordado en sesiones de fechas 19 de enero y 9 de marzo del año en curso, con la asistencia de los Diputados señora Laura Soto González (Presidenta), señora Marisol Turres Figueroa y señores Pedro Araya Guerrero, Gonzalo Arenas Hödar, Jorge Burgos

Varela, Alberto Cardemil Herrera, Guillermo Ceroni Fuentes, Edmundo Eluchans Urenda, Felipe Harboe Bascuñán, Cristián Monckeberg Bruner y Eduardo Saffirio Suárez.

En reemplazo del Diputado señor Marcelo Díaz Díaz asistió el Diputado señor Marcelo Schilling Rodríguez.

Asistió, asimismo, a una de las sesiones el Diputado señor Ramón Barros Montero.

EUGENIO FOSTER MORENO
Abogado Secretario de la Comisión