



SERIE INFORME **LEGISLATIVO**

Estatuto jurídico de las aguas en Chile: la importancia de la certeza jurídica y los riesgos que supone la reforma al Código de Aguas

Pilar Hazbun Z.

**SERIE
INFORME
LEGISLATIVO**
ISSN 0717 - 1544

Abril 2020

58

PILAR HAZBUN Z.

es Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente se desempeña como Coordinadora del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo.

CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO	05	
1. INTRODUCCIÓN	06	
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN CHILENA DE AGUAS	07	<ul style="list-style-type: none">2.1 Primeros cuerpos normativos sobre las aguas 072.2 Orígenes y fundamentos de la regulación vigente 082.3 Modificaciones posteriores al Código de Aguas de 1981 10
3. NORMATIVA VIGENTE	11	<ul style="list-style-type: none">3.1 Características de los derechos de aprovechamiento de aguas 123.2 Clasificación de los derechos de aprovechamiento de aguas 12
4. VENTAJAS DE LA NORMATIVA ACTUAL Y DE LOS MERCADOS DE AGUAS	14	
5. REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS	16	<ul style="list-style-type: none">5.1 Antecedentes de la Reforma al Código de Aguas 165.2 Indicación Sustitutiva formulada por el Presidente Piñera 165.3 Estado actual de la Reforma: texto aprobado por la Comisión de Agricultura del Senado 175.4 Riesgos de la Reforma en tramitación y vicios de constitucionalidad 205.5 Desafíos pendientes en materia de aguas 21
6. CONCLUSIONES	22	
7. BIBLIOGRAFÍA	23	

Resumen Ejecutivo

La presente Serie Informe tiene por objeto exponer el estatuto jurídico vigente de las aguas en Chile y los principales riesgos que trae aparejados la Reforma al Código de Aguas, en actual tramitación en el Congreso Nacional, en lo que respecta a la certeza jurídica.

En primer lugar, se expone una breve síntesis sobre la evolución histórica del Derecho de Aguas chileno y los orígenes y fundamentos del Código de Aguas de 1981. A continuación, se detallan las principales normas que rigen actualmente en esta materia, en particular en lo que concierne a la naturaleza, características y clasificación de los derechos de aprovechamiento de aguas. Finalmente, se presentan los principales inconvenientes que presenta el proyecto de ley en actual tramitación que pretende reformar el Código de Aguas (Boletín N°7543-12), específicamente en relación a la modificación que realiza a la naturaleza y características de estos derechos.

Se concluye, por tanto, que sin perjuicio de mejoras relativas a la gestión del recurso hídrico y a la institucionalidad, la certeza jurídica que otorga nuestra actual legislación es fundamental en aras de asegurar los incentivos correctos para el óptimo uso y aprovechamiento del recurso, y que los cambios que pretende introducir la reforma en actual tramitación en esta materia- además de ser inconstitucionales-, conllevan una serie de riesgos que pueden conducir precisamente a un desaprovechamiento del recurso.

1. INTRODUCCIÓN

La legislación chilena sobre aguas, vigente desde 1981, ha permitido un gran desarrollo en todas las actividades que son intensivas en el uso de este recurso, sin que se hayan producido cuellos de botella en su disponibilidad¹. Ello puede verse en los sectores de la agricultura, el hidroeléctrico, el minero y el sanitario, que han logrado notorios avances.

Conforme a la actual legislación, las aguas son consideradas bienes nacionales de uso público, pero el Estado puede conceder a los particulares derechos de aprovechamiento sobre ellas, los cuales son de propiedad de su titular. Asimismo, se trata de derechos cuya duración es indefinida y plenamente transferibles, siendo los mercados de aguas el instrumento de promoción de la reasignación del agua a usos de mayor valor. Estas características, junto a la especial protección constitucional de la cual gozan estos derechos de aprovechamiento, han sido elementos fundamentales para permitir el óptimo aprovechamiento del recurso y el desarrollo de las diversas actividades productivas.

Adicionalmente, cabe señalar que las referidas características se han mantenido pese a las diversas modificaciones posteriores que se han hecho al Código de Aguas de 1981 ("Código de Aguas"). Sin perjuicio de lo anterior, actualmente se tramita en el Congreso Nacional un proyecto de ley que pretende reformar el Código de Aguas, el que se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado ("Reforma al Código de Aguas"). Dicho proyecto de ley, originado en una moción parlamentaria del año 2011, ha sido objeto de dos Indicaciones Sustitutivas formuladas por la administración de la ex Presidenta Michelle Bachelet (2014) y por la del actual Presidente Sebastián Piñera (2019), respectivamente.

Uno de los aspectos que más debate ha suscitado tanto en la tramitación legislativa del proyecto de ley, como a nivel de expertos y sectores involucrados dice relación precisamente con la naturaleza y las características de los

derechos de aprovechamiento de aguas. Dicha pugna se manifiesta, además, en las Indicaciones Sustitutivas ya referidas.

Mientras la Indicación Sustitutiva de la ex Presidenta Bachelet planteaba una modificación al respecto -que fue, por lo demás, aprobada en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados y en dos Comisiones del Senado², en segundo trámite constitucional-, la propuesta del actual Ejecutivo consiste en mantener las características de libre transferibilidad, duración y no caducidad de los derechos de aprovechamiento de aguas, con el objeto de garantizar la certeza jurídica. Para este último, la solución al problema de la escasez del recurso hídrico por la que atraviesa nuestro país, y entre cuyas causas se pueden mencionar principalmente el fenómeno del cambio climático y la creciente demanda por el agua asociada a múltiples usos, no pasa por modificar estas características, sino más bien, por una adecuada gestión del recurso hídrico y cambios en la institucionalidad.

En el presente informe se pretende realizar una breve síntesis de la evolución que ha experimentado nuestra legislación en materia de aguas y de los fundamentos que motivaron la adopción del estatuto vigente. Luego, se exponen las principales normas que rigen en la materia y las ventajas que implica un mercado de aguas y el rol esencial que juega en ello la certeza jurídica en materia de protección de los derechos de aprovechamiento de aguas. Finalmente, se analizan los riesgos que implicaría la modificación que propone la reforma en actual tramitación respecto de esta materia.

¹ Domper (2005), p. 8.

² Dicha propuesta fue aprobada por la Comisión de Recursos Hídricos del Senado y recientemente, además, por la Comisión de Agricultura del Senado.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN CHILENA DE AGUAS

2.1 Primeros cuerpos normativos sobre las aguas

El primer texto legal promulgado por el Gobierno de la República de Chile sobre la utilización de las aguas fue un Decreto Supremo dictado por Bernardo O'Higgins en 1819, el cual define las dimensiones de un regador, forma de venta y responsabilidad de las bocatomas³. Asimismo, regula la servidumbre legal de acueducto⁴. Luego, la Ley de Municipalidades de 1854 contempla algunas normas referidas a las aguas, donde se puede apreciar que los legisladores consideraron todos los ríos como de uso común para todos los habitantes y se otorga a las municipalidades la jurisdicción para administrar las aguas comunes.

No obstante lo anterior, fue el Código Civil de 1855 el primer cuerpo normativo codificado que reguló las aguas. El artículo 595 consagraba el principio rector en materia de aguas superficiales, esto es, que "los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público", pero contemplaba una excepción: "las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstas a los herederos y demás sucesores de los dueños". En materia de aguas subterráneas, el Código Civil las trató en menor medida, aunque los autores las consideraban de dominio privado del dueño del terreno⁵. Asimismo, el Código Civil regulaba que el acceso a las aguas se realiza por la vía de "mercedes"⁶, las que se conceden por la autoridad competente⁷. De esta manera, por medio de una merced expresa, a una persona privada le era permitido adquirir bienes de dominio público⁸. En esta merced no se fijaban plazos ni condiciones y la única

limitación que existía era no ir en perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos sobre las mismas aguas.

Casi cien años después, tras algunas disposiciones normativas que se dictaron en el intertanto⁹ y algunos ensayos para codificar la legislación de aguas, fue promulgado el primer Código de Aguas en 1948, cuya vigencia quedó suspendida hasta promulgarse el Código de Aguas de 1951.

En el Código de Aguas de 1951 existe una continuación de los principios del Código Civil anteriormente señalados, considerándose las aguas bienes nacionales de uso público. Asimismo, este Código contempla una definición de derecho de aprovechamiento de aguas en su artículo 12 del siguiente tenor: "el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código"¹⁰. Así, entre las principales características de este derecho de aprovechamiento podemos señalar que se trataba de un derecho real, gratuito, ilimitado en el tiempo, de libre comerciabilidad, que sólo podía adquirirse en virtud de una merced otorgada única y exclusivamente por el Presidente de la República, que se podía utilizar para los fines para los cuales había sido concedido y caducable en ciertos casos excepcionales¹¹.

Al respecto, resulta importante señalar que tanto el Código de Aguas de 1951, como las disposiciones anteriores, reconocían la participación privada en la gestión de las aguas, entregándole a los privados una cuota importante de au-

³ Jiménez (2014), p.7

⁴ Ugarte (2003), p. 37.

⁵ Ugarte (2003), p.40.

⁶ Esta merced puede ser definida como "...el permiso concedido por la autoridad competente para extraer de los ríos y demás corrientes naturales consideradas como bienes nacionales de uso público, las aguas necesarias para usos agrícolas, industriales o fabriles". Definición dada por Alfredo Barros Errázuriz; Curso de Derecho Civil, Tomo I, pág. 396, citado en UGARTE (2003), p. 48.

⁷ Jiménez (2014), p.7.

⁸ Ugarte (2003), p.42.

⁹ Por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil de 1902 contempló un procedimiento especial para la distribución de las aguas de los cursos de aguas públicas. Ver en Ugarte (2003), p. 53.

¹⁰ Jiménez (2014), p.7.

¹¹ Ugarte (2003), p. 63.

tonomía en la gestión local del recurso. Ejemplo de ello es la Ley de Aguas de 1908 que reconoció la existencia de asociaciones de canalistas que, sin injerencia del Estado, distribuían el recurso hídrico; y luego, el Código de Aguas de 1951, reconoció la existencia de aguas privadas y creó el sistema de mercedes para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento sobre las aguas públicas¹².

Luego, con la publicación de la Ley N°16.640, de Reforma Agraria, se modificó la concepción y estructura de los derechos de aprovechamiento de aguas del Código de Aguas de 1951, dando lugar así al Código de Aguas de 1967. Este último Código, debido a su contexto político más centralizador, refuerza el concepto de las aguas como dominio público y se “cambia la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento”, consistiendo esta nueva naturaleza jurídica “en darle a éste el carácter de un derecho real administrativo”, eliminándose, en consecuencia, la facultad de disposición respecto del derecho. En efecto, el nuevo artículo 12 modificado disponía lo siguiente: “el derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo, que recae sobre las aguas y que consiste en su uso, con los requisitos y en conformidad a las reglas del presente Código”. Así las cosas, los derechos de aprovechamiento pasan a ser administrativos caducables y el proceso de reasignación del agua los somete a planificación para ser ejecutados mediante la “tasa de uso racional y beneficioso”¹³.

2.2. Orígenes y fundamentos de la regulación vigente

La regulación actual de las aguas en Chile tiene su origen en tres cuerpos normativos: el Decreto Ley N° 2.603, de 1979 (“DL N° 2.603”); la Constitución Política de la República de 1980 (“CPR”); y el Código de Aguas de 1981.

El DL N° 2.603, que modificó el Acta Constitucional N°3, restituyó a los titulares de derechos de aprovechamiento la propiedad sobre ellos y facultó al Presidente de la República para dictar las normas necesarias para el establecimiento de un nuevo régimen, pudiendo modificar o reemplazar, total o parcialmente, el Código de Aguas y demás normas atinentes a la materia¹⁴. El DL N° 2.603 estableció entonces expresamente que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.” Dicho texto se recogió finalmente en forma íntegra en la CPR, en el inciso final del artículo 19 N° 24, el cual rige hasta hoy.

Ahora bien, la consagración de dicha norma en la CPR no fue un tema simple. De hecho, algunos miembros de

la Subcomisión de Derecho de Propiedad de la Comisión Órtuzar manifestaron dudas respecto a incluir en la Constitución normas relativas a las aguas¹⁵. Lo anterior llevó a que se considerara una reseña histórica sobre la situación jurídica de las aguas en Chile, para luego examinar si se justificaba o no la existencia de normas constitucionales sobre las aguas.

Sobre el particular, para algunos miembros de la subcomisión referida, la naturaleza de “derecho real administrativo” que consagró la reforma de 1967, post Ley de Reforma Agraria, precarizó los títulos de derechos sobre las aguas, pues terminó con el derecho de dominio que existía sobre el aprovechamiento de las aguas. En efecto, este derecho real administrativo quedaba sujeto a que, en cualquier momento, por una resolución fundada de la Dirección General de Aguas (“DGA”), el Presidente de la República ordenara la distribución de las aguas de una determinada cuenca u olla hidrográfica entre los distintos regantes, estableciendo lo que se denomina “tasa de uso racional y beneficioso” para cada uno de ellos y extinguiendo, por lo tanto, el goce que estos mismos tengan sobre las aguas con que hasta ese momento regaban.

En palabras de José María Eyzaguirre G. -presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad- “lo anterior ha ocasionado las más graves consecuencias en materia del régimen de aguas en nuestro país. Como prácticamente no existe hoy día un estatuto jurídico respecto de las aguas, se da que las más importantes cuencas, sobre todo las artificiales, y con las que se riegan los más importantes valles de Chile, como, por ejemplo, los valles del Aconcagua, del Maipo o del Cachapoal, de los cuales salen una serie de canales, tienen hoy día una serie de derechos constituidos desde hace muchos años, pero que carecen de toda vigencia. Existen en ellos asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia, organizadas bajo el amparo del antiguo Código pero, reitera, todos esos derechos, muchos de los cuales se encuentran inscritos desde antiguo, han quedado hoy día absolutamente sin vigencia alguna. Ahora, no existe derecho real de aprovechamiento sobre las aguas -salvo el que se califica de “administrativo”¹⁶. Agrega que “es sabido que el problema del estatuto jurídico de las aguas no es entera o íntegramente de rango constitucional; pero las bases principales sí que lo son, dada la tradición histórica que el régimen de las aguas ha tenido en Chile y dado el grave daño que, en su concepto, se causa a la economía del país no estableciendo un régimen claro que pudiera empezar a aplicarse en forma absolutamente normal y que adquiera ya una especie de rutina en relación con la constitución del derecho de aprovechamiento, con su naturaleza, con la forma de transferirlo, de darlo en garantía, etcétera; en otras

12 Jiménez (2014), p.7

13 Ídem.

14 Ugarte (2003), p. 71.

15 Historia de la Ley Artículo 19N°24 Constitución Política de la República, p. 847.

16 Ibidem, pp.848-849.

palabras, todo el régimen jurídico de la propiedad privada tocante a las aguas¹⁷.

Por ello, estimó necesario establecer la posibilidad de constituir un derecho de aprovechamiento que tuviera el carácter de propiedad para su beneficiario. Sin embargo, y dado que las aguas son un recurso escaso de enorme importancia, no podía tratarse de un derecho de propiedad muy rígido, sino que debía combinarse este derecho de los particulares con la posibilidad que debía tener el Estado, dentro de ciertos límites, de administrar este recurso.

Concordando con dicha apreciación, para Sergio Díez, fijar algunos principios constitucionales sobre las aguas resultaba indispensable, por la importancia que en Chile tienen las aguas, que es distinta de la que poseen en otros países; y esto hacía necesaria una disposición de jerarquía fundamental para lograr dos objetivos: la propiedad y la función social¹⁸.

Tras un debate exhaustivo en relación a la conveniencia de incorporar esta regulación en la Constitución, y en particular qué preceptos incluir en ella, finalmente se optó por una regulación breve y enfática. Tal como lo decía Alejandro Silva Bascañán, una regulación “destinada a manifestar la voluntad del constituyente de dar derechos muy firmes a los titulares en relación a las aguas¹⁹ y así, no dejar vigente la legislación que había terminado con ellos.

Respecto de la disposición que fue finalmente incorporada en la Constitución, se estimó que estaba bien hablar de “los derechos de los particulares sobre las aguas” y no referirse a los derechos de aprovechamiento, pues esa terminología aludía a una legislación, que según se consideró unánimemente, había causado un grave perjuicio económico, especialmente a la agricultura. Por lo demás, con el empleo de los términos “derechos de los particulares” se reforzaba el carácter de derecho real, ya no administrativo, sino civil, que se daba al derecho de aprovechamiento. En cuanto a la frase “reconocidos o constituidos por ley”, con ella se pretendió amparar y darle jerarquía a los derechos en ese momento existentes, que habían sido constituidos conforme a la ley. Por último, la norma concluye concediendo la propiedad sobre tales derechos, dándoles así la mayor certeza y seguridad: El derecho de aprovechamiento, queda entonces sujeto a las limitaciones del derecho común, sin establecer limitaciones especiales en el texto constitucional (sesiones 183 y 184)²⁰.

Por tanto, fue la Constitución de 1980 la que estableció la base jurídica primaria para construir un nuevo ordena-

miento de las aguas, que se consolidó posteriormente en el Código de Aguas de 1981. En efecto, el Código de Aguas vino a sistematizar la regulación sobre las aguas, definiéndolas como bienes nacionales de uso público y al derecho de aprovechamiento como un derecho real que recae sobre las aguas de dominio de su titular.

De esta manera, como se puede ver, “antes de la reforma al Código de Aguas de 1981, los derechos de aprovechamiento no eran tales, sino meras “mercedes” otorgadas por el Estado, en un acto revocable, por lo que cualquiera que empleara eficientemente el recurso, no podía beneficiarse de su propia eficiencia, sino por el contrario, se arriesgaba a que la autoridad estimara que ya no necesitaba tanta agua y le redujera sus mercedes. Después de la reforma, en cambio, quien usa el agua con más eficiencia, puede beneficiarse ya sea dando al agua ahorrada otros usos rentables, o simplemente, vendiendo aquella parte de sus derechos que ya no necesite. Así se logró introducir un incentivo a la mayor eficiencia en el aprovechamiento del recurso hídrico²¹.

Tal como señala Mayntz, “en los primeros años de la década de los ochenta, los principios del mercado fueron examinados mayormente como la alternativa más eficaz respecto a la regulación de las políticas ambientales de los Estados Unidos. En aquel período, tales principios se convirtieron en la columna de la ideología política del neoliberalismo y del thatcherismo, promoviendo la desregulación y la privatización como medios para estimular el crecimiento y para incrementar la eficiencia económica”. Así las cosas, este modelo fortaleció la calidad de bien productivo de las aguas, entendido como un bien económico necesario para el desarrollo del país y que, en consecuencia, tiene el mismo tratamiento que el resto de los bienes²².

En otras palabras, esta nueva legislación de aguas tenía como propósito “crear [sólidos] derechos... de propiedad, no sobre el agua misma sino sobre el uso de las aguas, y facilitar por todos los medios el funcionamiento ordenado del mercado”, ya que “el problema va a persistir mientras no se deje funcionar al mercado, para lo cual es fundamental previamente ir al reconocimiento cabal de los derechos de propiedad en el sector de las reglas del mercado (Büchi, 1993)²³.”

En consecuencia, y como era previsible, una vez que entró en vigencia el nuevo diseño, la seguridad jurídica dada por el nuevo mecanismo de asignación y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas junto a regulaciones que incentivaban la participación del rol privado, permitieron la proliferación de diversas peticiones para constituir

17 Ibidem, p.850.

18 Ibidem, p. 851.

19 Ibidem, p. 878.

20 Ugarte (2003), p.71.

21 Domper (2005),p.9.

22 Cannoni y Crocco (2017), p.77.

23 Peña (2004), p. 13.

derechos de aguas no consuntivos. Uno de los sectores que reaccionó con mayor rapidez fue el sector hidroeléctrico, dando lugar al desarrollo de importantes proyectos de inversión en generación hidroeléctrica.

En definitiva, la normativa de aguas de los años 1979, 1980 y 1981 permitió y ha permitido el desarrollo de actividades e inversiones que hacen uso del agua y ha fomentado la utilización eficiente de la misma, virtud reconocida por el propio Banco Mundial en el informe "Chile: Diagnóstico de la Gestión de los Recursos Hídricos" de marzo de 2011²⁴.

2.3. Modificaciones posteriores al Código de Aguas de 1981

La evaluación de la implementación del Código de Aguas reveló la necesidad de resolver algunos problemas, tales como la necesidad de reconciliar mejor el impacto de los incentivos de base económica con la protección del interés público; la importancia de equilibrar la función del Estado en la gestión de un recurso complejo -crucial para el desarrollo- con el fomento de la iniciativa privada y la transparencia en la gestión y evitar la concentración monopólica de los derechos de aprovechamiento de aguas²⁵. Entonces comenzó un proceso con decisiones de los organismos antimonopólicos, resoluciones judiciales y de legislación, el que culminó con la reforma del año 2005.

En efecto, el año 2005 mediante la Ley N° 20.017, se reformó el Código de Aguas, introduciéndose cambios importantes en la legislación. Entre los elementos positivos de esta ley se puede señalar, a modo de ejemplo, la incorporación de herramientas para una adecuada gestión de los acuíferos y del sistema de remate para las solicitudes de exploración de aguas subterráneas. Por el contrario, entre los elementos a nuestro juicio negativos introducidos por esta ley se encuentran algunas normas que otorgan mayo-

res grados de discrecionalidad a la autoridad administrativa y el establecimiento de una patente por no uso que han de pagar aquellos titulares de derechos de aprovechamiento que no los estuvieran utilizando. Aun cuando esta última norma se perfeccionó durante la tramitación legislativa de dicha reforma, disminuyéndose su efecto expropiatorio, la patente por no uso "no es un buen mecanismo para incentivar la utilización eficiente del recurso y tampoco asegura que los derechos se asignen finalmente a quien más los valora. No se logra tampoco el objetivo de la autoridad al incorporarlo, que fue evitar el acaparamiento del recurso y su especulación"²⁶.

Con posterioridad a la Ley N° 20.017 del año 2005, se han dictado otras leyes que han introducido modificaciones específicas al Código de Aguas, pero ninguna de la envergadura de la reforma del 2005. No obstante lo anterior, es importante señalar que ninguna de las modificaciones posteriores efectuadas al Código de Aguas de 1981, ha alterado la naturaleza y las características de duración indefinida y libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas consagradas en dicho Código y en la Constitución.

²⁴ Jiménez (2014), p.8.

²⁵ Banco Mundial (2013), p. 10.

²⁶ Domper (2005), p.38.

3. NORMATIVA VIGENTE

Tras una breve referencia a los principales cambios que ha experimentado el Derecho de Aguas chileno, corresponde hacer referencia al estatuto vigente y las características actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas.

En términos generales, el actual sistema consagra el sistema concesional de los derechos de aguas, pues éstas siguen manteniendo su condición de bienes nacionales de uso público. No obstante, estos derechos gozan de una amplia protección, de un marco jurídico especial y pueden ser libremente transferidos²⁷. Dicho de otro modo, “si bien las aguas son consideradas bienes del dominio público (“bienes nacionales de uso público”, en la terminología legislativa chilena), el Estado-Administración crea a favor de los particulares un “derecho de aprovechamiento” sobre las aguas, derecho que tiene las mismas garantías constitucionales de la propiedad. En virtud de este derecho los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad”²⁸.

En concreto, conforme a la actual legislación, la cantidad de agua que es posible extraer desde fuentes naturales se regula con el otorgamiento y tenencia de los derechos de aprovechamiento de aguas. En caso que no queden aguas disponibles en una fuente determinada, la autoridad debe abstenerse de constituir nuevos derechos de aprovechamiento sobre ellas y es el mercado el que opera como principal mecanismo de reasignación del recurso²⁹.

El artículo 5º del Código de Aguas -en sintonía con lo dispuesto en el artículo 595 del Código Civil-, establece que las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellos, en conformidad a las disposiciones del Código de Aguas.

A su vez, el artículo 6º del referido cuerpo legal dispone que el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

En lo que respecta a la constitución del derecho de aprovechamiento, ésta se sujeta al procedimiento estatuido en el párrafo 2º del Título I, del Libro II del Código de Aguas, y a aquellos derechos de aprovechamiento de aguas inscritos en los Registros de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces, se les aplicarán todas las disposiciones que rijan la propiedad raíz inscrita -que se encuentra en el Código Civil-, en cuanto no hayan sido modificadas por el Código de Aguas.

El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por la renuncia a los mismos y además, por las causas y en las formas establecidas en el derecho común, tales como la prescripción adquisitiva del derecho a favor de un tercero, en la medida que se cumplan los requisitos legales³⁰ o bien, la extinción del objeto sobre el cual recae el dominio. En consecuencia, la normativa vigente establece una duración indefinida para los derechos de aprovechamiento de aguas.

Asimismo, estos derechos gozan de una especial protección constitucional, toda vez que el artículo 19 N°24 de la CPR que asegura a todas las personas el derecho de propiedad, dispone en su último inciso que los derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.

²⁷ Vergara (1998), p. 161.

²⁸ Vergara (1998), p.162.

²⁹ Valenzuela, C. y Silva, A. (2019), p.76.

³⁰ Sobre este punto, el artículo 21 del Código de Aguas señala que la transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código. Al respecto, aun cuando el artículo 2505 del Código Civil señala expresamente que “contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo”; existe una norma especial en el Código de Aguas, contemplada en el artículo 2º transitorio que permite a quienes se encuentren utilizando derechos de aguas inscritos a nombre de otra persona, “regularizarlos” y solicitar se inscriban a su nombre, en la medida que se cumplan determinados requisitos, entre los que se encuentra el uso ininterrumpido de los derechos por un período de 5 años.

En consecuencia, de acuerdo al ordenamiento vigente, los titulares son dueños de sus derechos de aprovechamiento de aguas, no del recurso hídrico, el cual está establecido como un bien nacional de uso público.

3.1. Características de los derechos de aprovechamiento de aguas

Tal como se enunció previamente, el derecho de aprovechamiento de aguas tiene características particulares. Entre las principales características se pueden señalar las siguientes:

1. **Es un derecho real:** el mismo Código de Aguas así lo define expresamente en su artículo 6°, al consagrar que el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el mismo Código. Luego, agrega que dicho derecho es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 577 del Código Civil define derecho real como el que tenemos sobre una cosa respecto a determinada persona, para luego enumerar como derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. Sin embargo, dicha lista no es taxativa, por lo cual se permite que existan otros derechos reales en otros cuerpos normativos.

Ahora bien, hay autores que califican el derecho de aprovechamiento de aguas como un derecho real "sui generis", por cuanto se trata de una figura jurídica propia de una rama del derecho que, al independizarse del campo civil, ha buscado crear instituciones integradas por elementos que se avengan con su naturaleza³¹.

2. **Recae sobre un bien nacional de uso público como lo es el agua:** el agua, como recurso natural, es un bien nacional de uso público, lo cual significa que su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación. Esto se encuentra consagrado tanto en el Código Civil, como en el Código de Aguas.
3. **Es un derecho principal:** el derecho de aprovechamiento tiene vida jurídica independiente y no se encuentra subordinado a otro.
4. **Es un derecho de libre disposición.**

5. **Es un derecho independiente del terreno al cual accede:** el titular del derecho de aguas puede separar el agua del terreno y transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra.
6. **Se expresa en volumen por unidad de tiempo.**
7. **Puede hipotecarse, ser embargado u objeto de medidas precautorias, con independencia del inmueble al cual estuviere destinado.**
8. **Su uso o ejercicio no es obligatorio:** así, no existe la obligación de construir las obras necesarias para aprovechar el agua a la que se tiene derecho. En efecto, el artículo 9 del Código de Aguas establece que el que goza de un derecho de aprovechamiento puede hacer, a su costa, las obras indispensables para ejercitarlo.
9. **No está asociado a usos específicos para el agua:** por tanto, el recurso puede ser utilizado en cualquier destino, lo que permite la libre transacción de los derechos de agua. En otros términos, el destino puede no ser el primitivamente asignado, posibilitando libres cambios de usos de las aguas³².
10. **Es de duración indefinida:** al respecto, este derecho, sobre el cual se tiene dominio no puede extinguirse sino por la renuncia de su titular y por las causas de derecho común (art. 129, Código de Aguas), entre las cuales la legislación no contempla la caducidad por acto de autoridad³³. Sin embargo, el Estado puede expropiar derechos de aguas superficiales cuando sea necesario para satisfacer menesteres domésticos de una población, por no existir otros medios para obtener el agua, según lo establece el propio Código de Aguas.
11. **Conlleva la facultad de imponer servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes.**

3.2. Clasificación de los derechos de aprovechamiento de aguas

El artículo 12 del Código de Aguas clasifica los derechos de aprovechamiento de aguas en las siguientes categorías que se exponen a continuación:

- **Derechos consuntivos o no consuntivos**
 - Derechos de aprovechamiento consuntivos son aquellos que facultan a su titular para consumir totalmen-

³¹ Ugarte (2003), p. 108.
³² Vergara (1998), p.162.
³³ Idem.

te las aguas en cualquier actividad. Conforme señala el artículo 313 del Código de Aguas, son derechos de aprovechamiento consuntivo los que emanen de mercedes concedidas por la autoridad competente sin obligación de restituir las aguas; los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada y; los derechos ejercidos con la calidad de consuntivos durante cinco años, sin contradicción de terceros.

- Derechos de aprovechamiento no consuntivos son aquellos que permiten emplear el agua sin consumirla y obligan a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del mismo. La extracción o restitución de las aguas se hará siempre de forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades.

- **Derechos de ejercicio permanente y de ejercicio eventual**

- Derechos de ejercicio permanente son aquellos que se otorgan con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, así como los que tengan esta calidad con anterioridad a su promulgación. Estos facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerla en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alicuotas.
- Derechos de ejercicio eventual son todos aquellos que no son de ejercicio permanente y sólo facultan, en cambio, para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente. El ejercicio de estos derechos eventuales queda subordinado al ejercicio preferente de los derechos de la misma naturaleza otorgados con anterioridad.

- **Derechos de ejercicio continuo, discontinuo o alternado**

- Derechos de ejercicio continuo son aquellos que permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las 24 horas del día. Ellos constituyen la regla general, toda vez que si el acto de constitución no dice otra cosa, se presume que el derecho de aprovechamiento es de ejercicio continuo.
- Derechos de ejercicio discontinuo sólo permiten usar el agua durante determinados períodos.

- Derechos de ejercicio alternado son aquellos en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan.

Además de las categorías señaladas en el artículo 12, es importante hacer referencia a la clasificación de los derechos según su origen, esto es, entre derechos “constituidos” y derechos “reconocidos”. Según explica Alejandro Vergara³⁴:

- Derechos “constituidos” son aquellos que han surgido de una concesión, es decir, de un acto de autoridad; o sea, aquellos usos que han sido autorizados en virtud de un acto constitutivo de la administración: son derechos surgidos de una concesión de aguas (o “merced” de aguas, en la antigua terminología).
- Derechos “reconocidos” son aquellos que surgen como tales en cuanto la legislación, el ordenamiento jurídico, reconoce la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas, o de las que se encuentran en una situación especial. Son, a su vez, de varias clases.

Lo importante es que tanto los derechos constituidos como los derechos reconocidos gozan de la misma protección constitucional.

³⁴ Vergara (1998), p.168.

4. VENTAJAS DE LA NORMATIVA ACTUAL Y DE LOS MERCADOS DE AGUAS

Una vez ya revisados los fundamentos que motivaron el cambio de modelo con el Código de Aguas de 1981 y las principales características que tienen los derechos de aprovechamiento de aguas bajo el marco normativo vigente, corresponde analizar cuáles son las ventajas de la regulación actual que permite la reasignación del recurso a través de los mercados de aguas.

Existe cierto consenso entre diferentes autores y expertos en la materia en que los mercados de aguas han respondido de manera positiva a la generación de la mayor utilidad económica y aprovechamiento óptimo del recurso. Las ganancias de eficiencia derivadas de la operación de los mercados de aguas pueden ser muy importantes para la sociedad, siempre y cuando el recurso se asigne a las actividades que efectivamente generen mayor valor y/o bienestar. Asimismo, los mercados de aguas tienden a favorecer la inversión privada tanto en infraestructura, como en técnicas ahorradoras de este recurso, en la medida que los agentes privados puedan apropiarse de las ganancias de eficiencia que estas inversiones significan al costo de oportunidad vigente³⁵.

Sobre este punto, Humberto Peña, ex Director General de Aguas entre los años 1994 y 2006, señala que "los resultados observables de la aplicación del nuevo Código- Código de Aguas de 1981- han sido exitosos y concordantes con lo previsto, en especial en aquellas zonas donde el agua es un recurso muy escaso y, por tanto, de alto valor. En efecto, por ejemplo, resulta fácil constatar el elevado grado de eficiencia de aprovechamiento del agua que ha alcanzado el sector minero; la eficiencia a nivel predial alcanzada en el uso agrícola en los valles del norte chico; y las cuantiosas inversiones realizadas por el sector privado para el alumbramiento de aguas subterráneas"³⁶. Para éste, el mecanismo de mercado ha sido adecuado para producir una trans-

ferencia de aguas hacia demandas fuertemente crecientes y que presentan un alto beneficio social y económico.

Asimismo, otro aspecto importante se refiere a las consecuencias que este marco normativo tiene en la gestión de los recursos hídricos durante los períodos de sequía. La experiencia al respecto muestra las ventajas que los usuarios asuman directamente la responsabilidad de sus decisiones de abastecimiento durante dichos períodos críticos. Esto se pudo comprobar en la sequía que afectó a buena parte de la zona central durante los años 1995-1996 y 1998-1999, la cual fue resuelta de buena manera con una mínima intervención estatal, si se la compara con el manejo de la sequía de 1968³⁷. En efecto, en períodos de sequía, la libre transferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas ha resultado ser un procedimiento eficaz para radicar, aunque sea transitoriamente, los recursos disponibles en aquellos usos más rentables³⁸.

En palabras de Peña, "en síntesis, visto el proceso en perspectiva, su mayor beneficio ha sido la forma fluida y armónica en que se han podido transferir recursos de agua, generalmente subutilizados, hacia aprovechamientos con mayores beneficios, proceso que habría sido con seguridad extraordinariamente conflictivo e ineficiente si se hubiera operado con un sistema centralizado"³⁹.

En definitiva, la experiencia ha demostrado las ventajas que tienen los mercados de aguas, y en ese sentido, el rol que juega la certeza jurídica, y en especial, la duración indefinida de los derechos de aprovechamiento que consagran la actual legislación, resultan fundamentales. En efecto, ambos son factores clave para promover inversiones en sectores de gran potencial para el crecimiento del país que dependen de manera importante del uso del recurso hí-

³⁵ Valenzuela, C. y Silva, A. (2019), p.76.

³⁶ Peña (2004), p. 15.

³⁷ Ibidem, p. 16.

³⁸ Ibidem, p. 17.

³⁹ Ibidem, p. 18.

drico. Es necesario que los derechos de aprovechamiento sean de duración indefinida para dar certeza al inversionista que cuando le aprueben su proyecto podrá contar con el agua como insumo, siempre que esté cumpliendo con todas las normas⁴⁰.

Adicionalmente, la certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento permite favorecer también las ventajas de los instrumentos económicos para adaptarse al cambio climático. Al aumentar la variabilidad en la disponibilidad de agua, se hace más difícil proyectar cuándo, dónde y en cuánto cambiarán las disponibilidades y, por lo tanto, las necesidades de agua. Como consecuencia se requerirán reasignaciones cada vez más frecuentes y los instrumentos económicos justamente dan más flexibilidad y rapidez para poder reasignar el agua a diferentes usos, especialmente en comparación con un proceso más administrativo para asignar derechos de aprovechamiento de aguas centralizadamente. Tal como se dijo anteriormente, la certeza jurídica hace que el titular tenga todos los incentivos para ahorrar el agua, lo cual es clave para hacer frente a situaciones de sequía. Finalmente, otro ejemplo de las ventajas de contar con certeza jurídica en los derechos de aprovechamiento de aguas es poder usarlos como una garantía para obtener créditos de instituciones financieras, lo cual es especialmente importante para los agricultores⁴¹.

Existe, por tanto, contundente evidencia de que los instrumentos económicos son un mecanismo eficiente. Sin embargo, existen casos puntuales en los que se requiere la intervención del Estado, para las cuales nuestra legislación ya contempla herramientas, tales como son el establecimiento de áreas de restricción y zonas de prohibición, la expropiación de los derechos de aprovechamiento de aguas a valor de mercado y la constitución de reservas.

En la misma línea sobre las ventajas de los mercados de aguas y la necesidad de formular propuestas para mejorarlos, se pronunció el Banco Mundial en el informe que le fue encargado por el Gobierno de Chile sobre el diagnóstico de la gestión de recursos hídricos y recomendaciones para enfrentar los problemas de escasez hídrica. Entre las recomendaciones más atingentes se encuentran la de "mejorar los mercados del agua evitando la alta dispersión de precios por falta de información y transparencia." (Banco Mundial 2011, 2013).

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertas problemáticas asociadas que pueden obstaculizar los efectos positivos de los mercados, tales como el sobreotorgamiento inicial de derechos de aprovechamiento, escasa transparencia y acceso a la información, competencia limitada, entre otros. En ese sentido, y siguiendo las recomendaciones del Banco Mundial, se requieren mercados transparentes y certeza jurídica respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas que se transan.

⁴⁰ Libertad y Desarrollo (2019), p. 4.

⁴¹ *Ibidem*, pp.4-5.

5. REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS

5.1 Antecedentes de la Reforma al Código de Aguas

El proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N°7543-12) que se encuentra en actual discusión en el Congreso Nacional tiene su origen en una moción parlamentaria ingresada a tramitación en marzo del año 2011. Sin embargo, fue recién el año 2014, tras el ingreso de una indicación sustitutiva de la ex Presidenta Bachelet, que se agilizó su tramitación.

La indicación formulada por la administración anterior introducía diversas modificaciones a la legislación vigente que generaron profundas aprensiones y críticas desde los sectores productivos. Entre las modificaciones más sustanciales que fueron aprobadas tanto en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados, como por la Comisión de Recursos Hídricos del Senado, en segundo trámite constitucional -y recientemente por la Comisión de Agricultura del Senado, como se expondrá más adelante- se puede señalar el cambio radical de la concepción de los derechos de aprovechamiento de aguas, que altera sustantivamente el derecho de propiedad vigente.

Al respecto, se propuso una nueva definición de los derechos de aprovechamiento de aguas, pasando de ser derechos de duración indefinida a derechos con extensión temporal limitada a un máximo de 30 años, prorrogables a menos que la Dirección General de Aguas ("DGA") acredite el no uso efectivo del recurso. En el mismo tenor, se estableció expresamente que estas concesiones caducarán por el sólo ministerio de la ley si no se hace un uso efectivo del recurso en un plazo de cinco o de diez años, según tengan el carácter de derechos consuntivos o no consuntivos, contado desde su otorgamiento. Si bien estos plazos fueron aumentados por la Comisión de Recursos Hídricos del Senado (de cuatro a cinco años, y de ocho a diez años, respectivamente), lo cierto es que dichas causales de caducidad afectan de modo significativo la certeza necesaria para desarrollar cualquier proyecto.

Lo anterior se agrava también si se considera que se aprobó un artículo transitorio que, si bien en su inciso primero establece expresamente que los derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos o constituidos antes de la publicación de la ley continuarán estando vigentes y mantendrán su carácter de indefinidos en el tiempo, luego, en su inciso segundo, determina que los dueños o titulares de dichos derechos quedarán sujetos a todas las demás disposiciones del Código de Aguas y podrán extinguirse por su no uso y caducar por su no inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

En este contexto, y teniendo en consideración las falencias del proyecto en tramitación, especialmente en lo que respecta al debilitamiento del derecho de propiedad y falta de antecedentes técnicos para una mejora en la gestión de los recursos hídricos, el actual Gobierno decidió presentar una indicación sustitutiva al proyecto de ley en su segundo trámite constitucional en enero de 2019, cuyos detalles se expondrán a continuación.

5.2. Indicación Sustitutiva formulada por el Presidente Piñera⁴²

Frente al problema de escasez hídrica que enfrentan varias regiones de nuestro país y ante los desafíos que impone el cambio climático y la necesidad de una adecuada gestión del recurso hídrico, en enero de 2019, el gobierno del Presidente Sebastián Piñera ingresó una indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. El principal objetivo de esta indicación era otorgar certeza jurídica y seguridad hídrica en el acceso al agua, priorizando el consumo humano y la conservación.

Con el propósito de cumplir dichos objetivos, la indicación se estructuró en nueve ejes:

⁴² En la Comisión de Agricultura del Senado se optó por tramitar esta "indicación sustitutiva" como "indicaciones" presentadas al proyecto de ley.

1. Seguridad hídrica para usos múltiples.
2. Gestión sustentable de aguas subterráneas.
3. Prioridad al consumo humano.
4. Conservación y uso no extractivo del agua.
5. Certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas.
6. Incremento de las patentes por no uso para desincentivar la especulación.
7. Agilizar y simplificar la gestión de expedientes.
8. Fortalecer las organizaciones de usuarios de aguas.
9. Fortalecer la institucionalidad, la toma de decisiones y la coordinación interministerial.

Sin perjuicio de algunas medidas no recomendables, como lo es el incremento significativo de las patentes por no uso para desincentivar la especulación de los derechos de aprovechamiento de aguas, la gran mayoría de las medidas que se propusieron en la indicación sustitutiva apuntan en la dirección correcta y recogen de cierta forma las recomendaciones que hizo el Banco Mundial en materia de gestión de recursos hídricos. La promoción y reconocimiento de usos no extractivos del agua, la elaboración de planes estratégicos de recursos hídricos, la creación de una nueva institucionalidad que vele por el sustento técnico en la toma de decisiones, el fortalecimiento de las organizaciones de usuarios, son algunos buenos ejemplos.

Ahora bien, en lo que respecta al propósito de asegurar la certeza jurídica a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, es especialmente valorable que la indicación del actual Ejecutivo mantenga las características de duración, transferibilidad y de no caducidad de los derechos que se contemplan en la actual legislación. Lo anterior, por cuanto en un modelo de gestión del agua con participación privada, es fundamental que exista certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas para que cada actor asuma los costos derivados de la escasez hídrica, tales como posibles reducciones temporales de extracción o inversiones en infiltración de aguas, con el objeto de obtener beneficios en el mediano y largo plazo⁴³.

En ese sentido, compartimos la visión del Ejecutivo en cuanto a que el problema de disponibilidad de agua no se resuelve, como pretendía la administración anterior, con una modificación al Código de Aguas que limita la constitución y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, sino que con medidas que apunten a una adecuada gestión del recurso. En apoyo de lo anterior, en el texto de la Indica-

ción se establece que, al analizar las cifras de uso del agua, no más del 12% se destina a consumo humano, y que en regiones relativamente lluviosas también existen importantes problemas de abastecimiento de aguas, lo que demuestra que parte de las soluciones deben apuntar a mejorar la gestión, más que modificar la normativa legal⁴⁴.

Incluso más, la duración indefinida de los derechos de aprovechamiento de aguas, tanto de los ya constituidos como los nuevos derechos, resulta esencial para el desarrollo de obras de riego, embalses, nuevas tecnologías, entre otros proyectos que tardan años en poder desarrollarse o construirse, pues les permite a sus titulares planificar a largo plazo⁴⁵.

En consecuencia, resulta evidente que en su conjunto las modificaciones propuestas en la indicación sustitutiva del Presidente Piñera constituyen un avance respecto de la propuesta planteada por la administración anterior que básicamente otorgaba discrecionalidad al Estado para caducar derechos, sin criterios, requisitos ni procedimientos claros⁴⁶.

5.3. Estado actual de la Reforma: texto aprobado por la Comisión de Agricultura del Senado⁴⁷

Después de más de un año de discusión legislativa del texto aprobado por la Comisión de Recursos Hídricos, de la indicación sustitutiva del actual Gobierno y de numerosas indicaciones formuladas por parlamentarios, la Comisión de Agricultura del Senado despachó en marzo de este año el proyecto de ley, el cual será analizado ahora por la Comisión de Constitución del Senado.

Lamentablemente, en cuanto a la naturaleza, características y duración de los derechos de aprovechamiento de aguas, la Comisión rechazó la propuesta del Ejecutivo, acogiendo, en consecuencia, el texto aprobado por la Comisión de Recursos Hídricos del Senado que recoge la proposición de la administración anterior, con algunas variaciones. Para efectos ilustrativos, en la siguiente tabla se comparan los principales artículos vigentes que se refieren a la naturaleza de los derechos de aprovechamiento de aguas con los nuevos artículos aprobados por la Comisión de Agricultura del Senado, en segundo trámite constitucional.

⁴³ Libertad y Desarrollo- Reseña Legislativa (2019), p.16.

⁴⁴ Ídem. Entre las soluciones que propone el Gobierno actual para solucionar el desabastecimiento hídrico se encuentran las siguientes: Planes de Gestión Hídrica en cada cuenca; inversión en embalses, tranques y sistemas de la Dirección de Obras Hidráulicas; un mayor rol de las organizaciones de usuarios en la gestión del agua; fortalecimiento de la toma de decisiones de la Dirección General de Aguas para lidiar con los intereses de los múltiples usuarios; control y fiscalización más efectivo de las extracciones; simplificar y agilizar los procedimientos de tramitación de nuevos derechos y las regularizaciones de usos consuetudinarios; que los derechos de agua puedan ser objeto de expropiación, a valor de mercado tanto para conservación ambiental, tal como ya puede hacer para consumo humano bajo el Código Vigente.

⁴⁵ Ibidem, p.17.

⁴⁶ Libertad y Desarrollo-Tema Público N°1403-2 (2019), p. 6.

⁴⁷ Se considera el estado actual hasta el texto aprobado por la Comisión de Agricultura del Senado, en segundo trámite constitucional, según comparado publicado en el sitio web del Senado el 27 de marzo de 2020.

Artículo	Código de Aguas vigente	Texto aprobado por la Comisión de Agricultura del Senado
5°	<p>Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código.</p>	<p>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.</p> <p>En función del interés público, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código.</p> <p>Para estos efectos, se entenderán comprendidas bajo el interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas.</p> <p>El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.</p> <p>No se podrán constituir derechos de aprovechamiento en glaciares.</p> <p>En el caso de los territorios indígenas, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo a las leyes y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.</p>
6°	<p>El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.</p> <p>El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.</p> <p>Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante escritura pública que se inscribirá o anotará, según corresponda, en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. El Conservador de Bienes Raíces informará de lo anterior a la Dirección General de Aguas, en los términos previstos por el artículo 122. En todo caso, la renuncia no podrá ser en perjuicio de terceros, en especial si disminuye el activo del renunciante en relación con el derecho de prenda general de los acreedores.</p>	<p>El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código o por el solo ministerio de la ley.</p> <p>El derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión será de treinta años, el cual se concederá de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, según corresponda. En caso que la autoridad considere que el derecho de aprovechamiento deba otorgarse por un plazo menor, deberá justificar dicha decisión por resolución fundada. Con todo, la duración mínima del derecho de aprovechamiento de aguas no podrá ser inferior a veinte años, en el caso de aquellos que tengan el carácter de no consuntivos.</p> <p>La duración del derecho de aprovechamiento se prorrogará sucesivamente, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso. Esta prórroga se hará efectiva en la parte utilizada de las aguas en consideración a lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso primero y a los criterios de sustentabilidad de la fuente de abastecimiento, sin que pueda exceder el plazo establecido en este inciso. De constatarse por el Servicio una afectación a la sustentabilidad de la fuente, se aplicará además lo dispuesto en los artículos 17 y 62, según corresponda.</p> <p>El titular podrá solicitar anticipadamente la prórroga de su derecho dentro de los últimos diez años previo a su vencimiento, siempre que acredite por parte del titular la existencia de obras para aprovechar el recurso y en la medida que no adeu-</p>

6°		<p>de el pago de una patente por no uso de aguas. El período prorrogado comenzará a contarse desde que venza el plazo por el cual fue constituido originariamente el derecho de aprovechamiento.</p> <p>De existir riesgo de que su aprovechamiento pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae o, en caso que este riesgo se haya materializado, la Dirección podrá limitar o suspender su ejercicio mientras persista esta situación.</p> <p>Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante escritura pública que se inscribirá o anotará, según corresponda, en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. El Conservador de Bienes Raíces informará de lo anterior a la Dirección General de Aguas, en los términos previstos por el artículo 122. En todo caso, la renuncia no podrá ser en perjuicio de terceros, en especial si disminuye el activo del renunciante en relación con el derecho de prenda general de los acreedores.</p> <p>Para efectos de la ponderación del riesgo descrito en el inciso anterior o de la evaluación se considerará especialmente el resguardo de las funciones de subsistencia, consumo humano, saneamiento y preservación ecosistémica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° bis.”</p>
----	--	--

Adicionalmente, de acuerdo al texto aprobado recientemente por la Comisión de Agricultura, además de los artículos señalados, se incorporan los siguientes:

6. Entre los artículos 5° y 6°, se intercalan los artículos 5° bis, 5° ter, 5° quáter y 5° quinquies, que se refieren principalmente a las siguientes materias:

- El artículo 5° bis se refiere a las funciones que cumplen las aguas, entre las cuales se consideran las que posibilitan el consumo humano, el saneamiento, el uso doméstico de subsistencia, la de preservación ecosistémica o las productivas. Asimismo, indica que siempre prevalecerá el uso para consumo humano, de subsistencia y saneamiento, tanto en el otorgamiento, como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.
- El artículo 5° ter establece que, para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas. Sin perjuicio de lo anterior, añade el artículo que, al caducar, extinguirse o producirse la renuncia de un derecho de aprovechamiento, las aguas quedarán libres para ser reservadas por el Estado y para la constitución de nuevos derechos sobre ellas. Asimismo, las aguas reservadas podrán ser entregadas a prestadores de servicios sanitarios para garantizar el consumo humano y el saneamiento.

- El artículo 5° quáter se refiere al procedimiento al cual se sujetará la solicitud y el otorgamiento de derechos de aprovechamiento sobre aguas reservadas, para los usos de la función de subsistencia.
 - El artículo 5° quinquies establece que los derechos de aprovechamiento sobre aguas reservadas podrán transferirse siempre que se mantenga el uso para el cual fueron originariamente concedidos y dichas transferencias sean informadas a la DGA. Estos derechos de aprovechamiento se extinguirán, por resolución de la DGA, si el titular no realiza las obras para utilizar las aguas conforme a los plazos y suspensiones que señala el artículo 6 bis, las usa para un fin diverso o cede su uso a cualquier otro título. Dicha extinción podrá ser objeto de recursos de reconsideración y reclamación.
7. Entre los artículos 6° y 7°, se intercala un nuevo artículo 6° bis, relativo a la extinción de los derechos de aprovechamiento de aguas. Conforme a éste, los derechos de aprovechamiento se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso. En el caso de los derechos de aprovechamiento consuntivos, el plazo de extinción será de cinco años, y en el caso de aquellos de carácter no consuntivos será de diez años. Estos plazos de extinción comenzarán a correr desde la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de derechos

de aprovechamiento afectos al pago de patente por no uso. Los plazos señalados pueden suspenderse por determinadas causas señaladas en este artículo.

Asimismo, el artículo señala que todo cambio de uso de un derecho de aprovechamiento deberá ser informado a la DGA, y que el incumplimiento de este deber será sancionado con una multa a beneficio fiscal. De constatarse que el cambio de uso produzca una grave afectación al acuífero o la fuente superficial de donde se extrae, el servicio podrá limitar o suspender su ejercicio mientras persista esta situación. Se entenderá por cambio de uso aquel que se realice entre distintas actividades productivas tales como la agropecuaria, la minería, la industria o la generación eléctrica, entre otras.

La resolución que declare extinguido el derecho de aprovechamiento podrá ser objeto de los recursos de reconsideración y reclamación.

Asimismo, y en relación al cambio de concepción de los derechos de aprovechamiento de aguas, cabe señalar que en numerosas disposiciones del Código de Aguas se reemplaza la expresión "dominio del derecho de aprovechamiento" por "el uso y goce que confieren el derecho de aprovechamiento". De la misma manera, se reemplaza la expresión "dueño del derecho de aprovechamiento" por "titular del derecho de aprovechamiento".

Finalmente, y en una fórmula muy similar a la aprobada por la Comisión de Recursos Hídricos del Senado, el artículo primero transitorio del proyecto de ley despachado por la Comisión de Agricultura, si bien establece en su inciso primero que los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley, así como aquellos usos susceptibles de regularización, continuarán estando vigentes y mantendrán su carácter de indefinidos en el tiempo; acto seguido agrega en el inciso segundo, que los titulares de dichos derechos quedarán sujetos a todas las demás disposiciones del Código de Aguas y podrán extinguirse por su no uso y caducar por su no inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

En síntesis, conforme al estado actual de la reforma en tramitación, según lo aprobado por la Comisión de Agricultura del Senado, se modifica entonces la naturaleza y características de los derechos de aprovechamiento de aguas, pasando de ser de dominio de su titular y de duración indefinida, a un derecho originado en una concesión que será de 20 o 30 años, prorrogable, a menos que la DGA acredite el no uso efectivo del recurso, para lo cual se aplicarán criterios poco claros. Asimismo, con la reforma en tramitación, y a diferencia de la normativa vigente, estos derechos podrán extinguirse por su no uso y caducar.

5.4. Riesgos de la reforma en tramitación y vicios de constitucionalidad

Teniendo en cuenta las modificaciones ya referidas en el párrafo anterior, conviene señalar cuáles son los eventuales riesgos que conlleva una modificación de la naturaleza y concepción de los derechos de aprovechamiento de aguas como la que propone el proyecto de ley en tramitación.

En primer lugar, la propuesta aprobada por la Comisión de Agricultura del Senado afecta significativamente el derecho de propiedad y la certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas. Estos, como ya hemos indicado previamente en este informe, son factores claves para promover las inversiones en varios sectores de mayor potencial para el crecimiento del país que dependen de manera importante del uso del recurso hídrico. Sobre este punto, nos remitimos a lo ya señalado en el capítulo 4 de este informe, relativo a las ventajas de la normativa vigente y de los mercados de aguas.

En segundo lugar, y precisamente en relación a esta afectación notoria del derecho de propiedad garantizado en la CPR, la iniciativa en tramitación adolece de vicios de constitucionalidad. En efecto, muchos de los actores que fueron a exponer sus comentarios y aprensiones sobre el proyecto de ley advirtieron que esta reforma genera un fuerte debate sobre su constitucionalidad. Lo anterior, por cuanto la reforma precariza evidentemente los derechos de aprovechamiento de aguas, al eliminar las facultades de disposición e introducir la caducidad y la extinción del derecho, lo que se contrapone a la esencia del derecho de dominio que supone dicha facultad y que es perpetuo. Asimismo, la reforma restringe estos derechos de aprovechamiento, pero sin derecho a indemnización. Finalmente, aun cuando la Constitución permite la imposición de limitaciones al derecho de propiedad, como consecuencia de su función social, de acuerdo al artículo 19 N°26 de la CPR, ninguna regulación puede afectar el derecho en su esencia. En el caso, resulta evidente que las modificaciones propuestas están afectando la esencia del derecho de propiedad.

En consecuencia, y tal como señalaron algunos actores durante la tramitación legislativa del proyecto de ley, tal como está aprobado el texto, convivirían en un mismo canal derechos de aprovechamiento distintos. En efecto, esta reforma creará regantes o agricultores de segunda categoría, que no serán reconocidos por el sistema financiero, porque sus derechos no servirán para garantizar operaciones financieras, encareciendo los proyectos de inversión, entre otros aspectos⁴⁸.

Por ello, es de esperar que en la Comisión de Constitución del Senado- a la cual le corresponderá la revisión de aque-

⁴⁸ Andreas Köbrich, Secretario General de Consorcio de Sociedades Agrícolas del Sur Federación Gremial (CAS), en Informe Comisión de Agricultura del Senado recaído en proyecto de ley Boletín N°7543-12, p.71.

llos asuntos que digan relación con la Constitución- se corrijan estos aspectos y se respete la normativa constitucional vigente.

5.5. Desafíos pendientes en materia de aguas

Finalmente, y no obstante considerar que la naturaleza y características de los derechos de aprovechamiento de aguas que consagra la actual legislación son fundamentales en aras de otorgar certeza jurídica a los titulares de dichos derechos, reconocemos que existen ciertas falencias y desafíos pendientes en materia de gestión del recurso hídrico y que varios de ellos son, a nuestro juicio, abordados adecuadamente en la indicación sustitutiva del Presidente Piñera. En efecto, la indicación del actual Ejecutivo se hace cargo de muchas de las críticas y posibles problemas que se han generado en relación a la gestión del recurso, proponiendo soluciones al efecto.

Sobre este último punto, y salvo la propuesta de incremento significativo de las patentes por no uso a la que haremos una breve referencia más adelante, muchas de las medidas propuestas apuntan en la dirección correcta y siguen las recomendaciones del Banco Mundial. A modo de ejemplo, la propuesta de elaboración de Planes Estratégicos de Recursos Hídricos tendientes a propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas a cambio climático -que fue aprobada por la Comisión de Agricultura del Senado- a la larga permitirá contar con información relevante y un diagnóstico más claro sobre la disponibilidad y calidad de las aguas para satisfacer las necesidades de conservación y consumo.

En la misma línea, las modificaciones que apuntan a fortalecer el rol de las organizaciones de usuarios en la gestión del agua; a procurar una gestión sustentable de los acuíferos; a simplificar y agilizar los procedimientos de tramitación de nuevos derechos y las regularizaciones de usos

consuetudinarios; a robustecer los procesos de toma de decisiones de la DGA y mejorar los niveles de coordinación entre los diversos ministerios y servicios competentes en la materia, son medidas valorables en las que se debería avanzar.

Sin embargo, en relación a la medida de incrementar las patentes por no uso para desincentivar la especulación, consideramos que no es la manera correcta para abordar el problema del sobreotorgamiento de derechos que históricamente se ha dado en el país. Por el contrario, dicha medida podría afectar las inversiones en varios de los sectores de mayor potencial para el crecimiento del país. En ese sentido, para promover el uso de los derechos de aguas es más recomendable reducir los costos de transacción y promover un mercado más activo y con mejor información pública; y si se requiere una mayor eficacia del instrumento, entonces lo que se necesita es mejorar la gestión de su cobro⁴⁹.

En consecuencia, y tal como se señaló con anterioridad, compartimos la visión del actual Ejecutivo en cuanto a que el problema de disponibilidad de agua y los desafíos pendientes que existen no se resuelven modificando la naturaleza y características de los derechos de aprovechamiento, sino que con medidas que apunten a una adecuada gestión del recurso.

⁴⁹ Libertad y Desarrollo- Tema Público N°1400-1 (2019), p.6.

6. CONCLUSIONES

La normativa vigente de las aguas en Chile que data de 1981 tiene su razón de ser. En efecto, tras la publicación de la Ley de Reforma Agraria se produjo un cambio en la concepción de los derechos de aprovechamiento de aguas y un debilitamiento del derecho de propiedad que ocasionó un grave daño a la economía chilena. En dicho contexto, y teniendo en cuenta la realidad del país y la importancia de las aguas para los diversos sectores productivos, los miembros integrantes de la Subcomisión de Derecho de Propiedad de la Comisión Ortúzar procuraron consagrar una norma en la Constitución que fortaleciera los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, haciéndolos de dominio de su titular. Así surgió entonces la norma del artículo 19 N°24 inciso final de la CPR, que establece que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”, la cual fue principio y base primaria para el Código de Aguas de 1981.

De este modo, mientras en la regulación anterior al Código de Aguas de 1981, los derechos de aprovechamiento eran meras mercedes otorgadas por el Estado, en un acto revocable por la autoridad, en la actual normativa en cambio, quien usa las aguas con más eficiencia puede beneficiarse de ella, introduciéndose por tanto, un incentivo a la mayor eficiencia en el aprovechamiento del recurso hídrico.

Esta normativa de aguas -que otorga una especial protección a los derechos de aprovechamiento de aguas y establece la duración indefinida y la libre transferibilidad de los mismos- ha permitido el desarrollo de actividades e inversiones que hacen uso del agua y ha fomentado la utilización eficiente de la misma. Dicho de otra forma, la certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas que asegura la actual normativa es un factor clave para promover las inversiones en varios de los sectores de mayor potencial para el crecimiento del país, que dependen de manera importante del uso del recurso hídrico.

En efecto, la duración indefinida de los derechos de aprovechamiento, tanto de los ya constituidos, como los nuevos

derechos, resulta esencial para el desarrollo de obras de riego, embalses, nuevas tecnologías, entre otros proyectos que tardan años en poder desarrollarse o construirse, pues permite a sus titulares planificar a largo plazo. Por su parte, la flexibilidad y libre transferibilidad son necesarias para incentivar el ahorro, facilitar la reasignación del agua hacia usos de mayor valor económico y para la obtención de créditos con garantías, entre otras cosas.

A mayor abundamiento, dichas ventajas que traen aparejadas los mercados de aguas y el marco jurídico vigente sobre las aguas en Chile, han sido reconocidas por diversos economistas y organismos internacionales como el Banco Mundial.

En ese sentido, la reforma en actual tramitación que modifica el Código de Aguas, recientemente despachada por la Comisión de Agricultura del Senado en segundo trámite constitucional y que debe ser ahora revisada por la Comisión de Constitución de dicha Corporación, además de adolecer vicios de constitucionalidad por afectar la esencia del derecho de propiedad garantizado en la actual Constitución, puede conducir a un desaprovechamiento del recurso hídrico, con el consiguiente impacto que ello tiene para las actividades productivas que utilizan el insumo, como así también para el consumo humano. En efecto, al establecer la duración temporal de los derechos de aprovechamiento de aguas y normas sobre extinción y caducidad de los mismos, se está afectando la certeza jurídica indispensable para asegurar el óptimo uso del recurso que, por lo demás, ha demostrado ser una herramienta eficaz, especialmente para combatir períodos de sequía.

En consecuencia, y compartiendo la visión del actual Ejecutivo en la materia y la recomendación otorgada por el Banco Mundial, y reconociendo que existen desafíos pendientes en la materia, el problema de disponibilidad de agua no se resuelve con una modificación al Código de Aguas que limita la constitución y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, sino que con mercados más transparentes, medidas que apunten a una adecuada gestión del recurso y con mejoras a la institucionalidad vigente.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Banco Mundial (2013): *Chile: Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*.
- Cannoni, Nicolás y Crocco, Juan José (2017): *Gobernanza y Derecho de Aguas en Chile*, Ars Boni et Aequi (13 N°1): pp. 65-93.
- Domper, María de la Luz (2005): *Código de Aguas: Los efectos de la Reforma*, Serie Informe Económico Libertad y Desarrollo N°156. Disponible en https://archivos.lyd.org/other/files_mf/SIE156-Codigo%20de%20Aguas%20Los%20efectos%20de%20la%20reforma-MLDomperAbril2005.pdf
- Jiménez, Susana (2014): *La Gestión del Agua en Chile*, Serie Informe Económico Libertad y Desarrollo N°243. Disponible en https://archivos.lyd.org/other/files_mf/sie243lagestiondelaguaenchilesjimeneznoviembre2014.pdf
- Libertad y Desarrollo (2019): *Reforma al Código de Aguas: La importancia de la Certeza Jurídica*, Temas Públicos, N°1403-2. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/06/tp-1403-certeza-juridica-derechos-agua.pdf>
- Libertad y Desarrollo (2019): *Patentes por no uso de derechos de agua: un alza desmesurada*, Temas Públicos, N°1400-1. Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/07/tp-1400-aguas.pdf>
- Libertad y Desarrollo (2019): *Reforma al Código de Aguas*, Reseña Legislativa N°1383.
- Peña, Humberto (2004). *Chile: 20 años del Código de Aguas*, en G. Donoso, A. Jouravlev, H. Peña, & E. Zegarra, Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas.
- Ugarte, Paula (2003): *Derecho de Aprovechamiento de Aguas. Análisis Histórico, Extensión y Alcance en la Legislación Vigente*. Memoria para optar al grado Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de Universidad de Chile.
- Valenzuela, C. y Silva, A. (2019), *Mercados de aguas para la sustentabilidad: Una oportunidad para desencadenar necesarias reformas legales y políticas públicas pro reasignación del recurso*, en Montenegro, S. y otros (editores), *La regulación de las aguas: Nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago. (pp. 75 y 105).
- Vergara, Alejandro (1998) : *Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas en especial, de su regularización y catastro*. Estudios Públicos 69. Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303184557/rev69vergara.pdf>
- Legislación citada y proyectos de ley:
- Código Civil
 - Código de Aguas
 - Constitución Política de la República
 - Ley N°20.017, de 16 de junio de 2005, que modifica el Código de Aguas
 - Historia de la Ley Constitución Política de la República 1980: Artículo 19 N°24.
 - Proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N°7543-12)
 - Indicación sustitutiva formulada por el Presidente Piñera en enero 2019 al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N°7543-12).
 - Comparado Informe de Comisión de Agricultura del Senado, de 27 de marzo de 2020, sobre proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N°7543-12).

