



UNIVERSIDAD DE
TALCA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**“Análisis crítico al Derecho de Aprovechamiento
de Aguas en el Código de 1981, a la luz de la
reforma hecha por la ley 20.017”**



Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor Guía: Sr. Rodrigo Barcia Lehmann.
Alumna : Rossana Espinoza Yongna.

TALCA- CHILE
2005

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis crítico de la ley 20.017 que reforma el Código de Aguas, exponiendo las visiones de los diversos grupos afectados por estas modificaciones. El énfasis se centrará en los argumentos esgrimidos contrarios a esta nueva normativa y se utilizará para ello el método analítico.

El resultado pretendido busca lograr en el lector la convicción de la falta de un mayor estudio y reflexión en el proyecto tramitado durante tantos años en el Congreso Nacional, aprobado por éste y actualmente en vigencia.

INTRODUCCION

Con el transcurso de las últimas décadas, lentamente se está tomando conciencia de la importancia del recurso hídrico, tanto por su carácter de esencial para la vida del planeta como también por la necesidad de legislar al respecto debido a los diferentes factores como la expansión de la silvoagricultura, el constante aumento en el consumo de energía eléctrica, y el requerimiento de nuevos asentamientos humanos, que hacen de este un recurso cada vez más escaso.

Por este motivo, es que con fecha 2 de diciembre del año 1992, el Presidente de la República de la época don Patricio Aylwin Azócar, envió al H. Congreso Nacional un proyecto de Ley que pretendía modificar la legislación de aguas existente hasta ese momento. Mensaje en el cual el ejecutivo advierte de la imperiosa necesidad de modificar aspectos sustanciales de la legislación hasta entonces vigente, señalando por ejemplo factores como *“la excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación”*¹ de un recurso tan vital y finito como es el agua, esto debido a que tanto la obtención de derechos de aprovechamiento de aguas como su conservación en el tiempo es gratuita. Debido a esto es que se ha producido una acumulación de derechos de agua *“sin que exista un uso actual o futuro previsible”*.²

El punto de partida, en la investigación de este tema será el Derecho Romano, antecedente obligado para ilustrar el tratamiento histórico que se le ha dado a las aguas, hasta llegar al derecho de aguas vigente en Chile.

Para comprender en mejor medida en que consiste el proyecto de ley, se debe analizar primero la legislación vigente antes de la entrada en vigencia de la reforma al Código de Aguas, contenida en la ley 20017, para luego entender el porqué se pretenden introducir nuevas figuras al

¹ Frei Ruiz-Tagle, Eduardo. Mensaje 005-333. Fecha 4 de julio de 1996.

² Ibidem.

Ordenamiento Jurídico de aguas. Lo que se busca es realizar un análisis a la parte jurídica del proyecto, donde conceptos como “patente” y “no uso” serán parte del estudio de esta memoria debido a la ambigüedad y defectuosidad con que se presentan en la ley 20017 que se encuentra ya en vigencia.

En este trabajo también se hará una revisión al Derecho Comparado, de modo de ilustrar como se ha enfrentado en los demás países el problema de la regulación del agua, que tantas dificultades ha suscitado en nuestro país sobre todo con la tramitación del proyecto actualmente en vigencia.

El proyecto presentado en 1992 sufrió grandes modificaciones introducidas por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, quien con fecha 4 de julio de 1996 envió al H. Congreso Nacional el Mensaje N° 005-333 que contiene una indicación sustitutiva en el que se efectúan correcciones esenciales al proyecto de ley primitivo.

En esta indicación sustitutiva aparece la idea del pago de una patente, semejante al sistema minero, por la omisión en el uso de los derechos de aprovechamiento de aguas solicitadas y concedidos en cualquier época, patente que además se multiplica en su factor en varias veces según el transcurso del tiempo.

Figura que será tratada y criticada en el cuerpo de esta investigación debido a que esta memorista no concuerda con la imposición de ésta, por los motivos que se expondrán en su momento.

Se expresa por parte de los impulsores del proyecto que ante la escasez existente en la actualidad del recurso hídrico, la cual se hará más grave en el futuro, se ha observado por parte de algunos solicitantes actitudes monopólicas y de acaparamiento. Lo cual trae como consecuencia, a juicio del ejecutivo, la especulación por parte de los usuarios de los derechos que pueden ser concedidos por la autoridad.³

Este segundo mensaje presenta grandes innovaciones en relación al primero de ellos, debido a que de su estudio se desprende además del cobro

³ Véase intervención Ministro de Obras Públicas, don Ricardo Lagos E., Congreso “Reformas Legales al Código de Aguas”. Honorable Senado y Colegio de Ingenieros.

de la patente por no uso, que este proyecto puede también afectar gravemente a la actividad agrícola e industrial del país, por cuanto al entregar al ente administrativo el cobro de un gravamen ante una eventual pasividad u omisión en la utilización de los recursos hídricos otorgados en aprovechamiento, significa entregar al burócrata la determinación del desarrollo de la actividad silvoagropecuaria, industrial, minera e Hidroeléctrica del país, la cual se encuentra gestionada en casi su totalidad por el sector privado.

De esta manera el ente administrativo podría convertirse en un co-administrador de los bienes de los particulares, excediendo su actuar al ámbito que el derecho lo constriñe, lo que harán sea incierta la materialización de todos los nuevos proyectos de desarrollo minero, eléctrico industrial, sanitario, agrícola y silvopecuario entre otros.

Las nefastas consecuencias económicas recién reseñadas y la afección a la libre determinación de la actividad productiva, a criterio de destacados constitucionalistas y académicos de las ciencias jurídicas, nos demuestran que las normas introducidas con esta reforma podrían transgredir normas sustanciales contenidas en la carta fundamental, en especial en lo que se refiere a “Garantías Constitucionales”.

Esta reforma además, contempla la discrecionalidad del ente administrativo para cursar multas a los propietarios de los derechos de aprovechamiento de aguas, que a juicio del mismo no hayan sido utilizados por sus titulares de manera total o parcial. De esta forma se entregaría a la administración facultades que contrarían el orden patrimonial determinado por normas legales y disposiciones de rango constitucional.⁴

En atención a lo antes expuesto y la trascendencia de esta reforma en el ámbito nacional, es que en el desarrollo de este trabajo se realizará un análisis crítico de las normas impuestas con la reforma, argumentando esta postura en base a los planteamientos de los distintos grupos de interés en

⁴ A mi criterio se vulneran a lo menos el artículo 19 N° 22, 24, 26 de la CPR y 682 y siguientes del Código Civil.

materia de aguas, contrarios a ciertos puntos de la reforma, intentando con esto dejar de manifiesto los innumerables problemas que no soluciona la normativa en cuestión, además de los problemas y situaciones inconstitucionales que se generan con la ley que reforma al Código de Aguas.

CAPITULO I:

EVOLUCION HISTÓRICA DEL DERECHO APROVECHAMIENTO.

1.- Fuentes en el Derecho Romano.

Los primeros antecedentes en la historia, sobre el Derecho de Aguas, y más específicamente sobre el derecho de aprovechamiento de ésta, podemos encontrarlos en la época de la civilización Romana; esto como dato histórico y del cual constan registros, debido a que el uso del recurso agua, ha sido desde siempre tema de regulación y conflicto de parte de todos los pueblos, culturas y civilizaciones; Esto, desde que el ser humano se establece en un lugar fijo para vivir y producir su alimento, debido a lo cual comenzó a implementar los métodos y sistemas que le reportaran un mayor beneficio, procurando un menor desgaste del recurso, tanto para beneficio propio como para el de su entorno.

Así en este primer acercamiento al Derecho de Aguas, se mostrarán en forma breve, pero precisa, algunos textos de autores de la época que han servido de fuente al derecho de aprovechamiento, para llegar posteriormente a su desarrollo legislativo actual.

1.1.- Derecho Romano Clásico.

Los primeros antecedentes sobre la materia, podemos encontrarlos en el Digesto, el cual es una recopilación de textos clásicos de juristas romanos de la segunda y última etapa clásica.

a) Dominio de las Aguas.

En el Digesto, encontramos referencias al **dominio del *aqua profluens***, esto es, las aguas corrientes, las cuales son consideradas comunes; Así como los ríos que tenían el carácter de públicos, lo que podemos concluir de la lectura de los siguientes textos clásicos:

- Marciano, Digesto 1, 9, 2, pr.-1:

“Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur. / 1.- Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa; aer, aqua profluens, et per hoc litora maris”.

“ Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de la comunidad, otras no son de nadie, y la mayor parte son de particulares, las cuales se adquieren para cada cual por varias causas. / 1.- Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas: el aire, el agua corriente, y el mar, y consiguientemente las cosas del mar⁵”.

b) El Derecho de Aprovechamiento.

También llamado derecho de uso de las aguas; en cuanto a este punto, se establecen limitaciones en algunos textos, debido a que se consideran las aguas como de dominio público; pero en otros textos, como en los que se transcriben a continuación, estas limitaciones del aprovechamiento se amplían a la previa intervención concesional.

- Neracio, Digesto, 8, 2, 2, 3:

“Qui habet baustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum; et ut ait Neratius libro tertio Membranarum, sive el ius hauriendi et adeundi cessum sit, utrumque habebit; sive tantum hau adeundi ad fontem, inesse et haustum. Haec de hausu ex fonte privato; ad flumen autem publicum, idem Neratius eodem libro scribit, iter debere cedi, haustum non oportere; et si quis tantum haustum ce non oportere; et si quis tantum haustum cesserit, nihil cum agere”.

“El que tiene la toma de agua, se entiende que tiene también el paso para sacarla; y como dice Neracio en el libro tercero de los Pergaminos, si se le

⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. *“Derecho de Aguas”*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Stgo. 1998. Pág. 30.

hubiera cedido el derecho a sacar agua, y el de paso, tendrá uno y otro; si tan sólo el de sacarla, está comprendido también el de paso; y si tan sólo el de ir a la fuente, se comprende también el de tomar agua. Esto respecto a la toma de agua de una fuente privada; pero en cuanto a un río público, escribe el mismo Neracio en el propio libro, que debe cederse el paso, pero que no ha de cederse la toma de agua y que si alguno hubiere cedido tan sólo la toma de agua, nada cede⁶”.

- Papirio Justo, Digesto 8, 3, 17

“ Imperatores Antoninus et Verus Augusti serunt aquan de flumine público pro modo possessionum ad irrigandos agrosdividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit. Item rescrippserunt, aquam ita demum permiti duci, si sine injuria alterius infiat”

“Los Emperadores Antonino y Vero, Augustos, contestaron por rescripto que convenía que el agua de un río público se dividiera a proporción de las posesiones para regar los campos, a no ser que alguien mostrare que por derecho propio se le había dado más. Asimismo respondieron por rescripto, que solamente se permitía que se condujese el agua, si se hiciera esto sin perjuicio de tercero⁷”.

1.2.- Derecho Romano Postclásico.

Esta información la podemos encontrar básicamente en el Código Teodosiano y en el Código Justiniano, debido a que en éstos Códigos, se encuentran contenidos los principales textos que recogen los antecedentes legislativos sobre derecho de Aguas de la época.

⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro. Op. cit Pág. 37.

⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro. Op .cit. Pág. 37.

a) Dominio de las Aguas.

En lo referente a este punto, se establece la prohibición de derivar aguas desde los acueductos existentes, los cuales tenía carácter de públicos; cuya contravención acarrearía sanciones para los infractores, recalando la calidad de comunes y públicos a todas las personas, los ríos, puertos, mares y agua corriente.

Así como también se sancionaba a los que utilizaban las concesiones otorgadas por la autoridad para atentar contra el curso y solidez de las acequias, bajo pena de perder esta concesión, además de una pena adicional, dependiendo de la persona del infractor. Lo que podemos encontrar en el siguiente texto del Código Teodosiano:

“Si quis de cetero vetiti furoris audacia florentissimac urbis commoda voluerit mutilare, aquam ad suum fundum ex aquaeductu publico derivan, sciat, aundem fundum, fiscalis tituli proscriptioe sigtum, privatis rebus nostris aggregandum”.

“Si en lo sucesivo hubiere querido alguien mermar por audacia de vedada locura las conveniencias de esta muy floreciente ciudad, derivando de un acueducto público aguas para su fundo, sepa que este mismo fundo, señalado con la prescripción del título fiscal, ha de ser agregado a nuestros bienes privados”.⁸

b) Derecho de Aprovechamiento.

Se demuestra la preocupación por el uso de las aguas por parte de los particulares bajo este derecho, lo que se establece en el siguiente texto:

“ Usum aquae veterem longoque dominio constitutum singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione turbari, itatamen, ut quantitatem singuli, quam veteri licentia percipiunt, more usque in praesentem diem perdurante

⁸ VERGARA B., A. Op. cit. Pág. 40

percipiant; mansura poena in eos, qui ad irrigationes agrorum vel hortorum delicias furtivis aquarum meatibus abutuntur”.

“Mandamos que subsista para cada ciudadano el uso de agua antiguo y constituido por largo dominio, y que no sea perturbado por ninguna innovación, pero de suerte que cada cual perciba por costumbre que perdure hasta el día presente la cantidad que por antigua licencia percibe; debiendo de subsistir la pena establecida contra los que furtivamente abusan de las corrientes de agua para riegos de sus campos o para recreos de sus huertos⁹”.

c) Sistema Concesional.

Para usar y aprovechar el agua, se hacía necesario obtener en forma previa, una concesión, o también llamada “*indulta*”, cuyo otorgamiento lo daban los Emperadores, así queda de manifiesto al revisar el siguiente texto:

“Eos, qui aquae copiam vel olim vel nunc per nostra indulta meruerunt, usum aut ex castellis aut ex ipsis formis iubemus alicere, neque earum tistularum, quas matrices vocant, cursum ac soliditatem attentare, vel ab ipso aquaeductu trahere. Quodsi quis aliter fecerit, non solum id, quod prius iure beneficii fuerat consecutus, amittat, verum pro conditione quoque personae severissima poena plectetur”.

“Mandamos que aquellos que por concesiones nuestras obtuvieron en otro tiempo o ahora una cantidad de agua, tomen su uso o de los depósitos o de los mismos receptáculos, y no atenten al curso y a la solidez de las mismas acequias, que llaman matrices, la saquen del mismo acueducto. Más si alguno lo hubiere hecho de otro modo, no solamente pierda lo que antes

⁹ Constitución del año 397; de los Emperadores Romanos Arcadio y Honorio. Texto citado por Vergara B., A. en Op. Cit.

había conseguido por derecho de beneficio, sino que también sea castigado según la condición de la persona con severísima pena”.¹⁰

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

2.1.- MODELO ANDINO PREHISPÁNICO.

La cultura Incaica, introdujo las instituciones de la **Mita, Mitación y Cocha**, “las cuales establecían sistemas de turno; a través del cual el derecho de cada usuario en un cauce común o en un embalse primitivo se organizaba repartiendo las aguas¹¹”; sistemas que aún subsisten y en los cuales podemos encontrar los primeros antecedentes históricos relacionados con el tratamiento de las aguas ejercido por nuestros indígenas.

Existía también otra institución, llamada **Ayllu**, la cual consistía en “un sistema colectivista o de comunidad agraria. El Inca era el dueño supremo de las tierras y de las aguas y disponía, después de cada nueva conquista territorial, el **Empadronamiento de las tierras y su distribución**, ordenando, además, la construcción de las acequias....las aguas...se distribuían entre todos siguiendo un método riguroso¹²”

Los hombres del Imperio Incaico, construyeron canales para encauzar las aguas y poder regar los valles, lo que revela una capacidad tecnológica de primer orden, debido a que la construcción de un canal implica no sólo manejar el conocimiento adecuado de los volúmenes de agua por acarrear, sino también la capacidad de reglamentar el ritmo de traslado del agua,

¹⁰ VERGARA B., A. Op. cit. Pág. 41

¹¹ “Estudio de Las Aguas en el Derecho Chileno” Guzmán Alcalde, A.; Ravera Herrera, E. Ediciones Jurídicas “LA LEY” 1993, Pág. 9.

¹² “La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas” Bernardino Escudero Arias. 1990, Pág. 3, Editorial EDIAR, Conosur Ltda.

saber de los suelos y de las demandas del recurso hídrico para cada tipo de cultivo.¹³

Los Incas no sólo aprovecharon las aguas superficiales por medio de canales y andenes, sino que también incursionaron en el aprovechamiento de las aguas del subsuelo.

Se utilizaba un sistema de turnos, procurando siempre la igualdad en la utilización de los recursos, lo que hoy llamamos **Tecnología Apropriada**; existía un gran respeto por este sistema, motivo por el cual se castigaba en forma ejemplar a quien infringiera este sistema normativo.

En este sentido primaba el bienestar social, por sobre el interés particular (se castigaba con la pena de azotes a quien usara el agua para regar sus chacras antes de que llegara su turno).

Como dijimos antes, se tenía un concepto colectivista de la propiedad, no se consideraba la posibilidad de dominio sobre las aguas por parte de los particulares. Por tanto al quedar las aguas fuera del comercio humano, quedan excluidas de todo tipo de posesión privada.

Establecían los Incas un sistema comunitario sobre las aguas con un derecho de uso **común a todos los hombres**, no se concebía entonces, que este derecho, sea de aprovechamiento o de dominio, se radicase en el patrimonio del indígena.¹⁴

Con posterioridad, ya durante la colonización Española, se estableció un sistema distinto, un **Sistema Concesional**, en el cual se consideraban las aguas como bienes que pertenecían a la Corona; por lo que los usuarios, debían contar con una **Merced (concesión) de Aguas**.

Así, el dominio que tenían los Incas, sobre las aguas, pasó enteramente a la Corona Española, y desde ahora, cualquier forma de

¹³ Concha S. Marcela y Díaz H. María. “Estudio de la propuesta modificatoria al Código de Aguas de 1981” Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2001. Pág.6.

¹⁴ Albornoz Guzmán, Patricia. “Derecho Indígena y Derecho de Aguas”. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Pág 53

propiedad privada en las Indias emanaba, directa o indirectamente de una concesión soberana.

2.2.- MODELO HISPÁNICO.

En la medida en que el Imperio Español fue consolidándose, los criterios adoptados en América con relación a las aguas, fueron cambiando. Pues en un comienzo, los principios de carácter privado fueron primando; pero aún así, no existieron normas homogéneas que hicieran posible establecer el régimen preciso aplicable a las aguas, debido a que las concesiones reales y las instrucciones eran confusas al inspirarse en criterios encontrados. Pero, el derecho de Aguas Indiano fue evolucionando, en el sentido de considerar públicas o de uso común a las aguas corrientes, pudiendo así concluir que en un principio las aguas eran comerciables, siempre que mediare originalmente una concesión o merced del soberano. Una vez hecha la concesión, las aguas ingresaban al comercio humano.

Este principio de concesiones, seguiría rigiendo hasta la independencia de Chile, en 1818. principio que sería confirmado con la dictación del Código Civil Chileno, obra de don Andrés Bello, obra que se inspiró al tratar la materia de aguas, en el Código Civil de Cerdeña, de 1819.

2.3.- LEGISLACIÓN PRECODIFICADA.

2.3.1.- Código Civil de 1857.

De este texto legal, se desprende claramente la intención del legislador de limitarse simplemente a sentar las bases de esta legislación, dejando su regulación pormenorizada a leyes especiales que se dictaren sobre la materia. Así, queda de manifiesto con el mensaje presidencial con el cual se presenta el Código al Congreso con fecha 22 de noviembre de 1855,

el cual establecía: *“... En todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el proyecto como el Código que le ha servido de guía, se ha ceñido a poco más que sentar las bases; reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades¹⁵”*

En cuanto al sistema para acceder al aprovechamiento de las aguas, esto es al procedimiento Concesional, el Código Civil sólo establece las “bases” de esta legislación, si bien en forma clara, éstas son breves y precarias, dejando su desarrollo legislativo a leyes posteriores. Por lo que es importante tener presente el artículo 860 del mencionado cuerpo legal:

“Las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas”.

De esta manera podemos entender que para el Código el acceso a las aguas se realiza por la vía de “Mercedes”, las cuales deben ser “Concedidas por autoridad competente”. No había mayor normativa que esta por lo cual el actuar de la Administración debía suplirse con la legislación complementaria que existiera a la fecha, o con la dictada con posterioridad.

En el artículo 599 del Código Civil, queda de manifiesto la necesidad de intervención de “autoridad competente”, y la necesidad de suplirse con otras leyes se manifiesta en los artículos 598 y 603 del mismo, al hacer referencia a otras “leyes” u “ordenanzas”.

2.3.2.- LEGISLACIÓN POSTERIOR AL CÓDIGO DE 1857 HASTA 1900.

Como ya se encontraba regulado el Derecho de Aguas por el Código citado, la única forma en la que se trataba de especializar un poco más la

¹⁵ ESCUDERO A., Bernardino. *“La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas”*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1990. Pág. 6.

regulación existente, era mediante la dictación de “Ordenanzas Especiales”, las que, sin embargo, tendrían una breve vigencia, ya que fueron derogadas tácitamente por la legislación posterior. Ordenanzas sin trascendencia práctica.

2.3.3.- LEGISLACION DESDE PRINCIPIOS DE SIGLO HASTA 1950.

Durante este período se dictaron una serie de decretos, leyes y ordenanzas, siendo los más importantes con relación al tema de este trabajo, los siguientes:

- **En 1902 se dicta el Código de Procedimiento Civil**, que trataba en su título X del libro III, sobre los “Juicios de Distribución de Aguas”. Título que fue modificado posteriormente por la Ley 3.390 de 1918.
- **DECRETO Nº 403**, de 25 abril de 1916, el cual constituye un “Reglamento de aguas para regadío” en corrientes de uso público que atraviesan más de un territorio municipal.
- **Decreto Nº 649**, de 26 de marzo de 1920, sobre “Concesiones de mercedes de agua en el río Loa, sus afluentes, aguadas y vertientes de la provincia de Antofagasta”.
- **Decreto Ley Nº 160**, de 18 de diciembre de 1924, sobre concesiones de mercedes de aguas de cualquiera naturaleza; complementado luego, por el DL. Nº 513 de 9 de marzo de 1925.
- **Decreto Nº 971**, de 17 de abril de 1928, que establecía un plazo de un año para que los concesionarios de mercedes de aguas otorgadas sin plazo, con anterioridad al DL. Nº 160, que deseaban constituir las obras

de aprovechamiento, para que pudieran presentar el proyecto definitivo a la aprobación suprema.

- **Ley Nº 4.724**, de 21 de diciembre de 1929, que prorrogó por un año, el plazo de 6 meses señalado por el DL Nº 160, para las inscripciones administrativas de los derechos, mercedes y concesiones de aguas.
- **Ley Nº 5.671**, de septiembre de 1935, que concedió un plazo especial de un año, para que los propietarios de derechos, concesiones y mercedes de aguas, que no hubieren dado cumplimiento a lo dispuesto en el DL. Nº 160, procedieran a inscribir sus derechos en el rol de aguas del departamento de riego, y que deja sin efecto la caducidad de derechos de aguas otorgados en virtud de este Decreto Ley, y de la Ley Nº 4.724.

En cuanto a los Derechos de Aprovechamiento, podemos señalar que en esta etapa, la ley en varias disposiciones se refiere “al dueño de las aguas” y en otras al “uso de aguas”; aquí hay derechos de uso o aprovechamiento de aguas, los que son reconocidos por la legislación vigente a todos los propietarios, y no emanan de una concesión.

La posibilidad planteada de un uso sin concesión, prontamente desaparecerá de la legislación y siempre operará el binomio: “Concesión” y “Derecho de aprovechamiento”, naciendo este último de aquel título concesional.

Se establecen en este período reglas procedimentales, con lo que se confirma la vigencia y validez de unos derechos de aguas, ya sea nacidos de una concesión, ya sea consecuencia de ser propietarios de aguas.

2.4.- LEGISLACIÓN CODIFICADA.

2.4.1.- Código de Aguas de 1951.

Este es el primer Código De Aguas Chileno, el que comenzó a regir el 28 de mayo de 1951, fecha en la cual se dictó la Ley N° 9.909, la cual contenía el texto definitivo del Código de Aguas, el cual empezó a regir sólo un año después, el 1 de abril de 1952.

Las bases fundamentales de este Código en lo relativo al derecho de Aprovechamiento son las siguientes:

a) Dominio de las Aguas.

En lo concerniente al derecho de dominio sobre las aguas, se sigue con la misma concepción señalada para el período anterior, la cual establecía que las aguas son: “bienes nacionales de uso público”.

Se consagraba aquí lo que en términos dogmáticos es una *publicatio* de las aguas.

b) Derecho de Aprovechamiento.

También llamado procedimiento concesional, de la simple lectura del artículo 9 inciso 2° de este Código, se establece que sólo a través de mercedes de aguas, otorgadas por la administración, podían crearse derechos de aprovechamiento sobre éstas. Así, el artículo 23 inciso 1° del Código establecía:

“El derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente de la República en la forma que establece este Código. Ninguna otra autoridad tendrá facultad para concederla y ni aun el goce inmemorial bastaría para constituirlo en cauces naturales”

Se desarrolla el concepto de **Derecho de Aprovechamiento**, cuya definición se encuentra en el artículo 12 de este Código:

“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”

Definición ante la cual se puede inferir: *“queda claro, entonces, que es éste un derecho de aprovechamiento, de aguas, para usarlas, gozarlas y disponer de ellas, pero que no es un traspaso de propiedad sobre las aguas, posibilidad dogmática que no contempla el Código de Aguas “.*¹⁶

2.5.- Cambios impuestos por la Reforma Agraria o Código de Aguas de 1967.

La Reforma Agraria introdujo una gran cantidad de modificaciones mediante la Ley N° 16.640, lo que desembocó en un nuevo Código de Aguas en el año 1969, con la dictación del Decreto N° 162 de Justicia, que contiene el texto sistematizado del Código de Aguas.

Con este nuevo cuerpo legal, se refuerza el concepto de las aguas como dominio público; y, además se cambia la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento otorgándole ahora, la de un derecho real administrativo; para la entrada en vigencia de esta ley además se modificó el artículo 10 de la Constitución Política de 1925 permitiendo que el gobierno pudiera expropiar las aguas de dominio privado apelando a la utilidad pública.

Las modificaciones más importantes al Código de Aguas, podemos agruparlas en los siguientes temas:

a) Dominio de las aguas.

En este punto se produjeron modificaciones sustanciales, cambiando este régimen de ser uno “parcialmente” publicado a ser uno “totalmente”

¹⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro. Op.cit.Pág. 182.

publicado; lo que queda de manifiesto de la lectura del nuevo texto del artículo 9 del Código de Aguas, el cual establecía:

“Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público. El uso de las aguas en beneficio particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, salvo los casos expresamente contemplados en este Código. No se podrá adquirir por prescripción el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas”

b) Procedimiento Concesional.

El artículo 37 establece:

“El derecho de aprovechamiento sólo se puede obtener en virtud de una merced concedida por el Director General de Aguas en la forma que establece este Código...”. De lo cual se concluye que esta materia no fue modificada, y la merced de aguas se sigue señalando en su papel de creadora de los derechos de aguas.

c) Derecho de Aprovechamiento.

La reforma agraria produjo una serie de modificaciones al Código de Aguas, y uno de los aspectos más notorios fue precisamente éste, ya que se modifica la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, y se le da un carácter distinto, se le da el carácter de un Derecho Real Administrativo; lo que podemos entender con la simple lectura del mensaje de la Ley 16.640, el cual reza:

“Se cambia la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento. En efecto, se instituye un derecho de uso sobre las aguas que, por una parte esté de acuerdo con su calidad de bienes nacionales de uso público, integrantes del dominio público y que, por otro lado, constituya suficiente garantía para los particulares, en forma que estos puedan realizar una

actividad creadora sin incertidumbre en cuanto al uso de este recurso esencial.

Esta nueva naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento consiste en darle a éste el carácter de un derecho real administrativo como lo entiende la moderna doctrina jurídica, esto es, el Estado concede el uso del bien nacional de uso público con sujeción a normas de Derecho Público, lo que no excluye la facultad de su titular de hacer valer y proteger su derecho de aprovechamiento frente a terceros en conformidad a las reglas de las concesiones administrativas. Sometido el derecho de aprovechamiento a las reglas de esas concesiones, sólo se concede por el Estado el uso de las aguas, pero nunca el dominio sobre ellas”.¹⁷

Esta nueva naturaleza jurídica se consagra en el artículo 11, que va en reemplazo del antiguo artículo 12 del Código de Aguas, el cual establece:

“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 que prescribe el siguiente Código”

“La verdad es que, como muchas veces ocurre con la legislación, más que un verdadero cambio de naturaleza jurídica, había un cambio de ambiente ideológico que haría pensar al legislador- quizás cándidamente- que puede cambiar la naturaleza jurídica de las cosas o de las relaciones jurídicas, pues las cosas son, y no lo que se quiere que sean”¹⁸

¹⁷ VODANOVIC H., Antonio. “Código de Aguas”(colección de leyes con indicaciones y notas). Editorial Nascimento, Santiago, Chile. 1969.Pág.7.

¹⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro. Op.cit. Pág. 184.

2.6.- Legislación posterior al Código de 1967.

a) Decreto Ley N° 2.603.

Dictado en el año 1979, que introdujo nuevas modificaciones, empleando una visión bastante global, con lo que se facultó al Presidente de la República para dictar normas generales regulatorias de las aguas. Además, complementó la anterior legislación en lo referente a la expropiación y regularización de los derechos de aprovechamiento y especificó que el derecho *"consiste en el uso, goce y disposición de ellas, en beneficio particular"*.

Este concepto es reforzado por la Constitución de 1980 mediante el artículo 19 N° 24 inciso final, que estableció que los derechos otorgados son de propiedad de los usuarios.

b) Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122.

De 29 de octubre de 1981, que contiene el actual Código de Aguas. La nueva norma mantiene el carácter de bien nacional de uso público de las aguas y otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas. Cuerpo legal que será estudiado más adelante.

CAPÍTULO II: CÓDIGO DE AGUAS DE 1981.

El Código de aguas de 1981, tenía su base en un sistema de teoría económica de libre mercado, caracterizado por la importancia que se le daba a la propiedad privada, siguiendo las leyes del mercado en lo relativo a la asignación de recursos, y el rol subsidiario que corresponde ejercer al Estado.

1.- Características Fundamentales de esta legislación.

Podemos establecer como rasgos fundamentales de este Código, los siguientes:

1.1.- Protección Constitucional.

El artículo 24 inciso final de nuestra Constitución Política establece que: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Con esto, se refuerza aun más el énfasis que le da nuestra legislación a la propiedad privada, con lo que se trata además de evitar cualquier limitación que pudiere afectar a los propietarios de alguna de las facultades que le otorga el dominio.

1.2.- Libre Transferibilidad de los Derechos de Agua.

Se podría decir que es esta la principal característica del derecho de aguas en este cuerpo legal, pues este Código introdujo libertad de acceso a la creación y libre transferibilidad de los derechos de aguas.

Lo anteriormente dicho se relaciona con la posibilidad que otorga la normativa vigente de transferir los derechos de agua en forma conjunta o separada de la tierra, dando la opción al adquirente de disponer y usar de las aguas en un sitio distinto de la cuenca.

1.3.- Libertad de usar las aguas.

El Código de Aguas consagra además una total y permanente libertad para el uso del agua a que se tiene derecho, pudiendo entonces los titulares de derechos de aguas entre otras cosas:

- i) Usarlos o no, y destinarlos a las finalidades o tipos de uso que deseen, inclusive puede darle un uso distinto al que se le daba primitivamente.
- ii) Transferirlos, en forma separada de la tierra, para utilizarlos en cualquier otra cuenca o sitio; y
- iii) Comercializarlos a través de negociaciones típicas de mercado, pudiendo venderlos, arrendarlos, hipotecarlos, etc.

Todas estas concesiones se otorgan con pocas y débiles normas regulatorias:

La Dirección General de Aguas tenía facultades muy limitadas y se encontraba obligada a otorgar derechos a nuevos peticionarios bajo la condición de que la solicitud sea legalmente procedente, se constatare técnicamente que existen recursos de aguas disponibles y no se afecten los derechos de terceros;

Los titulares de derechos no están obligados a utilizar efectivamente los caudales a que tienen derechos, ni a construir las obras de aprovechamiento, y no están sujetos a ningún impuesto, tarifa o cobro por la titularidad del derecho o el uso de las aguas;

No hay prioridades ni preferencias para asignar el uso del agua, ni normas expresas sobre requerimientos ecológicos;

La transferencia, transmisión y adquisición o pérdida por prescripción de los derechos agua se regula por el Código Civil, en todo lo que no esté previsto por el Código de Aguas, esto lo encontramos en el artículo 21 del Código de Aguas; y

El dominio sobre los derechos de aprovechamiento no puede extinguirse sino por las causas y en la forma establecidas en el derecho común, lo que se establece en el artículo 129 del Código de aguas.

La normativa del Código de Aguas de Chile durante este período constituye un caso excepcional a las normas regulatorias relativas al agua, además de unas propuestas de ley de aguas que se han elaborado para algunos países de la región, inspiradas en el sistema chileno, no hay ningún país prácticamente en el mundo en el que los derechos de agua se entreguen incondicionados,¹⁹ como se hacía bajo la vigencia de este cuerpo legal, situación modificada actualmente, lo que analizaremos con detenimiento en un capítulo posterior.

1.3.1.- Efectos Negativos

a) Fomenta la especulación y el acaparamiento, debido a que actualmente cualquier persona puede adquirir de derechos de aprovechamiento, sin que exista un costo por su adquisición y mantención, como tampoco existen normas que señalen el uso que se deba dar a las aguas, ni se debe justificar tampoco lo que se hará con la cantidad solicitada.

Como se dijo anteriormente, el titular del derecho es libre de utilizar las aguas para los fines que estime convenientes, además de no haber norma que sancione al titular en caso de no usar el recurso. Así, los usuarios pueden adquirir derechos de aguas y luego mantenerlos por mucho tiempo,

¹⁹ “ El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad” DOROUJEANNI Axel, Director de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL, Seminario realizado 30 de marzo de 1999.

sin que exista costo de oportunidad para esa persona, esto, con el objeto de vender posteriormente su derecho a otro que necesite esas aguas.²⁰

Lo que se pretendía con la libre comercialización de los derechos, era lograr una asignación eficiente del recurso, objetivo que claramente no se logró cumplir, debido a que la normativa es deficiente en este punto al no valorizar la obtención originaria de los derechos de aprovechamiento y la conservación a perpetuidad de éstos.

Con esto se genera un incentivo claro a la especulación, esto es la obtención de derechos de aguas sin el objetivo de darles uso, sino más bien el de lucrar con éste, con su posterior venta, en el momento en que haya poca disponibilidad del recurso y mucha demanda de éste.

La actividad especulativa puede distorsionar gravemente la asignación de derechos de aprovechamiento, con el consiguiente costo para el desarrollo del país.

Bauer establece lo siguiente: “La especulación resulta atractiva para algunos usuarios al no ser impuesta por ley una obligación como impuestos o tarifas, o la obligación de que sea usado el recurso en **un uso beneficioso** “. ²¹

- b) Afecta el desarrollo regional, promueve una transferencia de un bien público de alta importancia económica, social, ambiental y estratégica a particulares (muy a menudo sin ninguna contrapartida de corto o mediano plazo en lo que al incremento de la actividad económica se refiere), los que podrán lucrar con ella, sin que mientras tanto hayan tenido que pagar o arriesgar nada, permite el uso de los derechos de agua para ejercer un poder de mercado en los mercados de productos y servicios de los que el agua es un insumo y ha dado lugar a la aparición de un fuerte monopolio

²⁰ MUÑOZ G., Gabriel. “Revista de la confederación de canalistas de Chile” sobre la convención Nacional de Regantes de Chile, Santiago 29 y 30 de Agosto 1986. Pág. 29.

²¹ DONOSO HARRIS, G. “El Mercado de aprovechamiento de aguas en Chile.” Ponencia en Seminario de Derecho de Aguas, realizado el 29 y 30 de julio de 1998. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Antofagasta. Págs. 165-166.

con gran influencia política y además se han producido importantes efectos para la base de recursos, los terceros y el medio ambiente.

- c) Impide introducir modificaciones en el Código de Aguas y tiene como resultado que la oposición a su modificación se ha planteado en términos ideológicos o muy generales.

1.4.- Gratuidad del Derecho.

La concesión de un derecho de aprovechamiento se obtiene en forma gratuita, este derecho es otorgado por la Dirección General de Aguas, organismo que se encuentra obligado por ley a su otorgamiento, siempre y cuando el solicitante cumpla con ciertos requisitos establecidos para solicitar la concesión de este derecho, los que pasaremos a enumerar:

1º) Que la solicitud sea “legalmente procedente”, es decir, debe cumplir con las menciones del artículo 140 del Código de Aguas.

2º) Que se constate técnicamente la disponibilidad del recurso agua en la fuente natural.

3º) Que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes, es decir, no debe existir oposición y si la hubiere, debe resolverse esto en favor del solicitante.

La excepción a esta regla se produce al existir más de una solicitud sobre las mismas aguas, en este caso se llama a un remate a los interesados, así, el derecho de aprovechamiento lo adquirirá el mejor postor.

2.- DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.

Para comenzar el estudio del derecho de aprovechamiento en el Código de Aguas de 1981, se debe, primero que todo, hacer mención a un punto de discusión, que ha acompañado a este derecho desde su concepción, el cual se refiere al Dominio de las Aguas.

Se sostuvo antiguamente, por algunos autores, la existencia de propiedad solamente sobre las aguas estancadas, debido esto, a que no podían serlo las aguas corrientes, ya que éstas pasaban ante nuestros ojos para no volver, por lo tanto consideraban imposible que se pudiera constituir sobre ellas un dominio real, como el que se tiene sobre un inmueble.

Otros autores en cambio, tenían una concepción diferente, pues ellos consideraban que sí eran susceptibles de dominio las aguas corrientes, debido a que el argumento planteado anteriormente de que las aguas pasan ante nuestros ojos para no volver, no implicaba que no fuera posible el dominio sobre ellas, sino que, por el contrario, son susceptibles de un dominio especial en el que “basta suponerlas identificadas a los campos cuyos márgenes besan, y así la extensión de una heredad marca las aguas que pertenecen al dueño de ellas”.²²

En este cuerpo legal la discusión se encuentra absolutamente zanjada, debido a que el artículo 5° del mismo establece: “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 de este Código”.

El Código en estudio, siguió la línea del Código de 1967, que eliminó las pocas aguas de dominio privado que contemplaba el Código de 1951 y el Código Civil.

Se debe tener en claro que por el hecho de ser las aguas bienes nacionales de uso público y como consecuencia de esto, de dominio

²² “El Derecho de Aguas ante la Cátedra” Samuel Lira Ovalle, Colección Manual de Estudios N°1, Universidad Católica de Chile, 1956.

exclusivo del Estado, no se excluye la posibilidad que sobre el derecho de dominio, pueda constituirse otro derecho real, el Derecho de Aprovechamiento, el cual se encuentra definido también en este cuerpo legal, en su artículo 6°, el cual lo define como 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 Código de Aguas.

Durante mucho tiempo se discutió en la doctrina, respecto a la naturaleza jurídica que tenía el uso de los bienes nacionales de uso público, situación que fue muy importante hasta que el Código de 1951 definió el derecho de aprovechamiento.

En efecto, había autores que comparaban al derecho de aprovechamiento con una especie de usufructo, establecido sobre un bien nacional de uso público, para otros se trataba, más bien, de una especie de uso, y otros sostenían que nos encontrábamos frente a una servidumbre; discusión que como fue expuesto anteriormente quedó aclarada y zanjada con la definición de derecho de aprovechamiento, como un derecho distinto e independiente de los anteriormente nombrados.

Entonces concluimos que con la definición dada por el Código de 1981, la cual es muy similar a la establecida por el Código de 1951 y repetida por el Código de 1967, el derecho de aprovechamiento es un Derecho Real Específico, esto quiere decir, que es de aquellos derechos que se tienen sobre una cosa sin respecto de determinada persona, siguiendo la definición del Código Civil en su artículo 577. Este derecho real recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de las mismas.

Pero, si bien se dijo que las definiciones eran muy similares se debe hacer la salvedad en un aspecto muy importante que las diferencia:

En el código de 1951 al definir este derecho, se establecía que el titular tenía las facultades de “uso, goce y disposición”, en cambio en el Código de 1967

se eliminaron las palabras goce y disposición, conservando sólo la facultad de uso.

La diferencia entre la definición dada por el Código de 1981 consiste básicamente en que en su artículo 6 inciso 2, en el cual define el derecho de aprovechamiento señala que éste consiste en el “uso y goce de las aguas”, devolviendo así la facultad de goce, pero dejando fuera la facultad de disposición sobre las aguas, lo que resulta plenamente armónico con la intención de establecer que todas las aguas son de dominio público y que sobre el derecho de aprovechamiento se tiene propiedad, pero no sobre las aguas.

Así se establece la propiedad del titular de la concesión sobre su derecho de aprovechamiento, pero jamás sobre las aguas, establecido esto claramente al excluir al titular de la concesión, de la facultad de disponer de las aguas, permitiéndosele, sólo usar y gozar de ellas, ratificando con esto que el dominio de las aguas pertenece exclusivamente al Estado.

2.1.- Características del Derecho de Aprovechamiento.

El derecho de aprovechamiento es un derecho tan particular que las características que podrían darse son muchas, pero sólo se hará referencia a algunas de éstas, las más importantes:

- 1) Es un Derecho Real, lo que se desprende del artículo 6 del Código de Aguas de 1981.
- 2) Es un derecho real mueble, pero esto puede cambiar dependiendo de la utilidad que se esté obteniendo de las aguas, así por ejemplo si las aguas se utilizan para uso, cultivo o beneficio de un inmueble, éste tomará el carácter de derecho real inmueble. Se debe relacionar el artículo 4 del Código de Aguas con el artículo 580 del Código Civil.
- 3) Este derecho recae sobre un bien nacional de uso público, lo que se establece en los artículos 5 y 6 del Código de Aguas.

- 4) Queda gravado de pleno derecho, esto lo encontramos en los artículos 214 inciso 1, 258, 267 y 271 del Código de Aguas.
- 5) Este derechos expresa en volumen por unidad de tiempo, artículos 7 y 239 del C. A.
- 6) Este derecho impone ciertas cargas y responsabilidades, artículo 9 y 38.
- 7) El titular tiene derecho a ser indemnizado en caso que sea privado del agua que le corresponde aunque sea en parte, incluso que la expropiación se haya realizado por fuerza mayor como es el caso de las sequías, esto se encuentra establecido en el artículo 314 C. A.
- 8) Es un derecho principal, no depende de otro para acceder a él ni para subsistir por sí mismo.
- 9) Es un derecho de libre disposición, artículo 15 C. A.
- 10) Es un derecho divisible.
- 11) Tiene causales de extinción expresamente establecidas en la ley, estos e encuentra en el artículo 129 C. A.
- 12) Tiene protección Constitucional, por la vía del recurso de protección, se pueden ejercer las acciones posesorias y reivindicatorias, el amparo judicial y todas las demás acciones generales.
- 13) No existe la obligación de ejercer el derecho, ni de usar las aguas.
- 14) Este derecho conlleva la facultad de imponer las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, artículo 25 C. A.

2.2.- CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO.

En este apartado se identificarán las distintas clasificaciones de los derechos de aprovechamiento, labor cuya finalidad no es meramente ilustrativa, sino que reviste una enorme importancia en lo que a *derechos consuntivos y no consuntivos* se refiere el proyecto de ley que modifica el Código de Aguas.

Encontramos en nuestra Constitución Política la primera “Gran Clasificación” al hablar de Derechos *Constituidos* y de derechos *Reconocidos*, la cual se encuentra establecida en el artículo 19 N° 24, y les otorga la misma potencia jurídica a estos últimos que a los derechos nacidos de un procedimiento legalmente establecido. Vale decir, ambos derechos gozan de las mismas garantías jurídicas que la propiedad.

Otras subclasificaciones, podemos encontrarlas en el Código de Aguas, básicamente contenidas en los artículos 12 al 19, las cuales se complementan con otras disposiciones como las de los artículos 24, 312 y 313 del mismo Código.²³

La Doctrina también ha contribuido a esta clasificación, particularmente tratándose de los derechos inscritos y no inscritos.

2.2.1.- Derechos Consuntivos y Derechos no Consuntivos.

Esta clasificación es nueva en el Derecho de Aguas Chileno, se encuentra contenida en el artículo 13 del Código de Aguas y tiene gran importancia debido al tratamiento que se les da a unos y otros en el proyecto de reforma al Código de Aguas, actualmente en vigencia.

El Código de Aguas establece que un derecho consuntivo “*es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad*”.²⁴

Disposición que debe ser complementada y relacionada con lo dispuesto en el artículo 313 del Código de Aguas el que señala que, para los efectos del artículo 13, se reputan derechos de aprovechamiento consuntivo:

- 1.- Los que emanen de mercedes concedidas por autoridad competente sin obligación de restituir las aguas;
- 2.- Los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada, y

²³ Clasificación tomada de “Estudio de las aguas en el Derecho Chileno” de GUZMÁN, Alberto y RAVERA, Ernesto (1993) Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago.

²⁴ Artículo 13 del Código de Aguas de 1981

3.- Los derechos ejercidos con la calidad de consuntivos durante cinco años, sin contradicciones de terceros.

Un derecho no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho, como por ejemplo el uso en las centrales hidroeléctricas.²⁵ Esto se encuentra establecido en el artículo 14 del Código de Aguas. En el inciso segundo de esta disposición se establece una norma de protección respecto a derechos de terceros ya constituidos sobre las aguas sobre los cuales se otorgó un derecho de Aprovechamiento no consuntivo. Ahí se señala que la extracción como la restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas en lo que diga relación con su cantidad, calidad, sustancia, oportunidad de uso y demás particularidades.²⁶

2.2.2.- Derechos Constituidos y Derechos Reconocidos.

Los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos o concesionales son aquellos que han surgido de una concesión, de un “acto de autoridad” (artículo 20 inc.1° del Código de Aguas).²⁷ Por consiguiente estos derechos ex novo nacieron como consecuencia del procedimiento concesional que el ordenamiento jurídico ha proveído a los particulares para hacer uso de las aguas. Así también estos derechos constituidos pueden clasificarse dependiendo de si su constitución se produjo con anterioridad a 1981 (fecha en que entró en vigencia el Código de Aguas actual) y o si esta se produjo con posterioridad a esta fecha. Esta distinción es importante debido a que los derechos con fecha anterior a 1981 tienen un contenido

²⁵ Guzmán Alcalde, Alberto. “El agua en la legislación minera Chilena” Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Campus Guayacán. (2000) pág.182

²⁶ Sebastián Zulch Barrios. “Análisis Jurídico del Proyecto de ley que establece el pago de una patente por el no uso de las aguas” Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Pág.24

²⁷ Vergara Blanco, Alejandro. “Estatuto Jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas: en especial de su regulación y catastro”. Estudios Públicos, Santiago de Chile N°69 (verano de 1998) págs.155-205.

muy distinto a los constituidos a partir de esa fecha, esto porque los primeros no contienen en sus títulos toda la información que se exige a títulos nuevos, como por ejemplo, si se trata de derechos consuntivos o no consuntivos clasificación que fue introducida bajo la actual legislación.

Los derechos de aprovechamiento Reconocidos por el ordenamiento jurídico en cambio son aquellos en que se reconoce *“la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas, o de las que se encuentran en una situación especial”*.²⁸

Se trata por lo tanto de situaciones de hecho que ha previsto el legislador y es por esa razón que *“tales derechos tienen existencia a partir del reconocimiento contenido en la ley”*.²⁹

A modo de ejemplo se pueden señalar usos de aguas reconocidos como derechos por el legislador, a los siguientes:

- Las aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad.³⁰
- El uso de las aguas de un lago menor que está rodeado por tierras que pertenecen a un sólo dueño. *Lago menor* es aquel que no es navegable por buques de más de 100 toneladas.
- El uso de las aguas halladas en labores mineras, en la medida que sean necesarias para los trabajos de exploración, explotación y beneficio de los minerales.
- El uso tradicional e inmemorial de las aguas. Son los que han realizado las personas durante mucho tiempo, sin tener un título concesional previo y que encuentra fundamento constitucional en el artículo 19 N° 24 inciso final, y legal en el artículo 7 del DL 2.603 de 1979;

De esta misma manera, existen también otros casos que se contemplan en la legislación vigente, no sólo de aguas, como son por ejemplo en la Ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas bajo el N° 19.253 del año 1993.

²⁸ Ibidem, pág.168.

²⁹ Ibidem, pág.172.

³⁰ Artículo 20 del Código de Aguas de 1981.

2.2.3.- Derechos de Aprovechamiento Inscritos y no Inscritos.

Desde que entró en vigencia el Código de Aguas de 1981, se estableció que tanto los derechos constituidos por el Estado- Administración como los nacidos por otras situaciones de hecho, deben inscribirse en el Registro de Aguas respectivo. Ahora, aquellos derechos nacidos con anterioridad y que no se encuentren inscritos, *pueden ser inscritos*. Para esta situación nuestro Código establece 3 procedimientos de regularización de títulos dependiendo de la situación de hecho en que se encuentren (artículos 1,2 y 5 transitorios). Dicho de otro modo, los titulares de derecho de aprovechamiento no inscritos (o que alguna vez lo estuvieron pero que en posteriores transferencias dicha inscripción no se efectuó) no se encuentran obligados a inscribir sus títulos lo que ha generado que el ordenamiento jurídico no pueda identificar con exactitud a los dueños de las aguas en Chile. Tema que no tiene una importancia menor, como veremos por ejemplo si se quiere hacer pagar una patente o tarifa a los titulares de estos derechos.³¹

2.2.4.- Derechos de ejercicio Permanente y de ejercicio Eventual.

Se debe dejar en claro que es “el ejercicio” lo que puede ser permanente o eventual, nunca el derecho.

Son derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente aquellos otorgados con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas.³² Esto en conformidad a las disposiciones del presente Código, así como las que tengan esa calidad con anterioridad a su promulgación. Los demás son de ejercicio eventual. Luego el artículo 17 dispone que los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no

³¹ Sebastián Zulch Barrios. Op.cit. Pág.23.

³² Guzmán Alcalde, Alberto. Op.cit. pág.183.

contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alícuotas.

Los derechos de *ejercicio eventual* sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante, después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente.³³

Las aguas lacustres o embalsadas no son objeto de derechos de ejercicio eventual. El ejercicio de los derechos eventuales queda subordinado al ejercicio preferente de los derechos de la misma naturaleza otorgados con anterioridad. Hay que tener presente a su vez lo que dispone el artículo 312 del mismo Código que señala que para los efectos indicados en el artículo 16, se reputan derechos de ejercicio permanente, a la fecha de promulgación de este Código:

- 1.- Los que emanen de merced concedida con dicha calidad con anterioridad a su promulgación, siempre que sus titulares los hayan ejercido con las mismas facultades que el artículo 17 otorga a los titulares de derechos de ejercicio permanente, concedidos en conformidad al presente Código.
- 2.- Los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada.
- 3.- Los que emanen de los artículos 834,835 y 836 del Código Civil en relación con los propietarios riberanos; del artículo 944 del mismo Código, adquiridos durante la vigencia de estas disposiciones, y de prescripción, ejercitados en aguas no sometidas a turno o rateo.
- 4.- Los mismos derechos del número anterior, siempre que hayan sido reconocidos como de ejercicio permanente en aguas sometidas a turno o rateo.
- 5.- Los derechos ejercidos con la calidad de permanentes, durante 5 años, sin contradicción de terceros.

³³ Guzmán Alcalde, Alberto. Ob. Cit. Pág.183.

2.2.5.- Derechos de ejercicio Continuo, Discontinuo y Alternado.

Son derechos de *ejercicio continuo*, los que permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día.³⁴ El artículo 24 complementa esta disposición al establecer una presunción simplemente legal al señalar que si el acto de constitución del derecho de aprovechamiento no expresa otra cosa, se entenderá que su ejercicio es continuo.

Los derechos de *ejercicio discontinuo*, sólo permiten usar el agua durante determinados períodos, por ejemplo 12 horas, 6 meses, etc.

Los derechos de *ejercicio alternado*, son aquellos en que el uso del agua se distribuye entre 2 o más personas que se turnan sucesivamente.³⁵

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

CAPITULO III:

DERECHO COMPARADO: LA EXPERIENCIA EXTRANJERA EN LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS Y EN LO RELATIVO AL USO DE LAS AGUAS.³⁶

Se puede pensar que ya se está comenzando a tomar conciencia sobre la importancia del agua para nuestra subsistencia, esto debido a que desde hace ya algunos años los distintos países se están preocupando de reformar sus legislaciones respecto a esta materia. Así, podemos ver a Países como Inglaterra, Italia, Brasil, Alemania, México, Argentina y España por nombrar algunos, que han realizado reformas o modificaciones a la legislación respecto al Derecho de Aguas.

El agua es un bien cada vez más escaso, además de ser indispensable para la existencia y desarrollo de la vida humana, situación por la cual se ha llegado a la convicción de que no puede entregarse el uso de ésta exento de condiciones.

La tendencia existente en esta materia reviste distintos elementos, como por ejemplo el cobro por los derechos de aguas o declarar la caducidad del derecho de aguas en los casos en que este no sea utilizado en forma efectiva y beneficiosa según las condiciones bajo las cuales este fue otorgado. Estas medidas se toman con la finalidad de lograr un uso eficiente del recurso.

Se han uniformado criterios en lo relativo a la forma de otorgar los derechos de agua, tratando de que la cantidad entregada del recurso no sea superior a la cantidad que efectivamente se necesita. Respecto a esto las preocupaciones más importantes continúan siendo el impedimento en la formación de monopolios y también prevenir la práctica especulativa y la formación de barreras de entrada. Lo anteriormente señalado, constituye la base de todo el sistema de uso de las aguas en gran parte del mundo.

³⁶ SOLANES, Miguel y GETCHES, David. “Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico”. En www.rimisp.cl/boletines/bol2/

1.- LEGISLACIÓN DE AGUAS EN BRASIL.

El agua es considerada como un *bien económico*, escaso tanto en su cantidad como en su calidad, que requiere instrumentos legales que permitan balancear la oferta y la demanda con vistas al desarrollo sustentable.

La propiedad de las aguas, cuyos cuerpos son todos públicos, se divide en federal y estatal. Situación por la cual se producen problemas peculiares de manejo y asignación del recurso debido a la competencia de los órganos administrativos.

Las *otorgas* (entrega de derechos de aguas) en Brasil son efectuadas por las autoridades competentes del Gobierno Federal, de los estados y del Distrito Federal. No se requiere autorización para usos insignificantes, o embalses del mismo tipo, o pequeñas poblaciones en el medio rural. Los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos tampoco requieren concesión.³⁷

El aprovechamiento económico y social de los ríos y masas de aguas en las regiones de baja renta o sujetas a sequías recurrentes, tienen prioridad general consagrada esta en la propia constitución. Pero la prioridad fundamental en tiempos de escasez del recurso la tiene *el consumo humano y la subsistencia de toda la fauna asociada*. Se establece además que no se podrá usar agua sin *otorga* (entrega de derechos) y sin *pago por el uso del recurso*.

El derecho de aguas es considerado un instrumento central de control de aguas, el cual introduce en los usuarios una disciplina en el uso del recurso. Su objetivo es asegurar el control de calidad y cantidad de los usos del agua y el efectivo ejercicio de los derechos.

Los derechos de aguas pueden ser suspendidos al no cumplir con el uso establecido al momento de ser otorgada la concesión, que en esta legislación se produce por la *falta de uso de los derechos de aprovechamientos por un período mayor a 3 años seguidos*, también en caso

³⁷ Sebastián Zulch Barrios. Op.cit. Pág.38.

que se necesite para usos prioritarios, situaciones de emergencia, y para mantención de la navegación. Estos derechos son otorgados por un período máximo de 35 años, el cual es renovable.

2.- LEGISLACIÓN DE AGUAS ESPAÑOLA.

Una característica del derecho de aguas Español es el carácter de público que se le da a las aguas. Característica que se expresa en los textos de 1866-1879, legislación que ha tenido una vigencia centenaria, y ha sido calificada debido a su perfección como: “El monumento legal más prestigioso de toda la legislación administrativa del siglo XIX”.³⁸

Legislación que recogía mucho de derecho consuetudinario, el cual se encontraba muy arraigado en la conciencia nacional, lo que hizo que esta misma legislación fuera seguida por varias legislaciones extranjeras. Con el paso del tiempo sufrió variadas modificaciones producto de las nuevas exigencias requeridas por el derecho de aguas, dictándose así la ley de 1985.

Esta es la legislación que se encuentra actualmente en vigencia, la cual asume un criterio ordenador de carácter general, y en la cual se reitera con manifiesta insistencia que se trata de mantener una continuidad con el texto que viene a sustituir.

La novedad más importante aportada por esta ley consistió en la declaración de carácter público de todas las aguas continentales.

Los particulares solo pueden usar el agua en forma privada mediante concesiones en el tiempo, incluso hay si después de 3 años no han usado el agua para los fines declarados en la petición. Cualquier modificación en el uso debe ser aprobada por la autoridad que dio la concesión.

³⁸ García de Enterría, E., “ Dos Estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo”. 2º Edición. Madrid 1974. Pág. 65.

Cada cuenca es administrada por las Confederaciones Hidrográficas, organismos con personalidad jurídica distinta al Estado, pero que se agrupan en el Consejo Nacional del Agua.³⁹

3.- LEGISLACIÓN DE AGUAS DE COLOMBIA.

Se establece claramente que el dueño del suelo, subsuelo y recursos naturales no renovables es el Estado, esto sin perjuicio de los derechos legales adquiridos.

El Código de Recursos Naturales Renovables de 1974, establece que las aguas son de dominio público sin perjuicio de los derechos de los particulares adquiridos sobre las mismas, con las excepciones establecidas en el Código Civil. Pero se admite la existencia de aguas privadas, que son las que nacen y mueren naturalmente dentro de una misma heredad.

En la legislación Colombiana se establece que sólo se pueden usar las aguas mediante una concesión, además estas no pueden ser usadas en una cantidad mayor a la concedida, no se puede interferir con los usos otorgados a otros usuarios en forma legítima, ni usar aguas para fines no autorizados ni mucho menos desperdiciar el recurso.

Para el uso del recurso la primera prioridad se le otorga al “*consumo humano*”.

El orden de prioridad es flexible, ya que puede ser modificado en casos de emergencia. Estas prioridades son el consumo humano, necesidades domésticas, usos agropecuarios, generación de energía, industria y manufactura, minería y usos recreativos. Las concesiones hidroeléctricas no impiden que se den concesiones para otros usos sobre las mismas aguas.

El Código de Aguas de Colombia autoriza la transferencia de derechos (materia en la cual fue pionero) con autorización, lo que se encuentra

³⁹ DÍAZ L. José “El Derecho de Aguas en España” Editorial Civitas, Madrid España, 1986. Pág 165.

establecido en su artículo 95. Sin embargo esta autorización no se ha implementado.

Se pueden modificar las condiciones bajo las cuales se otorga una concesión, la que debe ser por causa justificada y resolución fundada, apelable.

El derecho de aprovechamiento se extingue por los siguientes motivos:

- 1.- por cesión no autorizada;
- 2.- uso no autorizado;
- 3.- incumplimiento de condiciones;
- 4.- agotamiento o disminución de la fuente;
- 5.- no uso por un período de 3 años.

4.- LEGISLACIÓN DE AGUAS DE ESTADOS UNIDOS.

El Estado es el dueño de toda el agua y como tal controla su uso y disposición. En esta legislación se trata el derecho de usar el agua como un claro derecho de propiedad, sujeto a dominio privado. Pero regulado y diferente del *corpus* que es siempre público.

En muchos Estados la preferencia en el uso del agua se le da al uso doméstico, lo que no significa que en tiempos de escasez esta preferencia sea superior a los derechos constituidos con anterioridad, aquí lo que se utiliza es el aforismo jurídico “Quien es primero en el tiempo, es mejor en el derecho”.

Los derechos de uso en el sistema de apropiación son usualmente alienables y no inherentes a la tierra. Pueden ser comprados y vendidos en una negociación privada. Pero cualquier cambio en las condiciones de la concesión deben ser aprobados por una agencia estatal o un juez.

Las concesiones se encuentran sujetas a condiciones como por ejemplo la cantidad de agua otorgada, la velocidad del flujo, los tiempos, y el propósito del uso del recurso.

La pérdida de los derechos de aprovechamiento puede producirse por el no uso de este por un tiempo determinado. En algunos Estados se declara que los derechos de aprovechamiento caducan en caso de no ser usados por un número particular de años, pero en otros en caso de no uso se presume que el titular ha abandonado su derecho de aprovechamiento, pero se le da la oportunidad de refutar esta presunción presentando evidencias de que su intención no era abandonar sus derechos de agua.

5.- LEGISLACIÓN DE AGUAS EN MÉXICO.

Conforme lo señala el artículo 27 de la Constitución de México, la propiedad de las aguas dentro del territorio nacional corresponde a la Nación, en forma original. Como algo curioso de destacar es que esta propiedad incluye las aguas de los mares territoriales, las marítimas interiores y las de las lagunas, con permanente o sin comunicación al mar.

El uso de las aguas continentales para usos comunes no requiere concesión.

Las concesiones sobre minas y aguas sólo pueden ser otorgadas a nacionales mexicanos y a sociedades mexicanas.

Las limitaciones que puedan establecerse a los derechos existentes se conciertan entre los usuarios y la Comisión de Aguas a través de los consejos de cuenca, para los casos de emergencia, escasez, sobreexplotación o reserva. Pero en todos los casos la prioridad la tienen los usos domésticos.

Los derechos de agua son transferibles.

Las concesiones pueden ser suspendidas en ciertos casos como la falta de pago, falta de cumplimiento de obligaciones de verificación o inspección, o por la falta de cumplimiento en general con las obligaciones de la concesión.

Las concesiones pueden terminarse por vencimiento del plazo, por el uso indebido en relación a la cantidad otorgada, por no pago de las

contribuciones, por el no uso por un plazo de 3 años, por incumplimiento reiterado en cuanto a usos y calidad, por no efectuar las obras obligatorias, por transmisiones no autorizadas, por rescate de la concesión y por resolución judicial.

6.- LA LEGISLACIÓN DE AGUAS EN FRANCIA.

Esta legislación rige desde el año 1964, pero se le introdujeron algunas modificaciones en 1992, dentro de las cuales se le dio al agua el carácter de patrimonio común de la Nación.

Pero se reconocen los derechos de aprovechamiento privados otorgados con anterioridad a esta legislación. Cualquier obra de aprovechamiento que se realice debe ser antes que todo autorizada por el Estado.

El agua es manejada por organismos a nivel de cuencas, los cuales cobran a los usuarios por usar y contaminar el agua. La Comisión Nacional del Agua agrupa a las Agencias de Cuencas, que son entes privados que actúan como agencias financieras para los usuarios directos.

7.- LA LEGISLACIÓN DE AGUAS EN INGLATERRA.

Las aguas se encuentran regidas por un cuerpo legal dictado entre los años 1990 y 1991, en el cual se establece que no se acepta que el Estado o los particulares sean dueños del agua.

Como no se acepta la propiedad, el uso del agua opera mediante concesiones, por lo que no existen organizaciones de usuarios. Además de esto la autoridad tiene la facultad de cobrar cánones o tarifas por los servicios prestados a los particulares.

La función pública queda reducida a la supervisión y vigilancia sobre la utilización.

8.- LA LEGISLACIÓN DE AGUAS EN ARGENTINA.

El método utilizado aquí es el de un sistema federal con leyes diferentes en cada provincia.

Se establece que las aguas son del Estado; sólo se mantienen como aguas privadas aquellas que nacen y mueren dentro de un fundo, las aguas lluvias que caen dentro, y las vertientes que no forman cauce, y que no salen del predio.

La legislación de Mendoza indica que las concesiones son perpetuas y se limitan al uso original.

Los problemas acaecidos por las cuencas compartidas entre 2 ó mas provincias son resueltos por los comités de Cuencas Hídricas.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I:

EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO BAJO LA VISIÓN DEL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS.

1.- BREVE SÍNTESIS DE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO.

Con fecha 2 de diciembre de 1992, por medio del mensaje del Presidente de la República, contenido en el Boletín 876-09, y presentado a la Cámara de Diputados, se propuso al H. Congreso Nacional un proyecto de ley que modifica el Código de Aguas.⁴⁰

El mensaje dirigido por su excelencia a la Honorable Cámara de Diputados señala:

“Uno de los desafíos y problemas mayores a que la sociedad Chilena se verá enfrentada en los próximos años es el que se relaciona con la disponibilidad de recursos de aguas, en cantidad y calidad apropiadas, para responder a los requerimientos de su desarrollo económico y social, en un proceso que signifique, además respeto al medio ambiente y a la calidad de vida de nuestros ciudadanos.

El país se encuentra enfrentado a condiciones generales críticas de escasez y contaminación acentuadas en las zonas más áridas, que requieren de normas generales eficaces para solucionar esas dificultades.

La actual legislación adolece de excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso escaso y finito, defectos que deben ser corregidos a la brevedad para evitar situaciones de crisis que, en definitiva, conduzcan a soluciones intempestivas y poco razonadas.

⁴⁰ Arévalo Cunich, G., “ Proyecto de ley que modifica el Código de Aguas. El estado de tramitación y debates que ha originado” Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales. Vol. III N° 2, año 2001. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Pág.291.

La acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellas, no obstante su obtención original gratuita, constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país.

La existencia de cauces naturales afectados por contaminación insoportable, implica, asimismo la semilla de conflictos que afectarán las bases mismas de nuestro medio ambiente y la salud y vida de nuestros compatriotas.

El actual proceso de avance y desarrollo sostenido de los sectores agrícolas, hidroeléctrico, industrial, minero y sanitario que en gran medida se sustentan en el uso del agua y que son receptores de grandes inversiones nacionales y extranjeras, exige seguridad jurídica en la utilización de los recursos hídricos. Esa seguridad no se consigue con normas que permiten situaciones abusivas, como las indicadas, sino con disposiciones legales justas y equilibradas, que conduzcan a un acceso equitativo a este preciado recurso natural, y que garanticen al mismo tiempo su utilización racional y su conservación.....”⁴¹

Por los motivos expuestos es que se plantea la necesidad de modificar la legislación vigente con este proyecto (el cual ya entró en vigencia) debido a que existía una legislación muy permisiva, impide el funcionamiento del mercado, provoca problemas de acaparamiento, especulación, barreras a la entrada e inseguridad jurídica. Esta situación es la que se quería cambiar en la cual los tenedores de derechos de aguas tienen el dominio a perpetuidad, pueden transar libremente sus derechos y el mercado es el asignador del recurso, por un sistema en que el derecho está ligado a un uso y la acción del mercado es fuertemente restringida, pasando a ser la Dirección General de Aguas el verdadero asignador del recurso.⁴²

⁴¹ Patricio Aylwin, A., “Mensaje del Presidente de la República a la H. Cámara de Diputados, con el cual se inicia el proyecto que modifica el Código de Aguas” Diciembre 2 de 1992.

⁴² Ugarte Araya, Paula., “Derecho de Aprovechamiento de Aguas, Análisis Histórico, Extensión y Alcance en la Legislación Vigente”. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. 2003. Pág.80.

Las modificaciones propuestas fueron agrupadas en cuatro grandes grupos y son las siguientes:

1. Normas sobre recuperación de la condición de bien nacional de uso público del agua, la justificación de su necesidad y su uso obligatorio.
2. Normas sobre conservación y protección de las aguas y cauces.
3. Normas sobre administración integrada de cuencas y perfeccionamiento de organizaciones de usuarios.
4. Normas relacionadas con aspectos regionales.⁴³

La legislación vigente permite la solicitud y obtención ilimitada de recursos hídricos en forma gratuita, las únicas condiciones son de orden administrativo. Así, con el proyecto se propone establecer límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento, limitaciones que en la práctica se traducen en justificar el uso y la utilización que se les dará a las aguas solicitadas.

En el mensaje se proponía, para solucionar el problema del acaparamiento y no uso de los derechos de aprovechamiento la declaración de caducidad de éstos, sin indemnización, si transcurrían más de 5 años sin ser utilizados.

Lo que el proyecto establecía era que dentro de 5 años las aguas debían ser utilizadas. Sin embargo, como es posible y muy normal que existan proyectos que requieran un período mayor, se contempla la posibilidad de que este plazo sea mayor o de prorrogarlo en caso que sea necesario. En caso que no se utilicen las aguas dentro de este plazo o en el establecido por la concesión, el derecho de aprovechamiento se extinguiría, según lo señalaba el artículo 26 bis de la iniciativa legal comentada.

La DGA planteó que como el agua misma es aún de propiedad pública, el Estado puede imponer condiciones a los derechos de usar el agua que tengan los privados sin necesidad de que con esto se viole su garantía Constitucional de la propiedad. A pesar de esto, grupos opositores al

⁴³ Zulch Barrios S., Ob. Cit . Pág. 45.

gobierno, así como también grupos de interés del sector privado encabezados por la Sociedad Nacional de Agricultura y la Confederación de Canalistas de Chile, se opusieron tenazmente a la disposición propuesta que obligaría a usar el agua dentro de un período máximo de 5 años. La oposición rechazó la propuesta por ser claramente inconstitucional, y en segundo lugar porque estas reformas tenían un “enfoque típicamente estatista, que recordaba los oscuros días de la reforma agraria”.⁴⁴

1.1 Primera Indicación Sustitutiva al proyecto de ley (1993).

Con el análisis realizado al proyecto comenzaron a surgir inquietudes respecto al ya mencionado artículo 26 bis, el cual establece que en caso de no uso de las aguas dentro de determinado período, este derecho sufrirá su extinción.

Normativa que motivó la inquietud de los distintos sectores políticos, lo que llevó a reestudiar el tema y que se tradujo en el establecimiento de un sistema de aplicación de patentes, similares a las mineras, para los derechos de aprovechamiento no utilizados, pero ya constituidos. En cambio para las concesiones futuras o en proceso de tramitación se mantuvo la idea de su extinción por no uso. Esto se hizo presente a la H. Cámara de Diputados modificando la iniciativa original por el mensaje N° 79-327, con fecha 30 de septiembre de 1993.

Asimismo, se propuso un procedimiento judicial para sacar a remate público aquellos derechos de aprovechamiento cuyas patentes no hubieren sido pagadas.

⁴⁴ Bauer, Carl. “Contra la corriente: Privatización, Mercados de agua y el Estado de Chile”. Título original “Against the current: Privatization, Water Markets, and the state in Chile”. Pág. 112.

1.2 Segunda Indicación Sustitutiva al Proyecto de Ley (1996).

Con posterioridad a la indicación de 1992, el ejecutivo estimó necesario encargar a una Comisión Interministerial Especial, compuesta por funcionarios de los Ministerios de Obras Públicas, Agricultura, Bienes Nacionales, Comisión Nacional de Energía y por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, para que se dedicaran al estudio del proyecto de ley antes aludido, con el objeto de formular las proposiciones y recomendaciones que estimaren convenientes.

Tras el estudio del tema, esta Comisión Especial propuso un documento esencial en la historia legislativa de este proyecto de ley, la indicación sustitutiva de 1996, presentada al H. Congreso Nacional por parte del ejecutivo, indicación contenida en el oficio N° 005-333 de fecha 4 de julio de 1996, en la cual se excluyen algunos temas y se agregan otros nuevos aspectos.

En la práctica esta indicación sustituye en su totalidad el proyecto original de 1992.

Este proyecto fue aprobado el 18 de agosto de 1997 en la H. Cámara de Diputados, en su primer trámite Constitucional, por 61 votos a favor, 32 votos en contra y 16 abstenciones.

El 20 de agosto de 1997, se envía al Senado el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados.

El 26 de agosto de 1997, ingresa el proyecto al Senado para la realización del primer Informe de Comisión Especial, y de la Comisión de Hacienda.

Sin embargo con fecha 16 de septiembre de 1997, 30 señores Diputados, que representan más de la cuarta parte de esa Corporación, presentaron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional en contra de determinados preceptos de este Proyecto de Ley solicitando que se declaren inconstitucionales, por vicios de forma. A juicio de los Diputados el proyecto transgredía en múltiples disposiciones el artículo 19 N° 23 de la Constitución

Política de la República. Esto se fundamentó en que el proyecto establecía limitaciones que afectaban seriamente la adquisición de los derechos de aprovechamiento.

Además se alegaba que estas limitaciones no habían sido votadas según el quórum establecido para las Leyes de Quórum Calificado, por así indicarlo el inciso final de la norma constitucional indicada.

Con fecha 13 de octubre de 1997, el tribunal Constitucional por oficio N° 1325, remitió copia autorizada de la sentencia dictada por dicho tribunal, en los autos Rol N° 260, determinando en definitiva su rechazo.

Este proyecto ingresó al Senado el día 26 de agosto de 1997, para primer informe de la Comisión Especial y por la de Hacienda en su caso. Posteriormente con fecha 19 de noviembre de 1998, la sala modifica el trámite del proyecto ante la Comisión Especial, acordando que sea informado en primer término por la Comisión de Obras Públicas y después por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Luego por la de Hacienda.

La Comisión de Obras Públicas despachó este proyecto de ley después de estudiarlo a través de nueve sesiones realizadas entre los meses de enero y mayo de 1999.

Luego y por un acuerdo adoptado entre los comités, el 11 de agosto de 1999, ratificado ese mismo día por la sala, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento consideró esta iniciativa legal a lo largo de trece sesiones celebradas durante los meses de junio a noviembre de 1999 y en enero de 2000, la cual es aprobada con algunas modificaciones.

Por último, el proyecto fue enviado a la Comisión de Hacienda del Senado, la que emitió el informe correspondiente con fecha 15 de septiembre de 2000. Dicha Comisión aprobó por mayoría de votos aquellos artículos que eran de su competencia.

1.2.1 Objetivos fundamentales del proyecto definidos en la indicación sustitutiva de 1996.

A continuación pasaremos a analizar los aspectos más importantes de la reforma y que guardan relación con el derecho de aprovechamiento, los cuales son los siguientes:

a) Establecimiento del pago de una Patente por la no utilización⁴⁵ de las Aguas.

El proyecto de reforma, agrega al Código de Aguas actual un título XI, que se denomina “**Del pago de una patente por la no utilización de las aguas**”, el cual se compone de 10 artículos, que van desde el 129 bis 4 al 129 bis 13.

Nos encontramos frente a la primera diferencia sustancial de los mensajes originarios del proyecto de ley en cuestión, por cuanto, la administración Frei, introduce recién en el año 1996, el requisito del pago de un gravamen a los titulares de los derechos, sin importar la fecha de adquisición de los mismos. Pago que se origina con ocasión de la no utilización o utilización parcial de los derechos de aguas concedidos a los titulares.

En este punto la indicación sustitutiva del mensaje comentado señala: *“Con el objeto de corregir dicha deficiencia legal y lograr una mayor fluidez de las transacciones y evitar la acumulación de derechos de agua en forma desmesurada, sin que exista un aprovechamiento actual y futuro previsible por parte de quienes los detentan, se hace necesario establecer un sistema de patentes que grave los derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados”.*

⁴⁵ Se entienden utilizados aquellos derechos de aprovechamiento que cuenten con obras de captación de aguas.

La determinación del pago de un tributo constituye una innovación sustantiva al régimen Chileno de Aguas, porque con esto se alteran de manera indefectible las condiciones económicas en las cuales se desarrollan las actividades del rubro.

Así el Diputado Juan Pablo Letelier manifiesta:

*“Estos ejemplos son suficientes para justificar la aplicación de un impuesto a quienes hagan mal uso de un recurso hídrico, el más escaso en el planeta, el cual permite desarrollar y garantizar la vida de la especie a futuro”.*⁴⁶

Debemos mencionar el parecer del ejecutivo contenido en el mensaje en lo que respecta a esta materia:

“El gobierno estima que éste constituye un primer paso, realista y factible de implementar en el corto plazo, el que además es concordante con una política de tarificación del uso del recurso, la que es ampliamente aplicada en diversos países que consideran que el agua es un recurso escaso”.

El ejecutivo solicita que el Honorable Congreso tenga a bien determinar que el pago de las patentes en cuestión, se circunscriba a la ubicación hidrográfica de la cuenca respectiva, es decir que el monto de la patente que deba pagar el usuario de los derechos en cuestión, se diferenciaría según la latitud de ubicación del punto de captación de las aguas.

Existe además, un caudal mínimo a partir del cual se comienza a cobrar la patente.⁴⁷ Están exentos de ésta aquellos derechos de agua no consuntivos cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 100 litros por segundo, en las regiones Primera a Metropolitana ambas inclusive, y a 500 litros por segundo en el resto de las regiones. Tratándose de los derechos consuntivos, la exención es para los derechos cuyos volúmenes

⁴⁶ Letelier, Juan Pablo. Opinión manifestada en la sesión en sala N° 60 de fecha 13 de mayo de 1997.

⁴⁷ Se verá que una de las críticas a este sistema es precisamente que la ley concibe un mecanismo para eximirse del pago de la patente.

por unidad de tiempo sean inferiores a 10 litros por segundo en las regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 50 litros por segundo en el resto de las regiones.

b) Facultad de la autoridad para la concesión de nuevos derechos de aprovechamiento.

El Proyecto pretende que los interesados en obtener nuevos derechos de aprovechamiento justifiquen el destino que se les dará a estos a fin de incentivar proyectos productivos y terminar con el acaparamiento de derechos ociosos.

Por esto se le otorga al Director General de Aguas la facultad para limitar o denegar solicitudes, esto mediante una resolución fundada. En aquellos casos en que no se hubiese justificado la cantidad de agua que se necesita extraer atendidos los fines invocados por el peticionario. Para ello se establece la necesidad de dictar un reglamento, que establezca relaciones técnicas “objetivas” entre usos de agua y caudales requeridos.

Se intenta establecer una facultad estatal, a nuestro juicio impensable en un modelo económico liberal, consistente en la determinación por el órgano administrativo respecto de la oportunidad y conveniencia de la utilización de los derechos de agua concedidos a los particulares. Es decir, la entidad estatal, en este caso la Dirección General de Aguas quedaría facultada para imponer al solicitante de una nueva concesión en el acto de otorgamiento de los derechos respectivos, el caudal y los usos específicos y exclusivos a los que puede destinarse el agua otorgada.⁴⁸

⁴⁸ Fuenzalida Vives, José V., “Conveniencia, Oportunidad y Sistematización Normativa del Proyecto de Ley creador del Título XI del libro Primero del Código de Aguas” Tesis de Magister en Derecho. Facultad de Derecho Universidad de Chile.2001. Pág.16.

Respecto a este aspecto el mensaje presidencial señala lo siguiente:

“En la actualidad la autoridad está obligada a constituir el derecho a un solicitante si la petición es legalmente procedente, existe la disponibilidad del recurso y no se afecten derechos de terceros”.

En esta forma se entrega al funcionario público la facultad de asignar el recurso a su arbitrio, lo que atentará contra la libre iniciativa y libertad económica, transforma al resultado de la solicitud en un hecho subjetivo, de futuro incierto de consecuencia inconstante y además origina una fuente de conflicto latente.

Al no señalarse en la ley las “razones de bien público”, estas serán determinadas en cada oportunidad a su arbitrio por el funcionario a que le corresponda resolver, sin otro antecedente que su buen o mal criterio u otras razones que hoy no se perciben, por lo que a nuestro juicio la subjetividad que siempre acompañará la decisión, transformará a la solicitud en una petición de resultado incierto, agravada por la inconstancia del criterio que se adopte en cada caso. Por lo mismo serán normales las decisiones contradictorias, instaurándose de esta forma el principio de la inconstancia decisoria.⁴⁹

Al respecto el diputado Munizaga señalaba lo siguiente:

“Con estos pretextos se pretende cambiar la situación actual, en que los tenedores de los derechos tienen el dominio a perpetuidad, pueden transar libremente sus derechos y el mercado es el asignador del recurso, por un sistema en que el derecho está ligado al uso y la acción del mercado es fuertemente restringida, pasando a ser la dirección de aguas el verdadero asignador del recurso”.⁵⁰

Asimismo, el Director General de Aguas podrá, en circunstancias excepcionales y en virtud de condicionantes hidrológicas, constituir el derecho de aprovechamiento de aguas en modalidades distintas a como fue

⁴⁹ Fuenzalida Vives, José V., Ob.cit. Pág. 17.

⁵⁰ Munizaga Eugenio., Intervención en sala en la Cámara de Diputados en la sesión 69, de fecha 13 de mayo de 1997. Págs.19-22.

solicitado, y siempre que conste el consentimiento del interesado, lo cual no difiere de lo que en la práctica actualmente realiza la Dirección General de Aguas.

El Director General de Aguas tendrá la facultad para establecer en el acto de constitución, especificaciones técnicas, condiciones, plazos, prohibiciones u otras modalidades y limitaciones que afecten el derecho.

En relación a este tema el autor Enrique Brown Opazo, ha señalado: “Resulta de todo inadecuada la norma que agrega como nuevo requisito de la solicitud para adquirir un derecho de aprovechamiento de aguas, la justificación de la necesidad de la cantidad de agua que se solicita.

Se está en presencia de otro aspecto poco preciso, en el cual la autoridad administrativa deberá actuar calificando a su arbitrio si la necesidad manifestada por el solicitante justifica o no el otorgamiento del derecho de aprovechamiento”.⁵¹

c) Normas sobre conservación y protección de las aguas y cauces.

Debido a los graves problemas existentes con motivo de la contaminación y del uso indebido de los ríos y sus cauces, han desencadenado una situación crítica de las aguas en todo Chile, un claro ejemplo de ello es la situación del río Bío Bío, en la octava región, el más caudaloso del país.

En el proyecto se contempla la creación de la figura del *caudal mínimo ecológico* a fin de evitar que un cauce llegue a desaparecer como ecosistema como efecto de la extracción absoluta del agua, y su establecimiento significará que en los cauces, no se concederá el total del agua puesto que una parte de ella deberá mantenerse escurriendo para lograr sostener la vida natural que se encuentra ligada al río correspondiente.

⁵¹ Brown Opazo, E., “Análisis del Recurso de Agua y su Connotación en la Legislación Chilena” Universidad Finis Terrae. Santiago. 1994. Pág. 21.

Con la introducción de esta figura se pretende a su vez complementar lo señalado en el artículo 42 de la Ley de Bases del Medio Ambiente que dice que el organismo público encargado por ley (DGA) de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, de acuerdo con la normativa vigente, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación.⁵²

Junto con introducir el concepto de caudal mínimo ecológico, se señala además en el proyecto que la Dirección General de Aguas deberá establecer una red de estaciones de controles de calidad, cantidad y niveles de las aguas tanto superficiales como subterráneas en cada cuenca u hoya hidrográfica. La información obtenida deberá ser publicada y proporcionada a quien lo solicite. De esta manera la DGA deberá tomar en cuenta la influencia recíproca que existe entre los caudales subterráneos y los superficiales.

Finalmente se le otorga también a la DGA, la facultad para ordenar la inmediata paralización de las obras o labores que se ejecuten en los cauces naturales de aguas corrientes o detenidas que no cuenten con la autorización competente.

d) Consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento.

Se introduce un nuevo inciso 2° al artículo 22 del actual Código de Aguas. En el cual se establece que se otorgará el derecho de aprovechamiento luego de tener en cuenta la explotación conjunta de los recursos superficiales y subterráneos de una misma cuenca u hoya hidrográfica y no podrá afectar los derechos constituidos o reconocidos con anterioridad sobre dichos recursos.

Esta situación es fuente de conflictos por la influencia recíproca de ambos caudales, por lo que se generan interferencias en el ejercicio de los respectivos derechos.

⁵² Sobre el tema ver Vergara Blanco, Alejandro. “Estatuto Jurídico de caudales mínimos ecológicos”.

El proyecto trata de evitar que se produzca este conflicto, por lo cual le impone a la Dirección General de Aguas la obligación de analizar y cuantificar todos los recursos de la cuenca, para determinar si existen las disponibilidades correspondientes en el lugar indicado.

e) Perfeccionar el procedimiento de regularización de títulos contenido en el artículo 1° transitorio del Código de Aguas y que establecen obligaciones a que estarán afectos los Conservadores de Bienes Raíces del país, en relación con el Catastro Público de Aguas.

En este artículo se establece un sistema de regularización de aquellos derechos de aprovechamiento que alguna vez estuvieron inscritos en el registro de propiedad de aguas respectivo, pero que en posteriores transferencias o transmisiones no lo hubieren sido. En virtud de dicho procedimiento, el interesado puede recurrir al conservador de Bienes Raíces respectivo solicitando la inscripción de los títulos correspondientes desde su actual dueño hasta llegar a la inscripción de la cual proceden.

En caso que no pudiere aplicarse lo establecido anteriormente, el interesado puede recurrir al juez competente para que éste ordene la inscripción, debiendo para ello tener a la vista los documentos y antecedentes que dicha norma indica.

Este procedimiento ha dado origen a múltiples problemas, por cuanto en su aplicación se han utilizado diversos criterios por parte de los jueces. Además, al no exigirse un informe de la DGA, se priva a dicho organismo de tomar conocimiento de la materia, para los efectos de la información que sobre las aguas debe tener por expreso mandato del Código de la especialidad, como también de la de dar su opinión fundada sobre el tema y, de poner en conocimiento del Tribunal los antecedentes que permitan una mejor resolución de la materia.

En consecuencia, el proyecto propone modificar dicho artículo en el sentido de establecer con carácter de obligatorio, el informe respectivo de la

DGA, estableciéndose además, la obligatoriedad de publicar la solicitud respectiva en el caso del procedimiento judicial, previsto en el inciso 2° de la norma que se propone.

Por otra parte, la DGA, por mandato del Código de Aguas debe llevar el Catastro Público de Aguas, en el que debe constar toda la información que tenga relación con ellas. Sin embargo, dicho servicio carece de los medios necesarios para exigir que la información respectiva le sea remitida, razón por la cual en el proyecto se proponen normas que obligan a los Conservadores de Bienes Raíces a enviar a la DGA, copias autorizadas de todas las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que practiquen en el Registro de Aguas a su cargo, bajo apercibimiento de incurrir en las sanciones que el proyecto establece.⁵³

Las obligaciones establecidas a los Conservadores de Bienes Raíces son entre otras, la de enviar copia autorizada a la DGA, por carta certificada, de todas las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que se practiquen en el Registro de Aguas dentro del plazo de 30 días, contado desde la respectiva inscripción, subinscripción o anotación.

f) Conceder Personalidad Jurídica a las Comunidades de Agua.

El proyecto contempla que las comunidades de aguas que hayan cumplido con los requisitos de registro en la Dirección General de Aguas, gozarán de personalidad jurídica.

⁵³ Arévalo Cunich, Gonzalo. Op.cit. Pág.295.

CAPÍTULO II:

ANÁLISIS A LAS OBSERVACIONES HECHAS AL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS.

1.- Inconstitucionalidad de las Normas establecidas por el Proyecto.

1.1.- Se vulneran los atributos o facultades esenciales del dominio que tienen sus titulares sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.

Este punto ha sido uno de los más criticados dentro de la reforma, justificadamente al parecer de ésta memorista, debido esto a la inconstitucionalidad que trae consigo la creación de esta patente que atenta contra diversas garantías Constitucionales, lo que ha llevado a ciertos sectores políticos a rechazar tajantemente legislar sobre esta materia.

El profesor Bertelsen⁵⁴ estima que toda propiedad, como lo es el derecho de aprovechamiento, es susceptible de verse limitada por la ley como también que se le impongan obligaciones derivadas de la función social que es inherente a la propiedad. Pero esas limitaciones y obligaciones deben ser lícitas para no infringir la Constitución y para ello debe emanar de la Ley y respetar los atributos y facultades esenciales del dominio, entre los cuales está la posibilidad de utilizar el bien de la manera que desee su propietario como también la libre disposición de su derecho de aprovechamiento.

El proyecto original contemplaba en su numeral 4 “el uso o destino inicial que se dará al agua”, esto conforme a que su tenor literal establecía un uso único al cual se podían destinar las aguas. Esa vinculación del derecho de aprovechamiento a un uso específico privaba al titular del derecho de aprovechamiento de su goce por cuanto no podía arrendarlo ni entregarlo en

⁵⁴ Bertelsen Repetto, Raúl. “ Análisis Constitucional de la Reforma al Código de Aguas”. Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol.II n°1, enero-junio 2000. Págs. 63-74.

usufructo, lo que es a todas luces inconstitucional porque priva de una de las facultades esenciales del dominio.

Mediante una indicación sustitutiva del ejecutivo el 18 de diciembre de 1998 se propuso la eliminación de este requisito, bajo el criterio de no impedir la libre transferibilidad del derecho según lo señalaron los representantes del ejecutivo en su oportunidad.⁵⁵

Para el profesor Raúl Bertelsen existen en el proyecto otros elementos inconstitucionales en lo relativo a las facultades y atributos esenciales de los dueños de derecho de aprovechamiento de aguas. Como lo señalado en el artículo 149 del proyecto, norma relativa al contenido de la resolución que constituye el derecho de aprovechamiento y que establece en su inciso final: “El Director General de Aguas estará facultado para establecer, en el acto de constitución, especificaciones técnicas, condiciones, plazos, prohibiciones u otras modalidades y limitaciones que afecten el ejercicio del derecho”.⁵⁶ Esa facultad según el profesor Bertelsen es inconstitucional no sólo porque no se respeta la reserva legal establecida a favor de la ley en el artículo 19 N°24 inciso 2° para establecer limitaciones a la propiedad, transfiriendo a un órgano de la administración del Estado para poder imponerlas, sino porque también se ha puesto en peligro el goce efectivo de un derecho reconocido constitucionalmente al conferir al Director General de Aguas atribuciones de tal amplitud que, al ser ejercitadas discrecionalmente, pueden menoscabar un derecho que el Estado se encuentra obligado a respetar plenamente.

Doctrinariamente podemos señalar lo establecido por el destacado profesor de la Cátedra de derecho de aguas de la Facultad de Derecho de la

⁵⁵ Sin embargo, la justificación del uso o destino inicial fue reincorporada al Proyecto por la Comisión de Hacienda pero no de la misma forma, como se verá más adelante.

⁵⁶ Actualmente, y tras varias modificaciones al proyecto, el inciso dispone lo siguiente: “En el acto de constitución el Director General de Aguas podrá establecer especificaciones técnicas, condiciones, limitaciones u otras modalidades que afecten el ejercicio del derecho, con el objeto de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros”.

Pontificia Universidad Católica de Chile, don Alejandro Vergara quien manifiesta⁵⁷:

“Respecto de los derechos que concede el Estado, debe recordarse que si bien las aguas son consideradas del dominio público (bienes nacionales de uso público), aquel crea a favor de los particulares un “derecho de aprovechamiento” sobre las aguas, derecho este 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”.

El otorgamiento de rango constitucional y protección a dicho nivel de los derechos de aprovechamiento de aguas, nace por la triste experiencia del pasado respecto de estos derechos. Efectivamente la ley de Reforma Agraria N° 16.640 contempló la expropiación y terminó con cualquier forma de dominio privado sobre las aguas, existente antiguamente, por medio de un sistema de derecho real similar al actual.

Respecto a esto el Senador don Sergio Romero señalaba:

“Al introducir la “presunción de no uso” o uso parcial del recurso y entregar atribuciones a la autoridad para decidir si el agua está siendo bien o mal utilizada por parte de un usuario, lo que nos recuerda el sistema aplicado hace ya 30 años por la Ley 16640 de Reforma Agraria que consagró una cadena de arbitrariedades funcionarias y que pretendió dividir y calificar subjetiva y políticamente al buen agricultor que *“nada tenía que temer”* y que al final fueron las primeras víctimas de dicho proceso.

Entregar a un funcionario, por más inteligente e incorruptible que sea, el decidir si el agua está bien o mal utilizada es haber olvidado demasiado pronto lo que efectivamente ocurrió en el país y que tan caro nos costó a todos los Chilenos”.⁵⁸

⁵⁷ Vergara Blanco, Alejandro. Ob.Cit. Pág. 267.

⁵⁸ Romero, Sergio. Intervención realizada en Seminario “Derechos de Aguas, las modificaciones Legales Pendientes”. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Con fecha 14-17 de octubre de 1996. Pág.4.

Ante este descalabro ocurrido en los primeros años de la década del setenta, el constituyente ha querido constituir garantía constitucional a los derechos de aprovechamiento de aguas, manifestando expresamente que se entrega a los titulares el dominio sobre el derecho de aprovechamiento sobre el recurso hídrico.

El constituyente además le ha otorgado la protección constitucional del artículo 20 de la Constitución Política de la República, para resguardar esta garantía de toda acción u omisión que prive, perturbe o amenace el libre ejercicio del derecho de aprovechamiento.

No hay duda respecto a que el artículo 19 N° 24 inciso final, constituye una disposición que produjo un apreciado fomento e incentivo a las actividades productivas requirentes del agua. Efectivamente al existir seguridad y certeza jurídica respecto del tratamiento de los derechos de aprovechamiento de agua, al encontrar protección constitucional y resguardo legal al libre ejercicio del recurso, actividades como la agricultura, silvicultura, hidroelectricidad, cultivo de salmones, etc., han encontrado un sustento suficiente para obtener un desarrollo cada vez más significativo e importante.

Se entrega al titular del derecho un estatuto jurídico que le permite el máximo de desarrollo de las actividades productivas, confiriendo de tal forma la seguridad y certeza jurídica en el libre uso de sus derechos, permitiendo de tal manera una inversión efectiva en actividades de producción de bienes y servicios.

A este respecto la diputada Evelyn Matthei señala:

*“Alguien podría decir que el agua no se usaría ineficientemente, porque la DGA velaría porque su uso fuese eficiente y rentable. ¿Estaría alguien dispuesto a invertir en una actividad que necesita agua si después pueden quitarle sus derechos, porque unas cuantas personas estiman que no las usa eficientemente o en forma rentable?”.*⁵⁹

Lo anterior contrasta con algunas disposiciones del proyecto, en especial en lo relativo al otorgamiento a la DGA de la facultad de determinar

⁵⁹ Matthei, Evelyn. Cámara de Diputados, sesión en sala N°69, de 13 de mayo de 1997.

la utilización del recurso en los nuevos otorgamientos de derechos de aprovechamiento.⁶⁰ Así como la aplicación del pago de una patente a los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas, que a criterio de la DGA no hubiesen utilizado la totalidad o parte de los recursos entregados en el respectivo título.

Integran los atributos del dominio la facultad de usar y gozar el bien, arbitrariamente, poseyendo estos dos atributos del dominio como único límite la ley o derechos ajenos.

Así debemos entender el no uso como una posibilidad inherente a la calidad de propietario, de esta manera los límites que la ley pueda establecer en esta materia deben obedecer a un interés superior de la Nación, pero por sobre todo la limitación debe efectuarse conforme a la naturaleza de los bienes cuyo fundamento sea la trascendencia del fin superior en cuestión.⁶¹

Corresponde tener presente que el pago de una patente por la omisión de la utilización de un derecho, no se conforma a este criterio con el requisito de racionalidad antes mencionado, por cuanto los derechos de aprovechamiento de aguas se constituirían en una obligación, una carga para su titular, por cuanto el propietario del derecho, no posee la libertad de determinar su utilización, sino sólo la exigencia de su uso absoluto.

No hay duda que la norma contenida en el proyecto materia de estudio otorga al órgano ejecutivo la facultad de constreñir la libertad en el uso de los atributos del dominio en las propiedades sujetas a su control. De esta manera el proyecto de ley limita en sustancia el dominio de los titulares del derecho de aprovechamiento, sin entregar al afectado la debida compensación.

Concluimos entonces en forma tajante que la exigencia impuesta al titular del dominio del derecho de aprovechamiento, en lo referente al

⁶⁰ Proposición del nuevo artículo 149 del Código de Aguas.

⁶¹ Confróntese con sesión 148 Comisión de estudio Nueva Constitución, anexo documentos.

obligatorio uso de la totalidad de los recursos hídricos asignados, cercena de manera manifiesta el libre ejercicio del derecho de propiedad en su esencia.⁶²

Al entender de esta memorista, las normas del proyecto de ley en estudio no constituyen medidas calificables como limitaciones al dominio, sino que tienen una naturaleza jurídica diversa calificable derechamente como expropiación.

Cabe destacar que la Comisión de Legislación y Justicia del Senado, realizó un estudio recabando importantes opiniones de jurisperitos, asociaciones gremiales relacionadas con la actividad productiva afectada por el proyecto de ley, asociaciones de Canalistas y Centros de estudios superiores y entidades asesoras de la realidad política, económica, jurídica y social.

En el estudio se presentaron diversos criterios, como el de algunos eruditos que no encuentran reparos en el orden constitucional a la imposición de la patente por no uso, estableciendo que las normas en estudio no se contraponen al derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República. Así podemos señalar la opinión del destacado Constitucionista don José Luis Cea Egaña quien manifiesta.⁶³

“El dictaminante inició su respuesta a tal consulta que ha sido aclarada, ya que la normativa en análisis no cercena en ninguna de sus facultades y atributos esenciales, porque lo que hace es regular su ejercicio para que sea legítimo y no abusivo, al importar una carga tributaria derivada de la función social. Se trata, en efecto y con precisión digo, de una obligación originada en los intereses generales de la nación.

Luego, continúa el documento:

“Indicó que las razones que llevan al legislador a proyectar la normativa sobre patentes, consta en los anales fidedignos de las normas respectivas. De ellos fluyen también, con cualidad inequívoca, la

⁶² Véase pág. 196, intervención Alberto Guzmán Alcalde, II jornada de Derecho de Minería, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, 1999.

⁶³ Diario Actas Oficiales Senado, 5° sesión Comisión Legislación y Justicia, 17 de octubre de 2000. Pág.597.

proporcionalidad, el gravamen en relación con el fin lícito perseguido con ella. Resulta entonces, que estos preceptos en gestación contienen una obligación impuesta al ejercicio de la propiedad, fundada en su función social, dominio que subsiste incólume en su núcleo esencial, como está ya dicho.”

La presente memorista no concuerda con los planteamientos de este destacado profesor, por cuanto a este juicio no se está limitando en pos de la función social el derecho de propiedad del afectado, sino por el contrario se cercena la esencia misma del derecho de propiedad.

De concordar con el criterio de este profesor, sería lícito exigir que todo propietario de bienes, deba utilizar los mismos, por cuanto correspondería por vía de la sanción controlar que los titulares de los bienes sean aprovechados en toda su potencialidad, no obstante el libre arbitrio que corresponde al dueño, todo justificado por la función social.

El pensamiento antes citado, califica como limitaciones provenientes de la función social de un bien aquello que a juicio de esta memorista es definible como expropiación sin derecho a indemnización.

1.2 Infracción a la norma Constitucional que prohíbe establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

Nuestra Constitución Política establece en su artículo 19 N° 20: “La Constitución asegura a todas las personas: La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas. En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”.

En este punto concuerdo con lo señalado por el profesor Bertelsen, en cuanto considera que el proyecto de ley en comento transgrede dicha norma constitucional, al constituir el pago por la omisión en la utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas la naturaleza de un tributo. Así señala:

*“El proyecto que modifica el Código de Aguas y que estudia actualmente el Senado, establece el pago de una patente por la no utilización de las aguas, que conceptualmente es un tributo. Así se desprende de la doctrina de los autores más destacados que han estudiado las normas Constitucionales de índole tributaria y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y ha sido reconocido asimismo durante la tramitación del proyecto de ley en análisis”.*⁶⁴

Debe considerarse en este trabajo que la Excelentísima Corte Suprema ha señalado⁶⁵:

“El vocablo tributo fue incorporado en la actual Constitución, en reemplazo de la voz contribuciones o impuestos, de modo que ha de entenderse que comprende además, las tasas o cargas semejantes”

Además de esto, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en su sesión N° 398 define como tributo: *“Obligaciones pecuniarias que la ley impone a las personas para el cumplimiento de los fines del bien común propios del Estado”.*

Así a criterio de esta memorista el vocablo tributo debe ser entendido en el sentido más amplio posible, comprendiéndose en tal índole los pagos por concepto de patentes, contribuciones, las tasas, peajes, impuestos directos e indirectos, etc...

De tal forma atendiendo lo preceptuado por el Constituyente, por la Corte Suprema y el Constitucionalista Bertelsen, el sistema de pago de una patente por la ausencia de uso de derechos de aprovechamiento de agua, debe ser considerada como la imposición de un tributo al titular del mismo, y como consecuencia de ello se extiende a dicha contraprestación de los particulares para con el Estado, la disposición Constitucional que se recoge en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁶⁴ Bertelsen R., Raúl., Informe Constitucional solicitado por la Sociedad Nacional de Minería, de fecha 13 de septiembre de 1999.

⁶⁵ Considerando 15 de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 28 de enero de 1992. Rol N°16293.

En estas materias Constitucionales de tamaña trascendencia, es imprescindible citar al destacado autor José Luis Cea Egaña, quien ha señalado referente al artículo 19 N° 20 de la CPR, que se expresan cuatro principios básicos. a) Principio de la Legalidad, b) Igualdad o de Isonomía en la repartición de ellos, c) Justicia, Razonabilidad, No confiscación o no confiscatoriedad; d) No afectación o Uso determinado.⁶⁶

En la obra ya citada, Cea Egaña referente a la justicia del tributo cita una Sentencia de la Corte Suprema⁶⁷ la cual señala lo siguiente:

“El principio de Proporcionalidad asegura la debida confianza de que el tributo o gabela que se imponga a los servicios, concesiones, permisos(...) guarde la debida relación equitativa con tales servicios, concesiones o permisos, como una forma de respetar el principio básico de igualdad ante la ley e igual repartición de los tributos(...) manteniendo dentro de ciertos márgenes relativos, el equilibrio necesario para tratar de que situaciones iguales, las cargas o el sacrificio sean también semejantes”.

Desarrollando el texto del inciso 2° de la norma Constitucional en cuestión, señalamos que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁶⁸ define en su segunda acepción la voz “Manifiesta” como: *“Descubierto, Patente, Claro”*.

Es decir, aquello que no requiere mayor conocimiento, que se percata por el sujeto a la simple observación.

“Desproporcionado”: *“Que no tiene la proporción conveniente o necesaria”*⁶⁹

Por consiguiente, debemos entender que la desproporción equivale a un adjetivo calificativo, sinónimo de desmesurado, descomedido, descomunal, colosal o excesivo.

⁶⁶ Confróntese, Cea Egaña, José Luis. “El Sistema Constitucional de Chile, Síntesis Crítica, Editorial Alfabet. Artes Gráficas, primera edición. Pág. 131 y siguientes.

⁶⁷ Considerando 8 sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 28 de enero de 1992. Causa Rol N°16293.

⁶⁸ Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa, Vigésima Primera Edición. 1996.

⁶⁹ Diccionario de la Lengua Española. Op.cit.

“Injusto”: *“No justo o equitativo”*⁷⁰, a su vez se define en el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo “Justicia” en su tercera acepción como: *“Derecho, Razón, Equidad”*. Quizás aclarar el significado del concepto Justicia debe ser uno de los misterios más trascendentes de la ciencia del derecho, por lo que en este trabajo solo nos limitaremos en señalar para este caso que lo injusto, es simplemente lo que repudia, repulsa o contraría con una racional y adecuada organización o distribución.

A mi juicio la carga pecuniaria que se impone a los propietarios de los derechos de aprovechamiento de aguas en la eventualidad que no sean utilizados comprende efectivamente un tributo calificable como desmedido.

El Senador don Sergio Romero establece lo siguiente:

“El proyecto propone establecer una patente, que se aplicaría respecto de las aguas no usadas por el titular del derecho de aprovechamiento, en circunstancias que lo que en definitiva se está proponiendo es un tributo, ya que tiene todas las características de un impuesto y no de una patente. Se aplica sobre el hecho de no usar aguas, su base imponible está determinada en la forma establecida en su articulado (volumen por diferencia de altura de captación y restitución en el caso que no sea consuntiva y si es consuntiva sólo volumen).

La patente o mejor dicho el impuesto, es progresivo en el tiempo y su tasa en los consuntivos una proporción de una UTM o factor 0,33 en los no consuntivos”.⁷¹

El mismo concluye:

“En suma, el proyecto como está actualmente concebido plantea un reemplazo del mercado libre asignador de los recursos acuícolas por un criterio legal aplicado discrecionalmente por la autoridad funcionaria.”⁷²

En este mismo sentido el abogado Bertelsen en la obra antes citada señala:

⁷⁰ Diccionario de la Lengua Española. Op.cit.

⁷¹ Romero, Sergio. Op.cit. Pág.5.

⁷² Romero, Sergio. Op.cit. Pág.7.

“Tal ocurre, a mi juicio, de modo especial con la patente sobre derechos no consuntivos que no se utilicen, establecida en el artículo 129 bis 4 del Código de Aguas contenido en el proyecto de ley que conoce el Senado. La norma propuesta en efecto luego de determinar la suma inicial a pagar por concepto de patente en base al valor de esta, multiplicada por el volumen de agua y el desnivel entre los puntos de captación y restitución al cauce, multiplica después por cinco el valor de la patente por derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos entre el año 6-10 desde la fecha de su otorgamiento, y luego por 25 años a partir del año 11. Ello determina, según cálculos que he tenido a la vista para algunos proyectos hidroeléctricos, el pago anual de patentes por derechos no consuntivos de varios centenares de millones de pesos en los cinco primeros años, luego entre los años 6-10 cantidades del orden de mil quinientos o algo más de dos mil quinientos millones de pesos, y a partir del año 11 cifras que en algún caso supera los 10 mil millones de pesos anuales”.

Finalmente no hay duda que se puede concluir que el artículo 129 bis 4 del proyecto (cuyas normas ya se encuentran vigentes) ha establecido tributos fuera de la ley, tanto en la facultad de determinación como en la cantidad de la contraprestación, por lo que para el criterio de destacados Constitucionalistas, al cual adhiere humildemente esta memorista, las normas en cuestión vulneran abiertamente la garantía constitucional del artículo 19 N° 20 de la CPR.

1.3 Afectación en su esencia y en el libre ejercicio de la propiedad que tienen sus titulares sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.

El artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución Política señala: “La Constitución asegura a todas las personas: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los

casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio."

El Constituyente ha querido imponer límites a las regulaciones o restricciones que el legislador pueda establecer en el libre ejercicio de las garantías constitucionales señaladas por la Constitución.

La Constitución reconoce que el Estado se encuentra destinado primeramente a proteger a la persona humana, y por ende debe no sólo omitir infracción de las garantías personales en el ejercicio de sus funciones, sino además es deber del mismo velar por el pleno respeto de las mismas.

Respecto a este punto don Gonzalo Arévalo Cunich⁷³ señala:

"Se infringe la garantía constitucional del artículo señalado que tiene por objeto proteger los derechos en su esencia y en su libre ejercicio, y en cuya virtud la ley no puede privar a los titulares de un derecho, de aquellos aspectos que le son consustanciales, y con los cuales se desvirtuaría su esencia, como tampoco imponer condiciones, tributos o requisitos que importen exigencias que lo entrapen más allá de lo razonable, o lo hagan impracticable.

En efecto, al establecer el proyecto de ley una patente que sanciona el no uso de los derechos de aprovechamiento, sanción aplicable no sólo a aquellos derechos que se constituyan a partir de la vigencia de la ley, sino que también a los demás derechos, que cuando se constituyeron no estaban sujetos a ella, importa desconocer el derecho de propiedad sobre esos derechos de aprovechamiento, el que goza del mismo reconocimiento y protección que sus dueños tenían al momento de su adquisición.

En virtud de lo anterior, la ley no puede afectar a los derechos adquiridos bajo la vigencia de una normativa que no contemplaba la sanción indicada, pues sobre dichos derechos sus titulares tienen una propiedad amparada constitucionalmente con todos sus atributos y facultades esenciales".

De acuerdo a este tema el Instituto de Libertad y Desarrollo señala:

⁷³ Arévalo Cunich, G. Op.cit. Pág.297.

“El proyecto en estudio demuestra que el objeto de la patente sería que el titular en definitiva, se deshaga de su derecho de aprovechamiento o pierda los derechos que no usa. En este sentido la patente afectaría el derecho de dominio en su esencia e impediría su libre ejercicio, lo cual está expresamente prohibido en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.⁷⁴

Siguiendo la opinión anterior, el profesor Francisco Selamé⁷⁵ señala:

“El régimen de patentes pretende sin disimulo hacer caducar los derechos de aprovechamiento de quien no los usa, lo cual vulnera el artículo en mención, según el cual los tributos no pueden impedir el libre ejercicio de los derechos garantizados Constitucionalmente”.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en una sentencia de mayo 26 de 1989:

*“Si en la regulación que hace una ley de alguna actividad económica se desliza alguna disposición que en lugar de facilitar su libre ejercicio lo embaraza o enerva de alguna manera, esa disposición ciertamente será inconstitucional por afectar adversamente su desarrollo”.*⁷⁶

En consecuencia podemos concluir que en el proyecto en cuestión (actualmente ley 20.017, en vigencia) se expropia el dominio de los titulares del derecho de aprovechamiento sin indemnización, por cuanto se cercena el uso y goce de la propiedad sobre ellos, se establece un tributo manifiestamente desproporcionado, se modifica una situación jurídica preexistente la cual es sustento de garantía constitucional y se entrega a un ente administrativo atribuciones que sólo corresponden sean conferidas al órgano legislativo por causas expresamente determinadas en la Constitución.

⁷⁴ Buchheister, Axel. Representante del Instituto libertad y Desarrollo. Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Pág. 22.

⁷⁵ Selamé M, Francisco. “Las Modificaciones Legales Pendientes”. Ponencia realizada en Seminario de Derecho de Aguas efectuado los días 14,15, 16 y 17 de octubre de 1996. Facultad de Derecho Universidad de Chile y Fundación Universidad de Chile. Pág.1-3.

⁷⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXVI N° 2, mayo-agosto de 1989. Sección quinta. Pág.62.

2.- Otras observaciones realizadas al proyecto con relación al derecho de aprovechamiento.

2.1 Problema de la discrecionalidad administrativa en que puede incurrir el Director General de Aguas.

Según el artículo 129 bis 8 del proyecto, será el Director General de Aguas, el encargado de determinar cuándo no se están usando las aguas sobre las cuales se tiene constituido un derecho de aprovechamiento.

Por su parte el artículo 129 bis 9 establece las presunciones de no uso en que deberá basarse el Director General de Aguas, para determinar el no uso de éstas.

Respecto a estas facultades otorgadas a la autoridad administrativa por el artículo 129 bis 8, en opinión de ciertos sectores políticos, tal atribución significará conceder un rol preponderante al Estado, que atentará contra los principios de libertad y propiedad, que sustenta nuestro ordenamiento jurídico.

El Diputado Carlos Vilches ante esta situación indicó:

“Preocupa especialmente en las regiones de Coquimbo y Atacama, pues por ser estas zonas de escasez, deben tener más derechos que las cantidades que normalmente se estiman por hectárea, debido a que por falta de agua en los caudales, generalmente no se reparten los derechos que corresponde”.⁷⁷

Según su parecer la disposición comentada pondría en riesgo la seguridad de riego que hoy tienen estas regiones, pues faculta de manera indirecta a la autoridad administrativa a través del pago de patentes, a privar de derechos a sus titulares.

El Diputado de la República don Eugenio Munizaga expresó:

“La proposición del gobierno significa una vuelta atrás en la legislación, especialmente grave en esta oportunidad, pues significa un dardo

⁷⁷ Vilches, Carlos. Cámara de Diputados. Sesión 69. 13 de mayo de 1997. Pág.45.

en el corazón de la propiedad privada y en la economía de mercado. El Gobierno aduce que la normativa actual sobre las aguas es demasiado permisiva, que impide el funcionamiento del mercado y provoca problemas de acaparamiento, especulación e inseguridad jurídica, y con estos pretextos se pretende cambiar la situación actual, por un sistema en que el derecho está ligado a un uso y la acción del mercado es fuertemente restringida, pasando así, a ser la Dirección General de Aguas el verdadero asignador del recurso”.⁷⁸

Con esto en definitiva lo que sucederá en la práctica será que, bajo el pretexto de solucionar problemas menores se pretende facilitar la corrupción administrativa.

De la misma tendencia se manifestó la Diputada señora Evelyn Matthei, quien manifestaba: Este proyecto elimina todo sano funcionamiento del mercado y lo sustituye por la vieja receta socialista, esto es, dar prerrogativas a un funcionario de gobierno que se supone intachable y desea el bien común. Lo más grave, a su opinión, es que este proyecto no solucionará ningún problema, sino que creará otros nuevos, aquellos que se observan dondequiera que se hayan aplicado las recetas socialistas: ineficiencia, discrecionalidad, arbitrariedad y corrupción.

En lo relativo a las presunciones de no uso contempladas en el artículo 129 bis 9, la mayor crítica formulada ha sido la discrecionalidad administrativa que se entrega a través de la presunción de no uso en aquellos casos en que el no aprovechamiento de las aguas resultaba acreditado mediante los informes técnicos pertinentes, según lo indica la letra d) del artículo en comento, de la ley 20.017.

Para la Sociedad de Fomento Fabril, la vaguedad de la presunción de no uso, acreditada según “*Los Informes Técnicos Pertinentes*”, concedería a la Dirección General de Aguas poderes enormes y arbitrarios y la transformaría en una instancia, que sustituiría al mercado como instrumento

⁷⁸ Munizaga, Eugenio. Op.cit. Págs.19-22.

de asignación de las aguas, con los riesgos tanto económicos como éticos que ello implica.⁷⁹

⁷⁹ Sociedad de Fomento Fabril. Informe presentado a la Comisión de Estudio del Régimen de Aguas sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas. Cámara de Diputados. Sesión 67. 17 de mayo de 1997. Pág.151.

CONCLUSIONES

La legislación Chilena sobre derecho de aguas vigente antes de la entrada en vigencia de la ley 20017, permitía la utilización indefinida del recurso hídrico sin costo alguno para su titular, vale decir, tanto su adquisición como su conservación tenían el carácter de gratuitos. No existían usos preferidos de aguas y la libertad en su uso era absoluta en el sentido de que podían ser utilizadas con el objeto que se deseara por su titular, sin ningún tipo de restricción.

La idea original para el Código de Aguas era diferente a lo que se aprobó finalmente, lo que se pretendía era establecer un mecanismo de tarificación del recurso por la vía de cobrar una tarifa para conseguir un derecho nuevo por parte del Estado, y/o establecer un impuesto a la tenencia de derechos de aprovechamiento, idea que no prosperó, al parecer debido a presiones del sector agrícola.

Desde hace ya 13 años, se encontraba en el H. Congreso Nacional un proyecto de Ley de reforma al Código de Aguas (Ley 20.017 actualmente en vigencia) el cual pretendía remediar una omisión legislativa al imponer el pago de una patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas. Si bien existía consenso sobre la necesidad de reformar el Código de Aguas, no existía y aún no existe acuerdo en que el pago de una patente por la no utilización de los derechos de aprovechamiento sea la alternativa más adecuada para lograr evitar tanto el acaparamiento de los derechos de agua, como la práctica de la especulación.

Esta patente es aplicable a los derechos de aprovechamiento constituidos y reconocidos, consuntivos y no consuntivos, de ejercicio permanente, no permanente e incluso de ejercicio eventual. De la misma manera esta patente grava los derechos que hayan sido constituidos y reconocidos con anterioridad a la vigencia de la ley 20.017, situación que ha provocado mucha inquietud en los titulares de los derechos de aguas.

En este punto la presente memorista toma partido por los planteamientos realizados por el profesor Raúl Bertelsen quien considera que la finalidad de la patente es la de gravar una situación de hecho: el no uso de las aguas, señalando que el proyecto vulnera un atributo o facultad esencial del dominio que tienen sus titulares sobre su derecho, en lo relativo a la facultad de uso, *“debido a que su ejercicio deja de ser libre desde el momento que el no uso, que es una posibilidad inherente a la calidad de propietario, para algunos derechos de aprovechamiento queda afectado en el proyecto a un tributo de tal cuantía que significa prácticamente la privación de la propiedad sobre ese derecho”*. La presente memorista comparte la opinión del profesor y cree que la función social de la propiedad no puede ser concebida en un sentido tan amplio y absoluto que admita este tipo de situaciones que lo único que consiguen es debilitar el concepto de propiedad privada.

Además se debe señalar que la fórmula de una patente por no uso, no es la ideal, pues además de los reparos de carácter Constitucional señalados en el cuerpo de este trabajo que afectan a varias de las disposiciones de la ley en comento, creo además que el efecto que provocará el cobro de esta patente, puede llegar a ser totalmente contrario al pretendido, esto es, *“la eficiente asignación del recurso”*. En efecto, puede ocurrir que una persona a fin de no tener que ser sancionado con el pago de la patente tome la opción de malgastar las aguas o que utilice diversas artimañas con tal de simular su uso y así evitar el pago de ésta.

Otro punto muy importante tiene relación con el alto costo que puede llegar a alcanzar la patente por no uso, pues según lo han señalado varios sectores, este cobro puede afectar negativamente el desarrollo económico nacional, logrando así un desincentivo en las intenciones de inversión en ciertas actividades, especialmente en el sector hidroeléctrico. Sabiendo que este sector es el que concentra la mayor cantidad de derechos de aprovechamiento sin usar, se debe legislar para poner un freno a esta situación de acaparamiento, abriendo así la entrada a nuevos inversionistas,

esta situación en que se paga una patente por no uso, como solución a este problema traerá más consecuencias negativas que positivas ya que va a significar un freno a muchas inversiones importantes, debido a que el monto que pueden alcanzar puede llegar a ser muy alto.

Esta situación será también muy grave para los campesinos, debido a que estos deberán de inmediato parar sus obras de regadío, riego tecnificado, acopio de aguas, etc., a fin de acreditar ante la Dirección General de Aguas que se ha utilizado el total del quantum de los derechos entregados en concesión. ¿Cómo los titulares de los derechos de aprovechamiento consuntivos superficiales van a acopiar aguas en sus embalses para los períodos de sequía y crisis si la Dirección General de Aguas les obligará a utilizar la totalidad de los recursos que les entreguen sus derechos, so pena del pago de la patente? ¿Que será más costoso para los agricultores, pagar las multas impuestas por la ley 20.017, o perder sus cultivos en épocas de sequía, en las cuales no han podido juntar agua ante la normativa actual?

Se debe razonar, en caso de escasez del recurso hídrico, que multar a los titulares de los derechos que a juicio del ente administrador no han utilizado el recurso adecuadamente, se asemeja, a la facultad que puede conferirse al Estado de multar al propietario de una mina de oro ante la omisión de su explotación, cuando exista escasez del mineral.

Se propone que en vez del pago de una patente por no uso se pague por cada litro por segundo solicitado, lo que sería una especie de canon o tasa de pedimento, y que exista una contribución periódica de acuerdo a los derechos de agua que se tengan, sin importar el uso que se le dé.

Otra opción podría ser la aplicación de un impuesto al derecho, se use o no, situación que es definitivamente más conveniente que la aplicación de un impuesto por no uso, pues también podría ser una herramienta adecuada el establecer un impuesto que no discrimine entre uso y no uso, ya que el pago de una patente por no uso contradice la lógica económica que apunta mucho más en la dirección de establecer formas de pago por el uso.

La Ley comentada también introduce un elemento de discrecionalidad a la administración, al establecer una presunción de uso de las aguas en la cual se señala que las aguas se entienden utilizadas “si existen las obras de captación de las mismas. En el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivos, deberán existir también las obras necesarias para su restitución”. Y luego agrega “se entenderá por obras de captación en corrientes naturales aquellas que permitan incorporar las aguas a los canales o a otras obras de conducción, aún cuando tales obras sean de carácter temporal y se renueven periódicamente”. La definición de “obras de captación” es demasiado ambigua y permite la introducción de un elemento discrecional en favor de la administración, ello porque en definitiva la persona encargada de determinar si las aguas están siendo usadas es el Director General de Aguas. Un grave problema en este punto tiene que ver con la ausencia de criterios técnicos que indiquen lo que debe entenderse por "obra de captación" situación que implica finalmente un traspaso de decisión a un órgano administrativo. Que la facultad de decidir que aguas no son utilizadas se radique en una potestad discrecional deficientemente reglada, echa por tierra toda seguridad jurídica en la propiedad del derecho de aprovechamiento.

Las normas contenidas en la ley 20.017 carecen de objetividad técnica en sus disposiciones más relevantes como son la determinación de no uso de las aguas y la justificación de uso de ésta. A esto se le debe sumar la falta de conceptualización técnica de lo que debe entenderse por usar las aguas.

En muchos aspectos las modificaciones hechas a la antigua legislación representan solamente un mejoramiento teórico en el manejo de los recursos hídricos en el país, ya que en la práctica el impacto de la mayoría de las modificaciones será casi nulo.

Lo que probablemente resultará con estas modificaciones sería la devolución a través del tiempo de los derechos no consuntivos al Estado, solucionando con esto el problema de acaparamiento de derechos de aprovechamiento. Pero ¿qué se gana con la patente de no uso sobre

derechos consuntivos si no existe la capacidad de contabilizar las obras y determinar el caudal no utilizado? En el fondo no se vislumbra un cambio real en la eficiente asignación de los recursos hídricos sin una legislación que afecte todos los derechos de aprovechamiento de aguas, de una forma consistente con las capacidades de los organismos que manejan y administran el recurso.

Para concluir, debo señalar que el texto en vigencia no posee semejanza con el mensaje y proyecto de Ley primitivo de 1992, el cual poseía un noble y adecuado fin de hacer frente a determinadas situaciones de abuso en lo que respecta a la concesión de derechos de aprovechamiento de aguas. Por lo anterior, a este criterio, la ley en vigencia requería de una mayor revisión en su sustancia, una reflexión y maduración que consultara la opinión, que como la de esta memorista, son críticas a las normas introducidas por ésta.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBORNOZ GUZMÁN, Patricia “Derecho Indígena y Derecho de Aguas”. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica, año 2000.
2. ARÉVALO CUNICH, G. “Proyecto de ley que modifica el Código de Aguas. El estado de tramitación y debates que ha originado” Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales. Vol. III N° 2, año 2001. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.
3. AYLWIN, A., Patricio “Mensaje del Presidente de la República a la H. Cámara de Diputados, con el cual se inicia el proyecto que modifica el Código de Aguas” Diciembre 2 de 1992.
4. BAUER, Carl “Contra la corriente: Privatización, Mercados de agua y el Estado de Chile”. Título original “Against the current: Privatization, Water Markets, and the state in Chile”.
5. BAUER, Carl “Los Derechos de Agua y el Mercado: Efectos e Implicancias del Código de Aguas Chileno de 1981”. Revista de Derecho de Aguas. Vol. IV, Año 1993.
6. BERTELSEN REPETTO, Raúl “ Análisis Constitucional de la Reforma al Código de Aguas”. Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II n°1, enero-junio 2000.
7. BERTELSEN R., Raúl, Informe Constitucional solicitado por la Sociedad Nacional de Minería, de fecha 13 de septiembre de 1999.

8. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. www.bcn.cl
9. BROWN OPAZO, E., "Análisis del Recurso de Agua y su Connotación en la Legislación Chilena" Universidad Finis Terrae. Santiago. 1994.
10. BUCHHEISTER, Axel. Representante del Instituto libertad y Desarrollo. Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.
11. CÓDIGO DE AGUAS, República de Chile. Editorial Jurídica de Chile, Edición decimoquinta, Santiago Chile, 1996.
12. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición, 2000.
13. FREI RUIZ-TAGLE, Eduardo. Mensaje 005-333. Fecha 4 de julio de 1996.
14. CEA EGAÑA, José Luis. "El Sistema Constitucional de Chile, Síntesis Crítica" Editorial Alfabeta, Artes Gráficas. Primera edición.
15. CONCHA S. Marcela Y DÍAZ H. María. "Estudio de la propuesta modificatoria al Código de Aguas de 1981" Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2001.
16. DÍAZ L. José "El Derecho de Aguas en España" Editorial Civitas, Madrid España, 1986.
17. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Espasa, Vigésima primera Edición. 1996.

18. DONOSO HARRIS, G. "El Mercado de aprovechamiento de aguas en Chile." Ponencia en Seminario de Derecho de Aguas, realizado el 29 y 30 de julio de 1998. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Antofagasta.
19. DOROUJEANNI Axel, "El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad" Director de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL, Seminario realizado 30 de marzo de 1999.
20. ESCUDERO ARIAS, Bernardino "La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas" Santiago de Chile. 1990, Editorial EDIAR, Conosur Ltda.
21. FUENZALIDA VIVES, José, "Conveniencia, Oportunidad y Sistematización Normativa del Proyecto de Ley creador del Título XI del libro Primero del Código de Aguas" Tesis de Magister en Derecho. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2001.
22. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Dos Estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo". 2º Edición. Madrid 1974.
23. GUZMÁN ALCALDE, A.; RAVERA HERRERA, E. "Estudio de Las Aguas en el Derecho Chileno" Ediciones Jurídicas "LA LEY" 1993.
24. GUZMÁN ALCALDE, Alberto. "El agua en la legislación minera Chilena" Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Campus Guayacán. (2000)
25. INFORME COMISIONES DEL SENADO. Comisión Constitución, Legislación y justicia del Senado, publicada en el diario oficial del senado, correspondiente a la sesión 5º, de fecha 17 de octubre de 2000.

26. INFORME COMISIONES DEL SENADO. Comisión de Hacienda.
27. INFORME COMISIONES DEL SENADO. Comisión de Obras Públicas.
28. LEY 20.017 de reforma al Código de Aguas de 1981.
29. LIRA OVALLE, Samuel "El Derecho de Aguas ante la Cátedra" Colección Manual de Estudios N°1, Universidad Católica de Chile, 1956.
30. MATTHEI, Evelyn. Cámara de Diputados, sesión en sala N° 69, de 13 de mayo de 1997.
31. MUNIZAGA Eugenio, Intervención en sala en la Cámara de Diputados en la sesión 69, de fecha 13 de mayo de 1997.
32. MUÑOZ G., Gabriel. "Revista de la confederación de canalistas de Chile" sobre la convención Nacional de Regantes de Chile, Santiago 29 y 30 de Agosto 1986.
33. PROYECTO DE LEY de reforma al Código de Aguas, de diciembre de 1992.
34. PROYECTO DE LEY de reforma al Código de Aguas, aprobado por la Cámara de diputados, agosto de 1997.
35. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo LXXXVI N° 2, mayo-agosto de 1989. Sección quinta.
36. ROMERO, Sergio. Intervención realizada en Seminario "Derechos de Aguas, las modificaciones Legales Pendientes". Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Con fecha 14 al 17 de octubre de 1996.

37. SELAMÉ M, Francisco. "Las Modificaciones Legales Pendientes". Ponencia realizada en Seminario de Derecho de Aguas efectuado los días 14,15, 16 y 17 de octubre de 1996. Facultad de Derecho Universidad de Chile y Fundación Universidad de Chile.
38. SEMINARIO de Derecho de Aguas. "Realidad y Proyección del Derecho de Aguas" Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta, julio de 1998.
39. SEMINARIO de Derecho de Aguas. "Derecho de Aguas - Las modificaciones Legales Pendientes". Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Fundación Universidad de Chile, octubre de 1996.
40. SENTENCIA PRONUNCIADA POR LA CORTE SUPREMA, Rol N°16293, el 28 de enero de 1992.
41. SESIÓN EN SALA CÁMARA DE DIPUTADOS N° 69, 13 de mayo del año 1997.
42. SOCIEDAD DE FOMENTO FABRIL. Informe presentado a la Comisión de Estudio del Régimen de Aguas sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas. Cámara de Diputados. Sesión 67. 17 de mayo de 1997.
43. SOLANES, Miguel y GETCHES, David. "Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico". En www.rimisp.cl/boletines/bol2/
44. UGARTE ARAYA, Paula, "Derecho de Aprovechamiento de Aguas, Análisis Histórico, Extensión y Alcance en la Legislación Vigente". Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2003.

45. VERGARA BLANCO, Alejandro. “*Derecho de Aguas*”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Stgo. 1998.
46. VERGARA BLANCO, Alejandro. “Estatuto Jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas: en especial de su regulación y catastro”. *Estudios Públicos*, Santiago de Chile N° 69 (verano de 1998)
47. VERGARA BLANCO, Alejandro. “Estatuto Jurídico de caudales mínimos ecológicos”.
48. VILCHES, Carlos. Cámara de Diputados. Sesión N° 69. 13 de mayo de 1997.
49. VODANOVIC H., Antonio. “Código de Aguas” (colección de leyes con indicaciones y notas). Editorial Nascimento, Santiago, Chile 1969.
50. ZULCH BARRIOS, Sebastián. “Análisis Jurídico del Proyecto de ley que establece el pago de una patente por el no uso de las aguas” Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 2003.

INDICE

Resumen	1
Introducción	2

1° PARTE

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO.

1.- Fuentes en el Derecho Romano	6
1.1 Derecho Romano Clásico	6
a) Dominio de las Aguas.....	6
b) Derecho de Aprovechamiento.....	7
1.2 Derecho Romano Post Clásico.....	8
a) Dominio de las Aguas.....	9
b) Derecho de Aprovechamiento.....	9
c) Sistema concesional.....	10
2.- Antecedentes Históricos.....	11
2.1 Modelo Andino Prehispánico.....	11
2.2 Modelo Hispánico.....	13
2.3 Legislación Precodificada.....	13
2.3.1 Código Civil de 1857.....	13
2.3.2 Legislación post-Código de 1857 hasta 1900.....	14
2.3.3 Legislación desde principios de siglo hasta 1950.....	15
2.4 Legislación Codificada.....	17
2.4.1 Código de Aguas de 1951.....	17
a) Dominio de las Aguas.....	17
b) Derecho de Aprovechamiento.....	17
2.5 Cambios Impuestos por la Reforma Agraria o Código de Aguas de 1967.....	18

a) Dominio de las Aguas.....	18
b) Procedimiento Concesional.....	19
c) Derecho de Aprovechamiento.....	19
2.6 Legislación posterior a 1967.....	21
a) Decreto Ley N° 2.603.....	21
b) Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122.....	21

CAPITULO II

CÓDIGO DE AGUAS DE 1981.....	22
1.- Características fundamentales de esta legislación.....	22
1.1 Protección Constitucional.....	22
1.2 Libre Transferibilidad de los Derechos de Agua.....	22
1.3 Libertad de usar las aguas.....	23
1.3.1 Efectos Negativos.....	24
1.4 Gratuidad del Derecho.....	26
2.- Derecho de Aprovechamiento de Aguas.....	27
2.1 Características del Derecho de Aprovechamiento.....	29
2.2 Clasificación de los Derechos de Aprovechamiento.....	30
2.2.1 Derechos consuntivos y no consuntivos.....	31
2.2.2 Derechos constituidos y Derechos reconocidos.....	32
2.2.3 Derechos inscritos y no inscritos.....	34
2.2.4 Derechos de ejercicio permanente y eventual.....	34
2.2.5 Derecho de ejercicio continuo, discontinuo y alternado.....	36

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO: LA EXPERIENCIA EXTRANJERA EN LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS Y EN LO RELATIVO AL USO DE LAS

AGUAS.....	37
1. Legislación de Aguas en Brasil.....	38
2. Legislación de Aguas Española.....	39
3. Legislación de Aguas en Colombia.....	40
4. Legislación de Aguas en EE.UU.....	41
5. Legislación de Aguas en México.....	42
6. Legislación de Aguas en Francia.....	43
7. Legislación de Aguas en Inglaterra.....	43
8. Legislación de Aguas en Argentina.....	44

2° PARTE

CAPITULO I

EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO BAJO LA VISIÓN

DEL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS..... 45

1.- Breve síntesis de la tramitación del proyecto.....	45
1.1 Primera indicación sustitutiva al proyecto de ley (1993).....	48
1.2 Segunda indicación sustitutiva al proyecto de ley (1996).....	49
1.2.1 Objetivos fundamentales del proyecto definidos en la indicación sustitutiva de 1996.....	51
a) Establecimiento del pago de una patente por la no utilización de las aguas.....	51
b) Facultad de la autoridad para la concesión de nuevos derechos de aprovechamiento.....	53
c) Normas sobre conservación y protección de las aguas	

y cauces.....	55
d) Consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento.....	56
e) Perfeccionar el procedimiento de regularización de títulos contenidos en el artículo 1° del código de aguas y que establecen obligaciones a que estarán afectos los Conservadores de Bienes Raíces del país, en relación con el catastro público de aguas.....	57
f) Conceder Personalidad Jurídica a las Comunidades de Agua.....	58

CAPITULO II

ANALISIS A LAS OBSERVACIONES HECHAS AL PROYECTO

DE LEY QUE REFORMA EL CODIGO DE AGUAS..... 59

1.- Inconstitucionalidad de las normas establecidas por el

proyecto..... 59

1.1 Se vulneran los atributos o facultades esenciales del dominio que tienen sus titulares sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.....	59
1.2 Infracción a la Norma Constitucional que prohíbe establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.....	65
1.3 Afectación en su esencia y en su libre ejercicio de la propiedad que tienen sus titulares sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.....	69

2.- Otras observaciones realizadas al proyecto con relación al	
Derecho de Aprovechamiento.....	72
2.1 Problema de la discrecionalidad administrativa en que puede incurrir el	
Director General de Aguas.....	72
Conclusiones.....	75
Bibliografía.....	80
Indice.....	86