

# INFORME EN DERECHO COLOMBO – NAVARRO

## TERCERA PARTE

### REFLEXIONES Y CONCLUSIONES.

#### I. Naturaleza del derecho que tienen el Estado y los particulares sobre las aguas, desde el punto de vista constitucional

Del tenor de la norma constitucional contenida en el artículo 19 N° 24, inciso final, teniendo presente especialmente la historia fidedigna del precepto y lo señalado por la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada, es posible concluir lo siguiente en relación a la primera pregunta formulada:

1. La Carta Fundamental precisa que los **derechos de los particulares sobre las aguas**, reconocidos o constituidos conforme a la ley, otorgan a sus titulares la **propiedad sobre ellos**. Al referirse a los derechos “reconocidos o constituidos”, alude tanto a aquellos que derivan de prácticas consuetudinarias como aquellos provenientes de un procedimiento concesional o de autoridad.

2. Tal como lo ha destacado el Tribunal Constitucional, el orden público económico resalta la conveniencia de que **los particulares tengan preeminencia frente al Estado en cuanto a ser titulares del dominio de los bienes**, habiéndose eliminado la posibilidad de que existan bienes reservados a la propiedad estatal, como se desprende de la disposición constitucional artículo 19 N° 23.

3. Según se dejó constancia en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el propósito del constituyente fue **amparar, proteger y darle jerarquía constitucional a los actuales derechos que se han constituido en conformidad a la ley**.

4. Las **aguas son bienes nacionales de uso público**, por disposición legal y no constitucional, confiriéndosele a los particulares derechos de aprovechamiento para usar y gozar de las aguas.

5. El constituyente prefirió no definir la calidad jurídica de las aguas, fortaleciendo los derechos de los particulares sobre las aguas constituidos en conformidad a la ley, con todas las características propias del derecho de dominio, **incentivando así la iniciativa particular en el aprovechamiento de las aguas lluvias y en todo el proceso de regadío del campo**. En todo caso, se quiso evitar que dicha propiedad quedara entregada a una mera condición o decisión administrativa que puede variar con los cambios de gobierno lo que generará incertidumbre en la agricultura.

6. Respecto de dicho derecho de aprovechamiento de agua existe una **absoluta protección constitucional**, permitiéndoles a sus titulares usar, gozar y disponer del mismo, el que tiene carácter de derecho real inmueble, de acuerdo a la actual normativa del Código de Aguas. Una vez **constituido el derecho de aprovechamiento se incorpora en propiedad a su titular**, quien puede usar, gozar y disponer de él en conformidad a las normas legales.

7. De esta forma, de conformidad con el texto constitucional vigente, **al legislador le está expresamente vedado poner condiciones que hagan imposible que sobre las aguas exista un derecho de dominio propiamente tal**. Tratándose del derecho de propiedad de las aguas, a diferencia de lo que ocurre en materia minera (artículo 19 N° 24) o en el ámbito de la propiedad industrial (artículo 19 N° 25), éste no se encuentra sujeta a plazo o condición, presentando por tanto -en principio- el carácter de perpetuo o indefinido.

8. Así las cosas, el **titular del derecho de propiedad sobre las aguas no puede ser privado de él sino en virtud de una expropiación**, tal como ocurre en el régimen general, teniendo

derecho en tal caso a ser indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado, en los términos que señala el artículo 19 N° 24 constitucional como ya se dijo.

9. Ciertamente mientras las aguas se encuentra en su fuente natural (lago, río, etc.) cualquiera se encuentra facultado para usarlas si tiene un derecho de aprovechamiento otorgado, **pero una vez extraídas, el titular del derecho para ser su dueño, pudiendo disponer de ellas jurídica y materialmente.**

10. De este modo, si bien las aguas son bienes nacionales de uso público, por expresa disposición de carácter legal, **la Carta Fundamental otorga propiedad a los particulares sobre las aguas, a través de derechos** -debidamente reconocidos o constituidos de acuerdo a la ley- respecto de los cuales el **titular tiene derecho de propiedad, con todas las características que presenta el dominio,** de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 N° 24. En caso de modificarse la Carta Fundamental, como pretende un proyecto de ley en trámite, dicha reforma tendría efecto a futuro, existiendo derechos adquiridos en relación a la propiedad constituida de acuerdo a la normativa vigente.

## II. Posibilidad de restringir o desconocer el derecho de propiedad sobre las aguas

En segundo lugar, responderemos la duda referida a la existencia o no de diferencias entre las restricciones del derecho previstas en el Código de Aguas y diversas formas sobrevivientes de “desconocimiento” del derecho.

1. Como se ha expresado, el artículo 19 N° 24 constitucional reconoce y ampara derechos de **propiedad sobre las aguas**, como consecuencia de un título reconocido o constituido conforme a la ley, encontrándose sujeto al **estatuto constitucional de la propiedad**, conforme al cual no puede ser desconocido o privado del mismo sino a través de una expropiación legalmente autorizada, por causa de utilidad

pública o interés nacional, debiendo siempre ser indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado.

2. Si bien la Constitución también autoriza imponer **limitaciones a la propiedad**, fundadas en determinadas causales como consecuencia de su función social (esto es, intereses generales de la nación, seguridad nacional, utilidad pública, salubridad pública o conservación del patrimonio ambiental), lo cierto es que **ninguna regulación puede afectar al derecho en su esencia**, como lo expresa el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, lo que se traduce en que se le prive de aquello que le es consustancial de modo que deje de ser reconocible.

3. Igualmente, **tampoco está facultado constitucionalmente el legislador para imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio de los derechos**, esto es, que lo sometan a exigencias que lo hagan irrealizable, lo entrapen más allá de lo razonable o lo priven de tutela jurídica.

4. Una nueva normativa, como la propuesta en la reforma legal que se introduce al Código de Aguas, que fija un plazo o duración a la propiedad sobre las aguas o la sujeta a una serie de limitaciones de carácter administrativa, importa en definitiva un verdadero **desconocimiento del derecho de que se es titular, perdiendo su carácter de domino perpetuo que le es consustancial**.

5. Si, por su parte, se pretendiera introducir una **reforma constitucional** que eliminara el inciso final del artículo 19 N° 24, que otorga propiedad a los derechos sobre las aguas, facultando al legislador a imponer restricciones o limitaciones, como ocurre en materia de propiedad minera, ello exigiría además una normativa transitoria en relación al uso y goce de los derechos actualmente vigentes.

6. No debe descartarse que, en todo caso, la modificación del estatuto legal en relación al ejercicio de los derechos constituidos, producirá un escenario de **judicialización de los conflictos de las**

**aguas**, tal como ocurre actualmente en otros ámbitos regulatorios como el previsional.

7. En suma, **la legislación que pudiera introducirse no puede desconocer derechos legalmente constituidos o reconocidos que han ingresado al patrimonio del titular del derecho de aprovechamiento de las aguas, lo que también constituye adicionalmente una limitación al poder constituyente derivado.**

**I. Naturaleza constitucional (expropiación, limitación, afectación del derecho en su esencia) de una nueva legislación o regulación**

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, responderemos a continuación a la naturaleza constitucional que tendría una nueva legislación como la propuesta.

1. La normativa legal propuesta modifica diversas disposiciones del Código de Aguas, estableciendo que los **nuevos derechos de aprovechamiento de las aguas dejan de tener el carácter de perpetuos o indefinidos**, restringiéndolos a 30 años, pudiendo prorrogarse siempre que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso. Del mismo modo, se prevén **mecanismos de caducidad** por el sólo ministerio de la ley si no se hace uso efectivo de las aguas en un determinado plazo (cuatro u ocho años si tienen o no el carácter de consuntivos). Adicionalmente, **se faculta a la propia administración para limitar el ejercicio de los derechos**, en función del interés público, pudiendo reducirlos temporalmente o redistribuyendo las aguas. Igualmente, se establece reservas estatales de aguas superficiales o subterráneas. Por último, cabe tener presente que, a través de una **disposición transitoria**, se precisa que si bien seguirán vigentes los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de la ley, **el ejercicio de dichos derechos se sujetará a las limitaciones o restricciones contenidos en la nueva legislación**, salvo cierto mecanismo de caducidad previsto.

2. Como puede observarse, si bien aparentemente se trata de una “simple” regulación legal aparentemente prevista a futuro, lo cierto es que la **nueva normativa afectará severamente desde ya los derechos constituidos o reconocidos en conformidad a la actual legislación**, los que se encuentran tutelados con el derecho de propiedad. Por de pronto, dado que la nueva normativa -en tanto establece limitaciones o restricciones- se les aplica en relación al ejercicio de sus derechos, lo primero que resalta es que los **derechos ahora se encontrarán sujetos a un plazo, habiendo sido el titular despojado de su carácter de indefinido**, que la Carta Fundamental protege, por lo que evidentemente semejante normativa tiene a todas luces carácter expropiatorio. Igualmente, quedarán sujetos a una serie de **limitaciones impuestas por la administración**, que autorizan a reducir o distribuir las aguas, precarizando así la propiedad de que es titular sobre las aguas.

3. En relación a los **nuevos derechos** que se establezcan, lo primero que cabría preguntarse es si la Carta Fundamental, en la disposición contenida en el inciso final del artículo 19 N° 24, autorizó al legislador a **fijar un plazo** a este derecho de aprovechamiento de aguas. Ello resulta fundamental, pues de la lectura de los artículos 19 N° 24 y 25 se puede apreciar que, **tratándose de la propiedad minera o de la industrial o intelectual, expresamente sí existe esa facultad**. En efecto, el inciso 7°, del artículo 19 N° 24, autoriza expresamente a la ley orgánica constitucional -tal como lo resolvió el Tribunal Constitucional<sup>1</sup>- para determinar las sustancias que pueden ser objeto de concesión (sea de exploración o explotación), las que se constituyen por resolución judicial y que “tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese”. A su turno, en el artículo 19 N° 25 constitucional, respecto del derecho de autor se otorga “por el tiempo que señale la ley y que no podrá ser inferior a la vida del titular”, mientras que la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales,

---

<sup>1</sup> TC, Rol 5/1981

modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas también se garantizar “por el tiempo que establezca la ley”.

4. Como se expresó durante la discusión de la disposición constitucional, en todo **momento lo que quiso fue fortalecer el derecho de propiedad sobre las aguas, evitando que a futuro pudiera el legislador precarizar el título**, por lo que resulta discutible que el estatuto futuro tanga semejante carácter como el propuesto sin que, previamente, se modifique el estatuto constitucional del derecho de agua.

5. Como ha quedado suficientemente demostrado, los titulares de los derechos de aprovechamiento de las aguas, reconocidos o constituidos conforme a la ley, tienen la propiedad sobre los mismos, encontrándose dicho derecho amparado por todas las garantías propias del derecho de dominio, en los términos que señala el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. Lo anterior significa que, **en modo alguno, puede privarse su contenido esencial o algunos de sus atributos esenciales sino a través de un mecanismo expropiatorio** como ya se ha manifestado en este informe. Ello se materializará entonces en el derecho a ser indemnizado como consecuencia de la disminución o pérdida de valor patrimonial por el despojo de que es objeto. Un mecanismo semejante sólo podría materializarse a través de una ley expropiatoria, indemnizando el daño patrimonial efectivamente causado al titular del derecho de aprovechamiento de aguas.

6. Del mismo modo, como lo ha resaltado el Tribunal Constitucional, **una supuesta limitación o regulación de gran magnitud puede también constituir una privación de la propiedad tutelada constitucionalmente**. Y es que, como se ha explicado, no sólo se produce privación del dominio cuando se despoja a su dueño totalmente de él o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, sino también cuando se realiza parciamente o mediante el empleo de regulaciones que impiden libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos. Semejante regulación normativa, en los términos

en que se encuentra redactada, presenta evidentes caracteres de una regulación expropiatoria, dando derecho a la pertinente indemnización por el daño patrimonialmente causado. Como ha señalado recientemente un autor, *“en el caso de determinarse que una intervención es una privación, más no una expropiación formal, dicha medida será inconstitucional, debiendo declararse así en caso de haberse solicitado dicha declaración mediante un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o mediante un requerimiento ante el Tribunal Constitucional”*.<sup>2</sup>

7. Vista sí las cosas, **una nueva legislación que amplíe las atribuciones administrativas en relación al derecho de aprovechamiento de las aguas, inscrito y amparado constitucionalmente, o que le sustituya el alcance del ejercicio de los derechos, como sería precisamente la sujeción a un plazo o condición, afecta severamente el derecho de propiedad sobre las aguas, en los términos señalados por la Carta Fundamental.**

## **II. Análisis de la nueva legislación o regulación del Código de Aguas. Desconocimiento Parcial del derecho**

En cuarto lugar, en relación a la posibilidad de considerar en especial hipótesis de cancelación parcial, consistente en crear nuevos derechos de agua que incidan en su destinación.

1. Sobre este punto, como ya se ha expresado, un **desconocimiento parcial de los derechos** actualmente reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, también **supondría un menoscabo en el derecho de dominio de que es titular el propietario** de los derechos de aprovechamiento de las aguas.

2. Como lo ha sentenciado el Tribunal Constitucional, la **privación del dominio se traduce en el despojo, destrucción o sacrificio, ya sea total o parcial, transitorio o permanente de las facultades de**

---

<sup>2</sup> CLAUDIO MATUTE E., *Expropiaciones regulatorias*, 2014, p. 215



uso, goce o disposición de un bien corporal o incorporal o de alguna de ellas o de sus atributos.

3. Consecuencialmente, como también lo ha resaltado la judicatura constitucional, debe existir una **compensación por el daño patrimonialmente causado**, desde que la indemnización previa es condición de validez y eficacia del acto expropiatorio, de manera que sin ésta sólo existe una vía de hecho. En efecto, lo esencial de la expropiación es que debe producir un **daño**, el que debe ser **efectivo**, esto es, **real, no eventual o hipotético**.

4. Como se ha explicado en el presente informe, se ha sentenciado que mientras la **privación supone despojar a uno de una cosa que se poseía**, siendo su fundamento el interés nacional y la utilidad pública; **limitar importa el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales**, siendo su fundamentación la función social de la propiedad. En otras palabras, un acto de privación tendrá por objeto esencial despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras que el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Ciertamente que **una limitación o regulación de gran magnitud puede constituir una verdadera privación de la propiedad**, de forma tal que el ordenamiento constitucional no legitima cualquiera regulación o limitación.

5. Como también se ha señalado, la facultad del legislador de establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad se aplica, en principio, a toda clase y especies de propiedad, incluyendo la que se refiere a los derechos constituidos sobre las aguas. **La naturaleza del derecho de propiedad sobre las aguas no permite sostener que esté exento de restricciones, cargas o limitaciones en razón de la función social de la propiedad**. El derecho de propiedad, en general, y en particular el derecho de propiedad sobre las aguas, reconoce como límite su función

social, pudiendo establecerse restricciones específicas al mismo siempre que no lo afecte en su esencia.

6. De esta forma, un **desconocimiento parcial de los derechos** o, como lo contempla el proyecto de ley, **una nueva normativa que sujeta a los derechos actualmente reconocidos o constituidos al régimen futuro en cuanto al goce y ejercicio de los derechos, ciertamente se presenta como una verdadera expropiación o regulación expropiatoria**, desde que modifica las características esenciales de todo derecho de dominio como es su carácter perpetuo e indefinido, lo que constituye su esencialidad.

7. Ahora bien, los derechos que se constituyan a futuro se regularán por la nueva normativa, como resulta evidente. Sin embargo, **la Carta Fundamental no ha autorizado al legislador para fijar un plazo o una condición resolutoria a la referida propiedad sobre las aguas**, de forma tal que tampoco podría afectarse el contenido esencial del derecho de propiedad. Incluso, de modificarse el texto constitucional, como también se ha propuesto, ello **no podría alcanzar a los derechos ya constituidos por parte de los titulares sobre las aguas**, desde que existen **derechos que se han incorporado a su patrimonio** y, respecto de los cuales, sólo puede ser privado en virtud de una indemnización expropiatoria.

### III. Afectación a los derechos de los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas

Respecto de lo señalado, también se nos hace presente considerar si cambiaría el resultado del análisis constitucional el hecho de que, conforme a una hipotética nueva regulación, los titulares originales de propiedad o de derecho de aprovechamiento de aguas fueran limitados o privados de ello.

Tal como se ha explicado, el **texto legal propuesto en la indicación sustitutiva altera sustancialmente la naturaleza de los derechos de aprovechamiento de agua.** En efecto, se establece una **modificación esencial en relación a la concepción de los mismos**, dejando así de tener el carácter de un derecho perpetuo y, en su lugar, se le fija una extensión temporal, limitada a un máximo de 30 años (tratándose de los derechos de agua no consuntivo, el plazo no puede ser inferior a 20 años), eventualmente prorrogable, salvo que la Dirección General de Aguas acredite el uso no efectivo del recurso. Este cambio, se aprecia incluso en la sustitución que se efectúa de diversas disposiciones respecto de la frase “el dueño de los derechos de aprovechamiento” por el de “el titular de los derechos de aprovechamiento”.

Cabe tener presente que, como se ha señalado, de acuerdo a la disposición transitoria, los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de la ley seguirán vigentes, pero **el ejercicio de los mismos estará sujeto a las limitaciones y restricciones que dispone la nueva legislación en razón del interés público.**

Igualmente, la **normativa permite a la Administración limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en función del interés público**, a través de las facultades de reducirlos temporalmente o redistribuyendo las aguas. De igual modo, se establece el consumo humano y el saneamiento como usos prioritarios del agua, los que prevalecerán en el otorgamiento como en la limitación del ejercicio del derecho de aprovechamiento. Para asegurar lo anterior, se permite al Estado constituir reservas de aguas, sobre las cuales se podrán otorgar concesiones para la función de subsistencia, lo que sólo puede efectuarse por ley de quórum calificado.

Como se ha venido explicando, en caso de establecerse semejante texto normativo aplicable a los titulares de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, ello **afectaría el contenido esencial del derecho de su propiedad**, de forma tal que esa regulación sólo

podría tener fundamento constitucional a través de una expropiación en la que se indemnizara el daño patrimonial efectivamente causado.

En tal situación, el proyecto de ley podría ser **impugnado constitucionalmente, ya sea en forma preventiva o a posteriori**. En efecto, durante la tramitación del proyecto de ley, previa reserva de constitucionalidad, un cuarto de los miembros de algunas de las cámaras podrían **recurrir de inconstitucionalidad** al Tribunal Constitucional, dado que no se trata en este caso de una materia de carácter orgánico constitucional. A su vez, en caso de no materializarse lo anterior, cualquier particular interesado podría iniciar una **acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad**, siempre y cuando exista una gestión previa seguida ante un tribunal ordinario o especial en la que pudiera aplicarse la misma.

Si, para superar lo anterior, se pretendiera **reformular la Constitución Política de la República**, eliminando el inciso final del artículo 19 N° 24, ello **no podría afectar los derechos legítimamente constituidos al amparo de la norma constitucional vigente**, habida consideración de que el estatuto se encuentra incorporado en el patrimonio del titular del derecho de aprovechamiento de aguas, existiendo evidentemente derechos adquiridos.

En suma, los **actuales titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, no pueden ser afectados en su condición jurídica de propietarios, desde que sólo podría desconocerse su titularidad a través de un mecanismo expropiatorio**, lo que incluso también resulta aplicable en caso de que se modifique el texto constitucional.

## **VI. Reconocimiento de preferencia de derechos**

Por último, resulta importante considerar si cambiaría el resultado del análisis el hecho de que, conforme a una hipotética nueva regulación, a los titulares originales de autorizaciones sobre derechos

de agua se les reconozca alguna clase de preferencia en la adjudicación de los nuevos derechos.

En cuanto a una eventual preferencia de derechos, es del caso reiterar que, a los **actuales titulares del derecho de aprovechamiento sobre las aguas, la Carta Fundamental les reconoce un pleno derecho de propiedad**, el que no puede afectarse en su esencia o en sus atributos esenciales sino a través de un mecanismo de carácter expropiatorio en el que se le indemnice el daño patrimonial efectivamente causado.

De esta forma, una **nueva legislación no podría sino reconocer y resguardar su derecho de propiedad**, constitucionalmente tutelado, preservando así todas sus facultades esenciales de dominio, como es el uso, goce y disposición del derecho.

Sería, por tanto, necesario que una **reforma constitucional facultara al legislador para fijarle una duración al derecho de aprovechamiento que recae sobre las aguas**, desde que, a diferencia de la preceptiva minera o la propiedad industrial o intelectual, en este caso precisamente el constituyente quiso darle estabilidad a los títulos vigentes, que han sido reconocidos constitucionalmente, de modo que no pudiera a futuro afectarse o desconocerse el mismo, ya sea por vía legislativa o administrativa.

Una **preferencia de derechos** significaría que la normativa sólo reconociera validez, en todo o parte, a los actuales propietarios de derechos de aprovechamiento sobre las aguas, lo que -como se ha explicado latamente- no puede desconocerse sino a través de un mecanismo expropiatorio indemnizatorio.

Aun así, **de mantenerse vigente la disposición constitucional, los futuros titulares de derechos de aprovechamiento tampoco podría ser limitados en cuanto al contenido esencial del derecho de propiedad**, dado que, como

hemos explicado, la Carta Fundamental no autoriza la fijación de un plazo o condición.

Si, en cambio, se **modifica el texto constitucional**, en los términos del que se encuentra actualmente en primer trámite, ciertamente podría establecerse un **nuevo régimen jurídico** en materia de aguas, lo que evidentemente **regiría a futuro**.

Semejante **reforma constitucional no puede desconocer los derechos adquiridos como consecuencia del actual régimen de propiedad sobre las aguas**, todos los cuales sólo podrían privados de algunos de sus atributos en virtud de una ley expropiatoria, en la que se indemnizara el daño patrimonial efectivamente causado, esto es, la valoración económica del mismo.

## VII. Disposiciones del proyecto de ley que serían contrarias a la Constitución y como tales deberían declararse inconstitucionales.

### 1. **Precisiones constitucionales**

1.1. El artículo 19 N°24 inciso final de la Constitución Política dispone: *“los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”*. Como puede apreciarse, reiteramos que dicha disposición otorga a los particulares la propiedad de las aguas o de los derechos de agua, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley. En consecuencia, como lo ha resaltado la doctrina, la preceptiva sobre el derecho de dominio de ese N° 24 incluye y protege a los titulares de los derechos de aguas, siempre que éstos hayan sido adquiridos conforme a la ley, en cualquier tiempo, o siempre que la ley, de modo expreso, reconozca a los particulares esos derechos. De esta forma, se tiene el derecho de propiedad sobre el derecho real de aprovechamiento de aguas, el que sí está protegido por esta garantía constitucional.

1.2. De acuerdo al artículo 595 del Código Civil, todas las aguas son bienes nacionales de uso público. La misma norma se contiene en el

artículo 5° del Código de Aguas que junto con manifestar que las aguas tienen ese carácter agrega: *“y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código”*. No obstante en este informe queda demostrado que hay aguas sobre las cuales existe derecho de propiedad.

1.3. En el caso que interesa, el derecho de los particulares sobre el agua o sobre el derecho de aprovechamiento debe concluirse que **ninguna autoridad pública llámese legislativa o ejecutiva puede normar contra las disposiciones y principios contemplados por la Constitución que la sustentan y protegen** y que sólo los tribunales en ejercicio de su jurisdicción pueden decidir conflictos en estas áreas, todo ellos de conformidad a lo previsto en el artículo 6°, en concordancia con los artículos 93, 76, 20 y 19 N° constitucionales. En consecuencia, la ley que modifique el régimen de propiedad y uso de las aguas debe ajustarse al texto, valores y principios contenidos en la constitución. Si no lo hace deberá inaplicarse o declararse su posterior inconstitucionalidad por los tribunales con competencia para decidir tales conflictos constitucionales o accionar de amparo de acuerdo al artículo N°20 de la Constitución.

1.4. El Tribunal Constitucional puede y debe en su caso **controlar la constitucionalidad de los proyectos de ley que versen sobre la sustitución o cambios a la legislación de aguas** en sus fases de tramitación si se dan sus presupuestos de control previsto por el numeral 3° del artículo 93 en concordancia con el numeral 16 inciso 4°. Transformado en ley en cualquier momento en que se active la competencia del tribunal para conocer de la acción de inaplicabilidad o de la inconstitucionalidad de la ley.

1.5. La Constitución Política de la República establece un conjunto de principios que conforman el **orden público económico**, entre los cuales cabe mencionar, el libre emprendimiento económico, la autonomía de la voluntad, el derecho de asociación, la autonomía de los cuerpos intermedios, el derecho de propiedad privada y la igualdad

en el trato económico, estableciéndose limitaciones al actuar abusivo por parte del Estado, sea éste administrador o legislativo; a todo lo cual debe agregarse que de acuerdo al principio de supremacía constitucional, ninguna disposición legal puede violentar las normas, principios y valores que contempla preceptiva constitucional, materias ya incorporadas a este informe.

1.6. La Constitución Política, en su artículo 19 N° 24, asegura a todas las personas el **derecho de propiedad**, en su diversas especies, sobre toda clase de bienes incorporales e incorporales, estableciendo que nadie puede ser privado de su propiedad o de sus atributos sino a través de una expropiación, legalmente autorizada, en la que deberá ser compensada del daño patrimonial efectivamente causado.

1.7. Como lo ha sentenciado el Tribunal Constitucional, **la privación de un bien de propiedad de una persona, de alguno de los atributos o de alguna de las facultades esenciales del dominio sólo puede efectuarse a través de una expropiación** (Rol 184/1994). De esta forma, no puede haber expropiación sin indemnización, cuya fórmula se encuentra fijada constitucionalmente: daño patrimonial efectivamente causado (Rol 1576/2010). El mismo TC ha puntualizado que no sólo se produce privación del dominio cuando se despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino también cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho (Rol 334/2001) y, por lo mismo, una limitación o regulación de gran magnitud puede constituir una privación de la propiedad (Rol 505/2006)

1.8. El Tribunal Constitucional ha sentenciado que las **aguas son bienes nacionales de uso público** (Rol 260/1997), asegurándoles a los particulares un verdadero **derecho de propiedad respecto de los derechos de aprovechamiento** sobre las aguas (Rol 1309/2009). Del mismo modo, no se ha estimado como contrario a la Constitución una normativa que regula la forma de asignación de derechos de aprovechamientos en tanto no se aprecie interés estatal de apropiación



de los mismos (Rol 513/2006). Por su parte, se ha fallado que el derecho a desarrollar una actividad económica haciendo uso de un derecho de aprovechamiento de agua, supone necesariamente la adquisición previa del mismo (Rol 513/2006). A su vez, se ha precisado que el derecho de propiedad sobre las aguas reconoce como límite su función social, en virtud de lo cual se pueden establecer limitaciones específicas al mismo (Rol 1309/2009).

1.9. El nuevo artículo 5° en tanto señala que “las aguas”, en cualquiera de sus estados son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación. Como ha quedado demostrado en el presente informe no todas las aguas son bienes nacionales de uso público y ya se precisaron claramente sus excepciones entre las que destacamos a aquellas que extraen y usan los agricultores que tienen derecho de aprovechamiento constituidos y aquellas que la ley declara como propiedad privada.

## **2. Fijación de plazo al derecho de propiedad**

2.1. Tal como se ha señalado en el presente informe, la Carta Fundamental sólo ha establecido la posibilidad de fijar una duración en materia de propiedad en los ámbitos de la propiedad industrial, intelectual y en la propiedad minera; lo que **no ocurre en el caso específico del derecho de aprovechamiento sobre las aguas.**

2.2. El proyecto de ley sustituye el artículo 6° del Código de Aguas fijando un periodo de duración del derecho de aprovechamiento. Dicho precepto es contrario a la Constitución desde el momento que la Carta Fundamental en el art. 19 N°24 y específicamente en su inciso final, **no ha facultado al legislador para fijar un plazo de duración al derecho de propiedad**, el que por esencia es de carácter indefinido y perpetuo.

2.3. De esta forma, el **proyecto de ley que modifica el Código de Aguas altera y modifica sustancialmente la naturaleza de los derechos de aprovechamiento de agua**. En efecto, se establece una modificación sustancial en relación a la concepción de los mismos, dejando así de tener el carácter de un derecho perpetuo y, en su lugar, se le fija una extensión temporal, limitada a un máximo de 30 años (tratándose de los derechos de agua no consuntivo, el plazo no puede ser inferior a 20 años), eventualmente prorrogable, salvo que la Dirección General de Aguas acredite el uso no efectivo del recurso. Este cambio se aprecia incluso en la eliminación que se efectúa de diversas disposiciones respecto de la frase “el dueño de los derechos de aprovechamiento” por el de “el titular de los derechos de aprovechamiento”.

2.4. Si la ley en conformidad a los cuales no fijó límite en el tiempo y su propietario del permiso no incurre en las causales de terminación expresadas en su texto, **cualquier ley que les ponga término al derecho de aprovechamiento de las aguas es contraria a la Constitución Política**, toda vez que priva a su propietario de los derechos que le confiere el dominio y debe considerarse expropiatoria.

### 3. **Facultades exorbitantes que se otorgan a la Administración**

3.1. El proyecto de ley otorga excesivas facultades a la autoridad administrativa de turno, desde que se fortalecen las atribuciones de la Dirección General de Aguas, permitiéndole reducir temporalmente el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, exigir la instalación de sistemas de medición de caudales y niveles freáticos, además de un sistema de transmisión de la información que se obtenga.

3.2. Adicionalmente, la normativa propuesta precisa que cuando no exista una organización de usuarios constituida que ejerza jurisdicción en la totalidad de la fuente de abastecimiento y si la explotación de aguas de aguas superficiales por algunos de los usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos.

3.3. Como puede observarse, se concede facultades jurisdiccionales a un órgano de la Administración, en este caso la Dirección General de Aguas, en un conflicto entre partes que es propio y exclusivo de la jurisdicción de los tribunales de justicia, al tenor de lo preceptuado en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, conforme al cual la resolución de todo conflicto civil -como sería los de aguas- o criminal “pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, prohibiendo al Presidente de la República -y con mayor lugar a la administración- el “ejercer funciones judiciales”.

3.4. Lo anterior debe enmarcarse además en un justo y racional proceso, el que -como se ha explicado- supone que en todo conflicto las partes sean debidamente emplazadas, teniendo derecho a aportar pruebas, dictándose sentencia motivada por un tercero imparcial e independiente, la que puede ser impugnada ante el tribunal superior.

#### **4. Limitaciones al derecho de propiedad sobre las aguas**

4.1. Igualmente, la normativa permite a la Administración limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en función del interés público, a través de las facultades de reducirlos temporalmente o redistribuyendo las aguas.

4.2. En efecto, la normativa propuesta, modificatoria del artículo 5 de Código de Aguas, establece que “en función del interés público, se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas a los particulares, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad a las disposiciones del presente Código”.

Del mismo modo, se propone incorporar un artículo 5 bis en el Código de Aguas, conforme al cual las aguas pueden cumplir diversas funciones, tales como la de subsistencia, que garantiza el uso para el consumo humano y el saneamiento; la de preservación ecosistémica; o las productivas. Al efecto, se indica que siempre prevalecerá el uso para

el consumo humano y el saneamiento, tanto en el otorgamiento, como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento. Sobre el punto, se establece que la Dirección General de Aguas, se sujetará a la prelación dispuesta cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas.

4.3. La Carta Fundamental autoriza al legislador a imponer obligaciones y limitaciones que deriven de la función social de la propiedad, la que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

4.4. La reducción o redistribución de las aguas, en los términos que se indica, importa una verdadera regulación expropiatoria, de forma tal que se priva al propietario de los derechos de aprovechamiento de la propiedad de que es titular, a lo que se agrega la amplitud de los conceptos formulados.

## 5. **Reserva estatal**

5.1. De igual modo, se establece el consumo humano y el saneamiento como usos prioritarios del agua, los que prevalecerán en el otorgamiento como en la limitación del ejercicio del derecho de aprovechamiento. Para asegurar lo anterior, se permite al Estado constituir reservas de aguas, sobre las cuales se podrán otorgar concesiones para la función de subsistencia.

5.2. La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 23, prohíbe las reservas estatales, dado que se garantiza a todas las personas el libre acceso a todos los bienes, salvo los casos expresamente exceptuados como es el caso de los bienes comunes y de aquellos que deban pertenecer a la Nación toda.

Del mismo modo, excepcionalmente, se autoriza a una ley de quórum calificado (y no a una ley común) el establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes siempre que así lo exija el interés nacional.

5.3. De esta forma, una reserva en los términos planteados debe sujetarse expresamente a lo señalado por la Constitución, teniendo siempre presente que la regla general es la libre adquisición de todos los bienes.

5.4. A lo anterior, debe agregarse que la afectación de la disposición señalada a los derechos actualmente constituidos o reconocidos podría importar en el hecho una forma de expropiación indirecta.

## 6. Disposición transitoria

6.1. Cabe tener presente que de acuerdo a la disposición transitoria, los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de la ley seguirán vigentes, pero el ejercicio de los mismos estará sujeto a las limitaciones y restricciones que dispone la nueva legislación en razón del interés público.

6.2. De esta forma, la aludida disposición transitoria si bien, en principio, reconoce el estatuto de los derechos actualmente constituidos, lo cierto es que ellos quedan sujetos en cuanto a sus limitaciones o restricciones a la nueva legislación.

6.3. Así las cosas, y en los términos ya señalados, semejante disposición infringe gravemente los derechos constitucionales asegurados en el artículo 19 N° 24 constitucional, modificando el régimen jurídico de los derechos actualmente vigentes por medio de una legislación evidentemente expropiatorio.

## 7. Conclusión final

7.1. De esta forma, un **proyecto de ley** -como el propuesto y en el contexto de la actual Ley Fundamental- **afecta severamente el régimen jurídico de los titulares de los derechos de aprovechamiento de las aguas**, tanto en lo relativo al ejercicio de sus atribuciones como en la sujeción a condiciones administrativas que precaricen las mismas, a la vez que autoriza su aplicación retroactiva, todo lo que **resulta contrario a la Constitución Política de la**

**República**, habida consideración de que dicha **propiedad se encuentra garantizada constitucionalmente** y respecto de la cual sólo es posible ser privado, total o parcialmente de la propiedad, en virtud de una expropiación legalmente autorizada y en la que el afectado sea debidamente indemnizado del daño patrimonial efectivamente causado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago total de la indemnización, la que para el solo efecto, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma señalada por la ley. Este derecho tiene especial relevancia si por decisión administrativa se priva o limita a un particular se su derecho de aprovechamiento de agua.

7.2. El agua destinada permanentemente al riego de un predio agrícola es un bien corporal inmueble por destinación, conclusión que se encuentra expresamente reconocida por el artículo 4° del Código de Aguas que expresa: *“Atendida su naturaleza, las aguas son muebles, pero destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputan inmuebles.”* Como conclusión puede afirmarse que en el caso que informamos, cual es el derecho de los particulares sobre el agua, debe concluirse que **ninguna autoridad pública llámese legislativa o ejecutiva puede normar ni actuar contraviniendo las disposiciones y principios contemplados por la Constitución que la sustentan y protegen**, y que son sólo los tribunales, en ejercicio de su jurisdicción los que pueden decidir conflictos en estas áreas, todo ellos de conformidad a lo previsto en el citado artículo 6°, en concordancia con los artículos 93 y 19 constitucionales, como quedó demostrado.

7.3. El **Tribunal Constitucional puede y debe en su caso controlar la constitucionalidad de los proyectos de ley que versen sobre la sustitución o cambios a la legislación sobre aguas** en sus fases de tramitación si se dan sus presupuestos de control previsto por el número 3° del artículo 93. En fase final, en el caso del numeral primero del mismo artículo, como control preventivo obligatorio y, transformado en ley en cualquier momento en que se active su competencia para conocer de la acción de inaplicabilidad o de la inconstitucionalidad de la ley.

7.4. En síntesis, el proyecto de ley presenta diversas inconstitucionalidades:

a) El nuevo artículo 5° en tanto señala que “las aguas”, en cualquiera de sus estados son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación. Como ha quedado demostrado en el presente informe no todas las aguas son bienes nacionales de uso público y ya se precisaron claramente sus excepciones entre las que destacamos a aquellas que extraen y usan los agricultores que tienen derecho de aprovechamiento constituidos y aquellas que la ley declara como propiedad privada.

b) El proyecto de ley sustituye el artículo 6° del Código de Aguas fijando un periodo de duración del derecho de aprovechamiento. Dicho precepto es contrario a la Constitución desde el momento que la Carta Fundamental en el art. 19 N°24 y, específicamente en su inciso final, no ha facultado al legislador para fijar un plazo de duración al derecho de propiedad, el que por esencia es de carácter indefinido y perpetuo. Tal como se ha señalado en el presente informe, la Carta Fundamental sólo ha establecido la posibilidad de fijar una duración en materia de propiedad en los ámbitos de la propiedad industrial, intelectual y en la propiedad minera; lo que no ocurre en el caso específico del derecho de aprovechamiento sobre las aguas.

c) El proyecto elimina el concepto de derecho de propiedad sobre las aguas y su derecho de aprovechamiento reconociendo sólo su uso y goce (inciso 2° del artículo 20 y sus complementos). Estando reconocido el derecho de propiedad sobre las aguas o sobre su derecho de aprovechamiento especialmente en el art. 19 N°24 inciso final esta norma sería igualmente inconstitucional.

d) El proyecto de ley otorga excesivas facultades a la autoridad administrativa de turno, desde que se fortalecen las atribuciones de la Dirección General de Aguas, permitiéndole reducir temporalmente el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, exigir la instalación de

sistemas de medición de caudales y niveles freáticos, además de un sistema de transmisión de la información que se obtenga; y con ello puede limitarlo o privarlo del derecho de propiedad sobre sus aguas, a lo que se reitera que se le otorgan atribuciones jurisdicciones a dicho ente fiscalizador.

e) La reducción o redistribución de las aguas, en los términos que se indica, importa una verdadera regulación expropiatoria, de forma tal que se priva al propietario de los derechos de aprovechamiento de la propiedad de que es titular, a lo que se agrega la amplitud de los conceptos formulados.

f) El Artículo 1° transitorio, inciso 2°, otorga derechos retroactivos a las facultades de la DGA lo que violenta las normas constitucionales que establecen y protegen al derecho de propiedad sin límite en el tiempo y a los derechos adquiridos como ya quedó demostrado en este informe.

En suma el proyecto de ley presenta gravísimas infracciones a las normas, valores y principios constitucionales, generando una evidente inseguridad jurídica acerca de la propiedad y uso de las aguas.-

JUAN COLOMBO CAMPBELL

ENRIQUE NAVARRO BELTR