

Boletín Jurídico

12/5/2020

“Reforma al Código de Aguas; ¿Que pasó en la Comisión de Constitución del Senado?”

El día 20 de abril recién pasado, la Comisión de Constitución del Senado sesionó respecto del *Proyecto de Ley que reforma Código de Aguas*¹. Esta sesión, contó con la participación del ministro de Obras Publicas, Alfredo Moreno, quien hizo hincapié en los puntos que inquietan al M.O.P., la D.G.A. y al Gobierno, todo desde la óptica netamente constitucional. La reforma al Código se encuentra en una de sus últimas instancias parlamentarias, con lo cual es de suma importancia revisar los puntos actualmente en discusión y repasar aquellos ya zanjados.

- Contexto.

El Proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas (Boletín 7543-12) comenzó su tramitación el día 17 de marzo de 2011, tras haber sido ingresado a la Cámara de Diputados, pasando de inmediato a la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente. El 22 de noviembre del año 2016 la Cámara de Diputados aprobó el Proyecto, despachando su discusión al Senado, en donde las respectivas Comisiones de Agricultura y Recursos Hídricos también lo aprobaron.

En dichas comisiones, especialmente la de Agricultura, se han alcanzado acuerdos sumamente gravitantes y que actualmente forman parte angular del Proyecto, como lo son la mejora y extensión de la potestad sancionatoria de la D.G.A., la

¹ En adelante “El Proyecto”.

imposición de sanciones por el retardo en el pago de las patentes por no uso (Un 10% de su valor + Interés penal), la ampliación de la potestad expropiatoria² y la creación de los "derechos para uso en su fuente", es decir, solo susceptibles de ser utilizados para conservación. Todo lo anterior ya cuenta con la aprobación de la Comisión de Agricultura del Senado y el visto bueno del M.O.P.

A lo largo de estos 9 años de tramitación, el Proyecto ha sido objeto de numerosas indicaciones, propuestas y oposiciones, provenientes de distintos actores relacionados al uso y gestión del recurso hídrico, tales como comunidades indígenas, municipalidades, centros de estudio, fundaciones, organizaciones sociales, académicos, técnicos, organizaciones de usuarios de aguas, además de los sectores agroindustriales, mineros, pesqueros, bancarios y forestales. Lo anterior se ha materializado, luego del debate y la aprobación correspondiente, en una serie de modificaciones en relación al Proyecto inicialmente ingresado.

La cantidad de aspectos y la diversidad de materias que se deben evaluar al momento de tramitar una reforma de esta magnitud, no son menores. Por lo mismo, sinteticemos.

Estos son algunos de los principales temas debatidos a lo largo de estos 9 años de tramitación;

- **Condiciones de uso y aprovechamiento** de las aguas, tanto para los derechos ya concedidos, como los derechos nuevos.
- **Certeza jurídica** de los derechos de aprovechamiento de aguas y las posibles implicancias en la producción e inversión.
- **Desarrollo socioeconómico de carácter sustentable**, que cuide el medioambiente y preserve los ecosistemas.

² El Código de Aguas vigente solo contempla expropiaciones de aguas para su uso, mientras que el Proyecto establece la posibilidad de expropiar, además, para fines de conservación y/o creación de reservas de aguas.

- Debate en torno al **estatus constitucional y legal de las aguas** como bienes nacionales de uso público.
- **Temporalidad de los derechos** de aprovechamiento de aguas y criterios de caducidad y/o no renovación.
- **Prioridad** del agua destinada a abastecer el consumo humano y el saneamiento, particularmente frente a escenarios de déficit hídrico y/o escasez.
- **Ampliación y fortalecimiento** de las facultades, tanto fiscalizadoras como sancionatorias, de la Dirección General de Aguas.

Por último, recordamos la publicación, de fecha 27 de enero de 2018, de la Ley 21.064 del Ministerio de Obras Públicas, la cual otorgó a la Dirección General de Aguas nuevas competencias en materia de fiscalización y establece nuevos supuestos de hecho susceptibles de multas y sanciones, indicados principalmente en el reformado artículo 173 del Código de Aguas. Es del caso mencionar que la mencionada Ley no solo introdujo modificaciones al Código de Aguas, sino también al Código Procesal Penal y al Código Penal, aumentando la cobertura de los tipos y las sanciones penales establecidos en los artículos 459 y 460³ de este último texto legal e incorporando el nuevo artículo 460 bis⁴.

- Comisión de Constitución del H. Senado.

Es así como llegamos al día lunes 20 de abril recién pasado, jornada en que se llevó a cabo la revisión del Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas. La

³ Ambos artículos tratan principalmente delitos relacionados con usurpación ilegal de aguas, destrucción o alteración a obras hidráulicas y perturbación en el ejercicio de los derechos de un tercero, los cuales tienen penas que pueden llegar al presidio menor en su grado máximo y multas de hasta 5.000 UTM.

⁴ Se le aplicara presidio menor en su grado mínimo, multa entre 11 a 20 UTM, revocación del título duplicado y cancelación de la inscripción a quien dolosamente duplique una inscripción de derechos de aprovechamiento de aguas.

comisión contó con la participación de los 5 senadores miembros⁵, además del ministro de Obras Públicas, Alfredo Moreno, quien enumeró y desarrolló los puntos que más inquietan al Gobierno, desde la óptica netamente constitucional.

Pasaremos a comentar brevemente los principales puntos resaltados por Moreno;

1. El Proyecto refuerza la importancia del manejo de la información por parte de la DGA, estableciendo en uno de sus artículos transitorios la **caducidad** de un derecho de aprovechamiento de aguas por no encontrarse registrado en el Catastro Público de Aguas⁶. El ministro señaló que lo anterior constituye una sanción excesiva y una limitación a la propiedad que va más allá de los nobles objetivos buscados por el Proyecto. Asimismo, se cuestiona el acotado plazo⁷ establecido para dar cumplimiento a dicha obligación y evitar así la sanción antes señalada.
2. Por su parte, el artículo 146 quater del Proyecto establece una facultad de carácter extraordinaria y excepcional, además de exclusiva del presidente de la República, relativa a constituir derechos de aguas aun cuando no exista disponibilidad hídrica. Estos derechos, podrían ser eventualmente entregados no solo a personas naturales o jurídicas, sino incluso al Estado. Desde la óptica del M.O.P. y la D.G.A., se estaría creando un derecho sin el sustento fáctico (agua) y que podría disminuir los caudales de aquellos titulares de derechos anteriormente constituidos. En palabras del ministro, sería una *forma de expropiación proporcional*⁸ a todos quienes ostentan derechos ya constituidos.

⁵ A saber; A. De Urresti (presidente de la Comisión), F. Huenchumilla, F. Harboe, A. Allamand y V. Pérez.

⁶ Obligación legal que hoy en día también se encuentra vigente, mas no la sanción indicada. Artículos 13, 32, 33, 44 y 45 del Decreto Supremo MOP N°1220 de 1998 y artículo 122 del Código de Aguas vigente, establecen la obligación de registrar los derechos en el Catastro Público de Aguas y las implicancias de no realizarlo.

⁷ Plazo de 15 meses desde la entrada en vigencia del código reformado, en circunstancias que un perfeccionamiento de derecho de aprovechamiento de aguas suele durar, en promedio, 1 año y el proceso para ingresar el derecho al Catastro Público de Aguas puede durar hasta 45 días.

⁸ Sesión de Comisión de Constitución del Senado, 20 de abril, año 2020.
Véase minuto 59:30 en adelante, Canal TV Senado Chile.

3. Otro de los aspectos que se establecen en el Proyecto es la prohibición de construir drenajes en humedales ubicados en las regiones de Aysén y Magallanes, buscando proteger los ecosistemas que allí se encuentran. Dicha prohibición no dice relación con la utilización del agua, sino que limita el uso del terreno para esos efectos. El ministro señala que esto podría significar una limitación de dominio a los dueños de dichos terrenos, además de indicar que la materia en comento debiese ser regulada por otras leyes y órganos estatales (Principalmente de carácter estrictamente ambientales).
4. Enseguida, el artículo 6 bis del Proyecto establece limitaciones al cambio de **uso productivo**, estableciendo además la obligación de informar los eventuales cambios de uso a la autoridad. El punto versa aquí respecto de la amplitud y ambigüedad con que fue redactado el mencionado artículo, al no dejar claros una serie de aspectos, por ejemplo; su correlato con la normativa ambiental vigente. También se pone en duda la real efectividad que pudiere tener esta modificación, en atención a que el nivel de afectación de un acuífero está dado por la cantidad de agua utilizada y no por el uso productivo de las mismas.
5. Otro aspecto sumamente relevante, guarda relación con el inciso 9 del artículo 314 del Proyecto, el cual deniega la posibilidad de solicitar indemnización estatal para aquellos titulares que reciban menor proporción de agua, como consecuencia de redistribuciones acordadas a raíz de la declaración de Zonas de Escasez Hídrica. El Código vigente si contempla dicha posibilidad, más allá de que en la práctica no ha sido muy ejercida⁹. En opinión del ejecutivo, lo anterior podría generar una discriminación e incluso una injustificada desproporción en las cargas públicas, a

⁹ El ministro señaló no tener registro de que aquella facultad haya sido ejercida por algún titular de derechos de aprovechamiento de aguas, no descartándolo por completo. Véase; Sesión de Comisión de Constitución del Senado, 20 de abril, año 2020, minuto 1:02:20 en adelante, Canal TV Senado Chile.

consecuencia de una eventual redistribución por escasez hídrica enfocada en uno o algunos pocos regantes.

6. Por último, se trató uno de los temas más sensibles del Proyecto en análisis; **la temporalidad**. A partir del Proyecto actualmente en tramitación, se diferenciarían dos *clases* de derechos; Aquellos derechos *indefinidos* (Ya constituidos) y los derechos *definidos* (Constituidos luego de que entre en vigencia la reforma del Código. Regla General; 30 años máximo). En palabras del ministro, no queda claro que sucede al momento de su constitución ni al momento de su renovación. Asimismo, tampoco quedan claros los criterios para fijar por cuantos años se entregarán los nuevos derechos, ni tampoco los criterios para aceptar o rechazar una eventual renovación. Por último, se deslizan futuros problemas de desigualdad entre los titulares de ambos *tipos* de derechos, además de generar incertidumbres al momento de invertir y desarrollar proyectos a mediano y largo plazo.

Asimismo, el ministro entregó datos y cifras que ayudan a comprender y poner en perspectiva el contexto hídrico que actualmente azota a nuestro país. Por ejemplo, al día de hoy, tenemos un 33% de los acuíferos con problemas de sustentabilidad¹⁰, es decir, su recarga natural es inferior a los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados en ellos. De igual forma, se detalla como se distribuyen geográficamente los 123 acuíferos que actualmente presentan problemas, concentrándose la gran mayoría de ellos en la III, IV y V Región. A mayor abundamiento, al día de hoy se han declarado 90 *Áreas de Prohibición*, número muy superior a las solo 26 que existían hace apenas 2 años, lo que devela el avance y la profundidad del problema.

¹⁰ Este dato, así como todas las cifras contenidas en el respectivo párrafo, fueron informadas por el ministro Alfredo Moreno en sesión de fecha 20 de abril del año 2020, realizada mediante video llamada y transmitida por el Canal del Senado Chile. Fuente de los datos informados; Dirección General de Aguas.

Por último, los senadores reforzaron la necesidad de discutir y revisar, desde la óptica constitucional, las materias relativas al acceso y abastecimiento de agua potable (Principalmente en sectores rurales), la temporalidad de los derechos, las facultades de la Dirección General de Aguas, el desarrollo productivo local y la eventual caducidad de derechos por no encontrarse debidamente catastrados. De igual manera, se dejó abierta la posibilidad de plantear nuevas inquietudes constitucionalmente relevantes, además de citar a expertos para abordar los distintos temas.

En nuestra próxima edición, revisaremos y analizaremos más en profundidad el Proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas propiamente tal, que hasta la fecha contempla más de 100 modificaciones a la normativa hídrica vigente. Quisimos enfocar el presente boletín jurídico a la recientemente discutido en la Comisión de Constitución, en atención a los novedosos temas puestos en tabla por parte del ejecutivo.

Nicolás Sergio Ayarza Leñero.
Abogado.
nayarza@scia.cl.