

José Luis Cea y Cía. Limitada
Abogados

LEG-1872

CL

Microsystem - MOP_DGA



INFORME EN DERECHO

LEG. 1872

**VALOR CONSTITUCIONAL DEL
PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA
EL CODIGO DE AGUAS**

SANTIAGO, 7 DE JUNIO DE 1999

Camino Ochoal 2271 - Teléfono 229 4927 - Fax 2110685 - Santiago - Chile

INDICE

INTRODUCCION.....1 **Pág.**

**PRIMERA PARTE
ANTECEDENTES**

I. MENSAJE E INDICACION SUSTITUTIVA.....2
II. PRIMER INFORME DE COMISION.....10
III. TEXTO APROBADO EN PRIMER TRAMITE.....23
IV. TEXTO PROPUESTO POR COMISION EN SEGUNDO TRAMITE....25
V. OPINION DE LA DOCTRINA.....31

**SEGUNDA PARTE
MARCO JURIDICO**

VI. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.....32
VII. PRECEPTOS LEGALES.....37
1. Ley de Bases de la Administración.....37
2. Ley de Bases del Medio Ambiente.....37
3. Código Civil.....38
4. Código de Aguas.....39
5. Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.....45

TERCERA PARTE
ANALISIS CONSTITUCIONAL

VIII. SENTIDO Y ALCANCE DE LAS NORMAS EXAMINADAS.....	46
6. Pago y Destino de Patente.....	46
7. Requisitos para que Proceda el Pago.....	49
8. Consecuencias del no Pago.....	50
9. Destino de Recursos Provenientes de Patentes y Remates....	52
10. Atribuciones de la Autoridad Administrativa.....	53
IX. ORDEN PUBLICO ECONOMICO.....	57
X. REGIMEN TRIBUTARIO.....	60
11. Alcance y Principios.....	60
12. Principio de No Afectación Específica.....	62
XI. DERECHO DE PROPIEDAD.....	64
XII. DELIMITACIONES AL DOMINIO.....	68
13. Función Social.....	68
14. Limitaciones Inherentes y Sobrevinientes.....	71
XIII. ESENCIA Y LIBRE EJERCICIO DE LOS DERECHOS.....	78
XIV. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD.....	82
15. Dominio Legal Máximo y Mínimo.....	83
16. Complementación del Legislador y la Administración.....	86
17. Reserva Absoluta y Relativa.....	88
18. Recaptulación.....	90
19. Jurisprudencia.....	92
20. Derecho Comparado.....	95

CUARTA PARTE
CONSULTAS PLANTEADAS
Y RESPUESTA A ELLAS

XV. PATENTE NO AFECTA EL DOMINIO.....	96
XVI. GRAVAR DERECHOS VIGENTES ES CONSTITUCIONAL.....	100
XVII. HAY AFECTACION ESPECIFICA PERO CONSTITUCIONAL.....	102
XVIII. ATRIBUCIONES RESPETAN PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	104
 CONCLUSIONES.....	 106

INTRODUCCION

La Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas me ha solicitado dilucidar, en un Informe en Derecho, la constitucionalidad sustantiva de ciertos artículos del proyecto de ley que modifica el Código de Aguas. Especialmente, se ha pedido pronunciarme sobre el pago de una patente por no uso de las aguas concedidas, como asimismo, acerca de las nuevas atribuciones que allí se confieren a la autoridad administrativa respectiva.

Concretamente, las interrogantes que me han sido planteadas pueden resumirse en los términos siguientes:

1º El establecimiento del pago de una patente por no uso de las aguas concedidas ¿ respeta el núcleo esencial del derecho de propiedad, asegurado por la Constitución a todas las personas en su artículo 19º N° 24º, pues se trata del cumplimiento de una obligación derivado de su función social ?;

2º ¿ Puede imponerse el pago de dicha patente por no uso a los derechos de aprovechamiento constituidos con anterioridad a la reforma y hoy vigentes o, por el contrario, tal obligación es constitucionalmente procedente sólo con respecto a los derechos emanados de concesiones otorgadas con posterioridad a esa fecha ?;

3º La afectación que caracteriza a dicha patente ¿ se ajusta a lo dispuesto en el artículo 19º N° 20º de la Constitución, especialmente en sus incisos 3º y 4º ? ; y

4º Las nuevas atribuciones que en el proyecto se confieren al órgano administrativo competente respetan el Principio Constitucional de Legalidad ?

La adecuada comprensión y solución de tales interrogantes exige resumir los antecedentes pertinentes; transcribir, mencionar o describir el significado de los preceptos constitucionales y legales vinculados con las cuestiones consultadas; fijar el sentido y alcance de las normas fundamentales respectivas apoyado en su historia fidedigna, jurisprudencia y doctrina; por último y sobre la base descrita, resolver objetivamente las interrogantes cuyo esclarecimiento se me ha pedido, de todo lo cual dejaré constancia en las conclusiones de rigor.

PRIMERA PARTE ANTECEDENTES

I. MENSAJE E INDICACION SUSTITUTIVA

El 9 de diciembre de 1992, el Presidente de la República inició un **proyecto de ley de modificación del Código de Aguas**¹. Sin embargo, dicho mensaje fue objeto de una **primera indicación que lo sustituyó totalmente, formulada el 30 de septiembre de 1993, la cual fue aprobada, en general, en el año siguiente. Debemos puntualizar, empero, que dicha sustitución volvió a ser reemplazada, esta vez mediante mensaje del nuevo Primer Mandatario, presentada en la misma rama del Congreso el 4 de julio de 1996**².

Fundamentando su iniciativa, señaló el Jefe del Estado:

" Uno de los desafíos y problemas mayores a que la sociedad chilena se verá enfrentada en los próximos años se relaciona con la **disponibilidad de los recursos hídricos 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.**

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.

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 ellos, no obstante su obtención original gratuita, constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país.

¹ Mensaje N° 283 - 325 dirigido a la Presidencia de la Cámara de Diputados.

² Mensaje N° 005 - 333, incluido en el Boletín N° 876 - 09.

El actual proceso de avance y desarrollo sostenido de los sectores agrícola, 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 se consigue con disposiciones legales justas y equilibradas, que conduzcan a un acceso equitativo a este preciado recurso natural y que, al mismo tiempo, garanticen su utilización racional y su conservación.

(...)

Metodológicamente, se ha agrupado las modificaciones propuestas en seis grandes grupos:

I. Establecimiento del pago de una patente por la no utilización de las aguas.

La libre comercialización de los derechos de aprovechamiento de agua constituye, en general, un mecanismo adecuado para lograr usos y asignaciones de las aguas económicamente más eficiente. Sin embargo, este efecto que se ha pretendido conseguir con la aplicación de los mecanismos de mercado, en la práctica no se ha producido, al menos significativamente, por deficiencia de la normativa jurídica que regula dichos mecanismos, toda vez que no contempla un sistema de precios que permita valorizar la obtención originaria y la conservación a perpetuidad de los derechos de aprovechamiento.

(...)

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 agua no utilizados.

(...)

La normativa propuesta consulta procedimientos de reclamo para que los afectados puedan ocurrir ante la propia autoridad administrativa y ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, en defensa de sus intereses.

(...)

II. Facultades de la autoridad para la concesión de nuevos derechos de aprovechamiento

Al respecto se propone establecer límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento de aguas, los que, en definitiva, se traducen en la justificación de las necesidades del agua solicitada para los derechos que se

constituyan con posterioridad a la vigencia de esta ley ³.

Atendidas las razones expuestas, el Presidente de la República propuso un proyecto de ley que, en lo atinente a este informe, incluye los artículos siguientes:

"Artículo primero.- Modificase el Código de Aguas en la siguiente forma:

1. Incorpórase, en el artículo 6º, el siguiente inciso final, nuevo:

" Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante declaración que se presentará ante la Dirección General de Aguas, la cual, si fuere procedente, aceptará la renuncia, declarará extinguido el derecho y requerirá del Conservador de Bienes Raíces respectivo las cancelaciones que correspondan "

2. Reemplázase el artículo 22º por el siguiente:

" La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en embalses construidos por el Estado, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros.

El derecho de aprovechamiento se otorgará teniendo en consideración la explotación conjunta de los recursos superficiales y subterráneos de una misma cuenca u hoyo hidrográfica y no podrá afectar los derechos constituidos o reconocidos con anterioridad sobre dichos recursos "

(...)

6. Reemplázase el artículo 129º por el siguiente:

" El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por las causas y en las formas establecidas en este Código y en el derecho común "

7. Intercálanse los siguientes Títulos X y XI, nuevos, en el Libro I, a continuación del artículo 129º:

" Título X

De la Protección de las Aguas y Cauces

º Artículo 129º bis.- Las aguas provenientes de obras de recuperación de terrenos húmedos o pantanosos deberán ser restituidas al cauce receptor natural de las mismas, si de la ejecución de dichas obras resultare perjuicio a terceros.

³ Id., pp. 2, 3 y 4 (Énfasis agregado)

Artículo 129° bis 1.- La autoridad, al otorgar los derechos de aprovechamiento, deberá respetar la permanencia de un caudal ecológico mínimo en toda la fuente natural, que garantice la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente. En especial, deberá velar por la conservación del ecosistema y de los usos recreacionales y escénicos existentes en la respectiva fuente.

Título XI

Del Pago de una Patente por la no Utilización de las Aguas

Artículo 129° bis 4.- Los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente a beneficio fiscal. La patente se registrará por las siguientes reglas:

a) En los primeros cinco años, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley el derecho, la patente será equivalente, en Unidades Tributarias Mensuales, al valor que resulte de la siguiente operación aritmética:

$$\text{Valor anual de la patente en UTM} = 0,33 \times Q \times H.$$

El factor Q corresponderá al caudal no utilizado expresado en metros cúbicos por segundo, y el factor H al desnivel entre los puntos de captación y de restitución expresado en metros.

(...)

b) Entre los años sexto y décimo inclusive, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley el derecho, la patente calculada de conformidad con la letra anterior se multiplicará por el factor 5; y, desde los años undécimo y siguientes al de su constitución o reconocimiento, por el factor 25.

c) Estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 100 litros por segundo, en las Regiones I a Metropolitana, ambas inclusive, y a 500 litros por segundo en el resto de las Regiones.

Artículo 129° bis 5.- Los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente a beneficio fiscal. La patente a que se refiere el inciso anterior se registrará por las siguientes normas:

a) En los primeros cinco años, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley, los derechos de ejercicio permanente, cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones I a Metropolitana, ambas inclusive, pagarán una patente anual cuyo monto será equivalente a 1,6 unidades tributarias mensuales, por cada litro por segundo.

Respecto de los derechos de aprovechamiento cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones VI a IX, ambas inclusive, la patente será equivalente a 0,2 Unidades Tributarias Mensuales por cada litro por segundo y, para las situadas en las Regiones X, XI y XII, ascenderá a 0,1 unidades tributarias mensuales por cada litro por segundo.

b) Entre los años sexto y décimo inclusive, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley el derecho, la patente calculada de conformidad con la letra anterior se multiplicará por el factor 2; y, desde los años undécimo y siguientes, al de su constitución o reconocimiento, por el factor 4.

c) Estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 10 litros por segundo, en las Regiones I a Metropolitana, ambas inclusive, y a 50 litros por segundo en el resto de las Regiones.

Artículo 129° bis 6.- Los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual pagarán, en su caso, un tercio de valor de la patente asignada a los derechos de ejercicio permanente.

Artículo 129° bis 7.- El pago de la patente se efectuará dentro del mes de marzo de cada año (...).

Artículo 129° bis 8.- Corresponderá al Director General de Aguas determinar los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no hayan sido utilizadas total o parcialmente.

Artículo 129° bis 9.- Se presumirá que las aguas no han sido utilizadas total o parcialmente, en los siguientes casos:

a) Si no existen las obras de aprovechamiento necesarias para el ejercicio del derecho o éstas estuvieren manifiestamente abandonadas;

b) Si la capacidad de las obras de captación o conducción fueren insuficientes para captar o conducir el total de las aguas sobre las que recae el derecho de aprovechamiento;

c) Si no existieren los cultivos, industrias, instalaciones o establecimientos en que pudiere utilizarse el recurso, y

d) En general, en todos aquellos casos en que el no aprovechamiento de las aguas resulte acreditado mediante los informes técnicos pertinentes.

Artículo 129° bis 10.- Serán aplicables a las resoluciones de la Dirección General de Aguas los recursos contemplados en los artículos 136° y 137° de este Código.

Artículo 129° bis 11.- Si el titular del derecho de aprovechamiento no paga la patente dentro del plazo indicado en el artículo 129° bis 7, se iniciará un

procedimiento judicial de remate de ese derecho, en la proporción que corresponda.

No obstante, el Presidente de la República, a petición o con informe fundado de la Dirección General de Aguas, podrá, en circunstancias excepcionales en que esté comprometido el adecuado desarrollo de la cuenca, decretar que el derecho de aprovechamiento no sea objeto del procedimiento señalado en el inciso anterior y declarar la extinción, ordenando la cancelación de la inscripción respectiva, en la proporción que corresponda (...).

Artículo 129° bis 12.- Antes del 1° de junio de cada año, el Tesorero General de la República enviará a los juzgados competentes la nómina de los derechos de aprovechamiento cuya patente no haya sido pagada, especificando a su titular y el monto de lo adeudado (...).

Artículo 129° bis 13.- El juez dictará una resolución en que señalará día y hora para el remate, la que se publicará junto a la nómina de derechos a subastar por una sola vez en el Diario Oficial los días primero o quince de cada mes o el primer día hábil inmediato si aquéllos fueren feriados, y en forma destacada en un diario o periódico de la provincia respectiva y, si no lo hubiere, en uno de la capital de la Región correspondiente. La Tesorería General de la República cubrirá estos gastos. El remate no podrá efectuarse antes de los treinta días siguientes a la fecha del último aviso.

(...)

El mínimo de la subasta será el valor de las patentes adeudadas y el titular del derecho no será admitido a hacer posturas. Podrá, sin embargo, liberar su derecho pagando el doble del valor adeudado.

Además de pagar el valor de la subasta, el rematante deberá pagar las costas del remate, las que deberán ser tasadas por el Secretario del tribunal (...).

Artículo 129° bis 15.- Si no hay postor por algún derecho de aprovechamiento, el juez declarará libres las aguas y ordenará cancelar las correspondientes inscripciones en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Dicha resolución se notificará por el estado diario.

Artículo 129° bis 16.- Una cantidad igual al 75% del producto neto de la patente por no utilización de los derechos de aprovechamiento y de lo recaudado en los remates de estos últimos será distribuida, a contar del ejercicio presupuestario correspondiente al cuarto año posterior al de publicación de esta ley, entre las Regiones y comunas del país en la forma que a continuación se indica:

a) El 65% de dichos producto neto y recaudación por remates se incorporará a la cuota del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que anualmente le corresponda, en el Presupuesto nacional, a la Región donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

b) El 10% restante se distribuirá entre las municipalidades

de las comunas donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

(...)

La Ley de Presupuestos incluirá, en los presupuestos de los Gobiernos Regionales y municipalidades que correspondan, las cantidades que resulten de la aplicación de los incisos anteriores (...)

Artículo 129° bis 17.- El valor de las patentes no se considerará como gasto para efectos de la primera categoría de la ley sobre Impuesto a la Renta, no siéndole aplicable lo dispuesto en el artículo 21° de dicha ley.

Sin embargo, las cantidades pagadas por concepto de patentes por los titulares de derechos de aprovechamiento durante los años anteriores a aquél en que se inicie la utilización de las aguas, podrán imputarse a cualquier clase de impuesto fiscal de declaración y pago mensual, en la forma que determine el Ministerio de Hacienda mediante decreto. Para estos efectos, dichas cantidades serán reajustadas de acuerdo a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el último día del mes anterior a la fecha de ingreso del pago en arcas fiscales y el último día del mes anterior a la fecha de la imputación.

Artículo 129° bis 18.- Respecto a los derechos no consuntivos, se determinará el número de años en que puede efectuarse la imputación referida en el artículo anterior, mediante la siguiente tabla (...)

Respecto a los derechos consuntivos, se considerarán tres años."

(...)

11. Intercálase el siguiente artículo 147° bis, nuevo, a continuación del artículo 147°:

" El derecho de aprovechamiento de aguas se constituirá mediante resolución de la Dirección General de Aguas.

El Director General de Aguas podrá, mediante resolución fundada, denegar o limitar las solicitudes de derechos de aprovechamiento, en los siguientes casos:

1. Si no se diere cumplimiento a los requisitos legales o reglamentarios;
2. Si no existiere disponibilidad del recurso;
3. Si no se hubiere justificado la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el peticionario;
4. Si se comprometiere gravemente el manejo y desarrollo del recurso de la respectiva cuenca u hoyo hidrográfica, y

5. En general, en todos aquellos casos en que por razones de utilidad pública fuere necesario destinar el recurso a fines distintos del solicitado.

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 de como fue solicitado, y siempre que conste el consentimiento del interesado."

(...)

13. Reemplázase el artículo 149° por el siguiente:

" La resolución en cuya virtud se constituye el derecho contendrá:

1. El nombre del adquirente;

(...)

3. La cantidad de agua que se autoriza extraer, expresada en la forma prevista en el artículo 7° de este Código;

4. El uso o destino que se dará al agua;

(...)

7. Si el derecho es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas (...)".

(...)

16. Reemplázase la letra c) del artículo 299° por la siguiente:

" Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación; impedirá también que se extraigan aguas de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda. Para estos efectos, podrá requerir el auxilio de la fuerza pública en los términos establecidos en el artículo 138 de este Código".

(...)

Disposiciones transitorias

Artículo 1° transitorio.- Los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente a contar del 1° de enero del año siguiente al de la entrada en vigencia de esta ley, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de

una patente, que se registrará por las reglas establecidas en el artículo 129° bis 4 del Código de Aguas.

Artículo 2° transitorio.- Los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente a contar del 1 de enero del año siguiente al de la entrada en vigencia de esta ley, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente que se registrará por las normas establecidas por el artículo 129° bis 5 del Código de Aguas.

Artículo 3° transitorio.- Los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, que no sean utilizados total o parcialmente a contar del 1 de enero del año siguiente al de la entrada en vigencia de esta ley, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente, que se registrará por la norma establecida en el artículo 129° bis 6 del Código de Aguas °.

II. PRIMER INFORME DE COMISION

Prosigue esta cronología destacando que, en virtud del acuerdo adoptado por la Cámara de Diputados, en la sesión celebrada el 15 de diciembre de 1992, se aprobó, por unanimidad, la creación de una Comisión Especial Legislativa encargada del estudio del régimen jurídico de las aguas.

Pues bien, cumpliendo tal cometido, dicha Comisión evacuó el Primer Informe del proyecto en aquel año. Por contener los pronunciamientos centrales que fundamentaron la tramitación posterior, indispensable nos parece transcribirlo con la extensión adecuada:

" La idea matriz que inspiró la proposición de esta iniciativa legal consiste, en primer lugar, en establecer límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento de aguas, con objeto de desarrollar una política nacional de aguas, fundada en la equidad y en la eficiencia. En consonancia con este concepto, se busca un aprovechamiento racional del recurso, mediante la protección y la conservación de las aguas y de los cauces, dando énfasis a aspectos regionales⁴.

Leyendo el mismo Informe de esa Comisión, constátase que la Dirección General de Aguas le hizo entrega de dos estudios especializados, en el primero de los cuales se sostiene que:

*** Sólo un 13,2% de los derechos de aprovechamiento constituidos están siendo ejercidos.**

El 43,0% de los recursos hídricos utilizables están asignados.

⁴ Informe de la Comisión Especial Legislativa encargada del estudio del Régimen Jurídico de las Aguas sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas, contenido en el Boletín de la Cámara de Diputados N° 876 - 09, evacuado el 18 de marzo de 1997, p. 4 (Énfasis agregado).

(...)

II) En relación con diversas observaciones que se han formulado a las indicaciones propuestas al proyecto de modificaciones al Código de Aguas, se inserta el siguiente comentario elaborado por la DGA.

A. Eventual discrecionalidad de la autoridad administrativa en el procedimiento concesional de derechos de aprovechamiento de aguas.

El N° 11 del proyecto propone incorporar el siguiente artículo 147° bis:

(...)

El Director General de Aguas podrá, mediante resolución fundada, denegar o limitar las solicitudes de derechos de aprovechamiento en los siguientes casos:

4. Si se comprometiere gravemente el manejo y desarrollo del recurso de la respectiva cuenca u hoya hidrográfica, y

5. En general, en todos aquellos casos en que por razones de utilidad pública fuere necesario destinar el recurso a fines distintos del solicitado ".

(...)

Estas normas son imprescindibles para que el Estado pueda hacer una administración eficiente y coherente de los recursos hídricos.

En la actualidad, sin normas como las propuestas, se posibilita que se creen situaciones perjudiciales irreversibles o sólo modificables a un altísimo costo, sin que los mecanismos de mercado puedan introducir una corrección efectiva (ejs.: constitución de derechos no consuntivos por la totalidad del caudal de un río en su desembocadura; dificultades de abastecimiento de agua potable, por constitución de derechos de aprovechamiento sobre la totalidad de los recursos hídricos disponibles en la proximidades de asentamientos urbanos).

(...)

Por otra parte, debe tenerse presente que en todas las legislaciones más importantes sobre las aguas (Estados de la costa este de los Estados Unidos, la legislación alemana, española y otras), merece un lugar destacado el requerimiento del uso efectivo y beneficioso de las aguas, por cuanto lo contrario importa la caducidad o la extinción del derecho. Siendo el agua un recurso escaso, no existe razón alguna para permitir que un particular adquiera derechos de agua gratuitamente del Estado y no las use. Esta posibilidad permite la especulación y la posibilidad de obtener un enriquecimiento por el mero transcurso del tiempo, a costa de un bien de dominio público escaso y de demanda ecológica, social y económica. El no requerimiento del uso beneficioso y efectivo de las aguas favorece los monopolios y el manejo del recurso como un instrumento de competencia económica desleal. Así, bloqueando el acceso al recurso, se impide el ingreso de nuevos competidores y la expansión de la

oferta de bienes y servicios. Esto es particularmente cierto en el caso de la minería de zonas áridas y en la generación de energía.

(...)

Por otra parte, debe dejarse claramente establecido que, con las normas que se propone, nunca podría existir arbitrariedad por parte de la autoridad administrativa.

(...)

En relación con esta materia, también debe tenerse presente lo siguiente:

1. Toda resolución que a este respecto dicte la autoridad deberá ser " fundada ", esto es, dar cuenta de las razones de hecho y derecho que la justifican.

2. Dichas resoluciones estarán sujetas a revisión de legalidad por parte de la Contraloría General de la República, a través del trámite de toma de razón.

3. Quienes se sientan afectados por las resoluciones, podrán hacer uso de los recursos de:

a) Reconsideración (artículo 136° del Código de Aguas), ante el Director General de Aguas.

b) Reclamación (artículo 137° del Código de Aguas), ante la Corte de Apelaciones respectiva.

B. Determinación del pago de una patente respecto de aquellos derechos de aprovechamiento no utilizados en todo o en parte.

1. Se utilizaron criterios similares para el cálculo de la patente que deberán pagar los derechos consuntivos y no consuntivos.

En efecto, las patentes que se deberán pagar por los derechos no consuntivos aparecen como más elevadas sólo en razón de los grandes caudales de aguas comprometidos.

2. El cálculo de la patente considera de manera preponderante los plazos requeridos para desarrollar los proyectos hidroeléctricos.

La patente incentiva que los derechos de agua sean solicitados cuando exista una decisión de ejecutar el proyecto, ya que si así se hace, las sumas a pagar por concepto de patentes se reducirán a montos que en nada afectarán la factibilidad de los proyectos.

(...)

D. Eventual inconstitucionalidad de aplicar patentes a derechos

ya constituidos.

Es perfectamente constitucional imponer el pago de patente a derechos constituidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la modificación propuesta.

1. El artículo 6° del Código de Aguas dispone que " El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley ". Como se observa, en forma expresa, el Código de Aguas entrega a la ley la posibilidad de establecer algún tipo de regulación sobre el uso, goce o disposición de los derechos de aprovechamiento de aguas.

2. Además, la potestad tributaria general del Estado lo faculta para gravar situaciones previamente no sujetas al pago de tributo. En consecuencia, no es objetable la posibilidad de gravar con el pago de patentes la no utilización del derecho de aprovechamiento de aguas.

3. Por otro lado, la obligación del pago de patentes y la subsecuente posibilidad de rematar el derecho por no pago, constituye una carga o limitación al dominio derivada de su función social, en atención al interés general de la nación, la utilidad pública o la conservación del patrimonio ambiental (artículo 19° N° 24° inciso segundo de la Constitución Política de la República).

4. También, el derecho de propiedad de los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas se mantiene incólume aun cuando se aprueben las normas en comento. En tal caso, lo que se altera es el contenido del derecho de aprovechamiento, pero no la titularidad de particulares sobre aquél. Al respecto, cabe esgrimir el artículo 12° de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, de acuerdo a la cual la nueva ley se aplica a los goces, cargas y extinción de los derechos reales. En este caso, el proyecto de ley no altera el derecho de propiedad, ni ninguno de sus atributos esenciales, sino que modifica el contenido de un derecho real definido por ley. Negarse a esta posibilidad supone afirmar la intangibilidad de ese derecho real, vulnerando el principio consagrado en el referido artículo 12°. Un aspecto similar se debatió en relación al proyecto de ley de deuda subordinada. El fallo del Tribunal Constitucional sobre la materia no aceptó el precepto citado y declaró violatorio del derecho de propiedad la norma que alteraba un elemento de la propiedad de los accionistas sobre sus títulos: la posibilidad de capitalizar dividendos. Sin embargo, el fallo del recurso de protección deducido por el Banco Central no se sumó al criterio del Tribunal Constitucional.

5. Justifica también las proposiciones del Ejecutivo la teoría del abuso del derecho. Abona esta posibilidad el tenor literal del derecho de que se trata, "de aprovechamiento", definido en el artículo 6° del Código de Aguas. Por ende, el uso y goce racional y enmarcado en la protección del derecho, es el que se traduce precisamente en el aprovechamiento productivo. Por el contrario, abusa de su derecho quien detenta para sí la facultad de uso exclusivo y excluyente de un bien nacional de uso público y no lo destina a un aprovechamiento efectivo y beneficioso para la comunidad. En tal caso, la acción correctiva del Estado tiende a impedir un abuso del derecho por la vía de restar protección jurídica a una situación que contradice el fundamento mismo de la concesión del derecho de aprovechamiento del recurso de agua. Dicho en otras palabras, es

inaceptable que un bien nacional de uso público, cuyo dominio pertenece a la Nación toda y cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la Nación (artículos 589 y 595 del Código Civil y 5° del Código de Aguas), sobre el cual se concede un derecho de aprovechamiento en forma gratuita, precisamente para el uso y goce de ellos, no sea utilizado, privándose con ello la posibilidad de que otro interesado en este bien escaso, tenga acceso a un derecho de aprovechamiento, en atención a que parte importante de los recursos superficiales existentes en nuestro país ya han sido otorgados.

(...)

E. Se objeta la discrecionalidad que tendría el Director General de Aguas para determinar las aguas que no se están utilizando.

Al respecto, cabe manifestar que el artículo 129° bis 9 del proyecto de ley establece diferentes situaciones en las que se presume que el derecho de aprovechamiento no ha sido utilizado total o parcialmente. Es una presunción que podrá ser desvirtuada por el afectado, para lo cual dispone de varios instrumentos. En efecto, el interesado puede solicitar la reconsideración de la resolución de la Dirección General de Aguas que lo incluye en el listado de los derechos de aprovechamiento que no se utilizan en todo o en parte (artículo 129° bis 7 del proyecto y 136° del Código de Aguas). También puede reclamar de dicha resolución ante la Corte de Apelaciones respectiva, de conformidad a lo previsto en el artículo 137° del Código de Aguas. En relación con estos recursos, no debe olvidarse que la resolución que establece el listado de los derechos que no se utilizan debe publicarse en el Diario Oficial y en un diario o periódico de la provincia respectiva. Por otro lado, puede recurrir a la Contraloría General de la República. Por último, puede presentar otros recursos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. En síntesis, la determinación de los derechos no utilizados constituye una materia técnica que el proyecto de ley encomienda a la DGA, estableciendo el mismo proyecto las instancias de reclamación pertinentes, para que aquellas personas que se sientan afectadas con la determinaciones de este Servicio puedan deducirlas ⁵.

También consta del Primer Informe de Comisión que representantes de diversos sectores involucrados y autoridades fueron invitados a opinar acerca del proyecto. Útil es insertar, en extracto, las intervenciones más relevantes:

⁴ El señor Jaime Bauzá, Gerente General de Endesa expresó, en lo relativo a la discrecionalidad de la autoridad, que se otorga una elevada discrecionalidad a la autoridad administrativa en el proceso de asignación de los derechos, que podría limitar o denegar una solicitud cuando razones de bien público lo justifiquen o si se comprometiere gravemente el manejo y desarrollo del recurso (...).

En cuanto al pago de patentes, se resuelve el problema de otorgamiento indiscriminado de nuevos derechos. Sin embargo, se hace una distinción en los montos de las patentes entre derechos consuntivos y no consuntivos. Se trata con mayor rigurosidad a los derechos no consuntivos, lo que es contrario al uso del recurso. No se tienen en consideración los plazos que se

⁵ Id., pp. 36 y 38 - 43 (Énfasis agregado).

requieren para desarrollar los proyectos hidroeléctricos. Los montos progresivos aplicados a los no consuntivos encarecen significativamente los proyectos hidroeléctricos, disminuyendo su competitividad frente a otros recursos.

(...)

La señora Isabel González, Ministra (Subrogante) Presidente de la Comisión Nacional de Energía, hizo presente que (...) a través de la no utilización oportuna de los derechos de aprovechamiento, ya sea retrasando la construcción de centrales hidroeléctricas, construyéndolas de tamaños subóptimos o impidiendo su instalación por terceros, las empresas con gran participación en el mercado actual de la generación de electricidad podrían obtener ganancias monopólicas, en desmedro de todos los usuarios de energía que verían incrementados los precios por este concepto (...).

Endesa es la principal compañía generadora de electricidad del país (...). Esta empresa posee el 67% del total hidroeléctrico en explotación (2.673 de 3.972 Mw) y, además, posee en la actualidad los derechos de aprovechamiento de agua del 35% de la capacidad potencial total por instalar en la zona central (3.760 de los 10.558 Mw). Esta situación es grave, si se considera que entre los derechos de aprovechamiento de agua que posee se encuentra el 77% de los mejores proyectos hidroeléctricos por desarrollar desde hoy al año 2020 (2.485 de 3.225 Mw).

Además de lo anterior, esta empresa tenía solicitados 279 derechos más. De las solicitudes presentadas, la Excm. Corte Suprema ha acogido un recurso de amparo económico presentado por la empresa en contra de la Dirección General de Aguas, que obliga a ésta a pronunciarse en relación a 13 de estos recursos (...). Las consideraciones anteriores, expresadas en términos cuantitativos, aumentan si se considera la calidad del recurso agua para potencial hidroeléctrico.

(...)

Como conclusiones de la situación anterior, se puede deducir que Endesa dispone del 77% de los derechos más convenientes de desarrollar desde hoy al año 2020 y que si se adjudica los recursos en trámite podrá construir centrales generadoras hasta el año 2025.

Sin perjuicio de la gravedad que tiene para el desarrollo competitivo del sector eléctrico nacional, pues se ha explicado anteriormente que la base de nuestra legislación eléctrica es la competencia a nivel de generación, la posición dominante de recursos energéticos de Endesa también constituye un importante riesgo para el desarrollo del sector eléctrico. Al estar concentrados importantes recursos hídricos justamente en aquella empresa, que hoy día tiene una participación mayoritaria en la actividad de generación de energía eléctrica, esta situación puede dar lugar a que esta empresa ejerza un poder monopólico, pues al operar con una visión de máximo beneficio privado se obtendrían resultados muy diferentes de aquellos que resultan de un criterio de máximo beneficio social.

(...)

Por lo tanto, se puede afirmar que la actual concentración de derechos de agua por parte de Endesa es sin lugar a dudas una barrera de entrada a nuevos inversionistas y que, además, puede tener un fuerte impacto en la tarifas de la electricidad en el futuro. Si se tramitan los derechos de agua indicados, Endesa tendrá el principal recurso energético con que cuenta el país para los años futuros. Por todo lo expuesto, es posible concluir que la acumulación de derechos de aprovechamiento de aguas por parte de Endesa tiene las siguientes consecuencias: Existe una barrera de entrada al sector eléctrico de generación en el principal sistema eléctrico del país; la señal privada es no utilizar los derechos de aguas en la calidad y oportunidad coincidentes con el óptimo social; y existe una acumulación del principal recurso energético del país ¹⁶.

En el mismo Informe de la Comisión de la Cámara de Diputados que viene siendo insertado, aparece un documento emanado de la Sociedad de Fomento Fabril, con sujeción al cual:

" El proyecto de ley pretende, como tema importante, evitar el acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de agua con fines especulativos, para lo cual propone el pago de una patente a beneficio fiscal por la parte no utilizada de ellos y otorgar amplias facultades al Director General de Aguas para calificar la pertinencia de otorgar o no otorgar derechos de agua, con limitaciones o sin ellas, cuando se los soliciten los interesados.

En opinión de la Sociedad de Fomento Fabril, el riesgo de acaparamiento de derechos de aprovechamiento de aguas con fines especulativos es escaso. En efecto, desde hace más de quince años, la casi totalidad de las aguas superficiales terrestres del río Cautín al norte están asignadas y su uso es cercano al total otorgado.

En materia de derechos no consuntivos, si bien su uso no es cercano al 100% del total otorgado, ello es consecuencia de los precios de la energía existente en el mercado, ya que ellos son los que en definitiva determinan la viabilidad económica de emprender un proyecto de generación hidráulica (...).

(...)

El Título XI que se propone, establece el pago de una patente de beneficio fiscal por la parte no utilizada de los derechos de aprovechamiento, indicando sus montos según sean los derechos de aprovechamiento consuntivos o no consuntivos, según la ubicación regional de ellos y según si son eventuales o permanentes. Además, faculta a la DGA para determinar el grado de no utilización de las aguas para fijar el monto de las patentes por pagar.

La Sociedad de Fomento Fabril no está de acuerdo con que se aplique un cobro por el no uso de los derechos de agua constituidos, por cuanto no tenemos ningún estudio que compruebe fehacientemente que el sistema normativo vigente haya impedido un mayor uso de esos derechos por razones arbitrarias o especulativas de los propietarios de ellos.

¹⁶ Id., pp. 50, 55 y 59 - 62 (Énfasis agregado).

El uso de derechos de aprovechamiento es función de las posibilidades reales existentes en el mercado (...).

Desde nuestro punto de vista, cobrar por el no uso de un recurso escaso no constituye una propuesta que en términos económicos sea acertada.

Se podría llegar al absurdo de que un propietario de un derecho de agua la use en exceso (la malgaste), para no pagar la patente por no haberla utilizado toda. Inhibe, en consecuencia, las mejoras tecnológicas para ahorrar agua. La patente propuesta castiga el buen uso del recurso agua en vez de premiarlo, lo que es un absurdo ⁷.

Sobre la base de las consideraciones y antecedentes expuestos, finalmente la Comisión dio su aprobación al siguiente proyecto de ley:

" Artículo primero.- Modifícase el Código de Aguas en la siguiente forma:

1. Incorpórase, en el artículo 6º, el siguiente inciso final, nuevo:

" Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante declaración que se presentará ante la Dirección General de Aguas, la cual, si fuere procedente, aceptará la renuncia, declarará extinguido el derecho y requerirá del Conservador de Bienes Raíces respectivo las cancelaciones que correspondan "

2. Reemplázase el artículo 22º por el siguiente:

" La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en embalses construidos por el Estado, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros (...) "

(...)

6. Reemplázase el artículo 129º por el siguiente:

" El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por las causas y en las formas establecidas en este Código y en el derecho común "

7. Intercálanse los siguientes Títulos X y XI, nuevos, en el Libro I, a continuación del artículo 129º:

" Título X

De la Protección de las Aguas y Cauces

⁷ Id., pp. 71 - 72 (Énfasis agregado).

(...)

Artículo 129° bis 1.- La autoridad, al otorgar los derechos de aprovechamiento, deberá respetar la permanencia de un caudal ecológico mínimo en toda la fuente natural, que garantice la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente.

(...)

Título XI

Del Pago de una Patente por la no Utilización de las Aguas

Artículo 129° bis 4.- Los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente a beneficio fiscal. La patente se regirá por las siguientes reglas:

a) En los primeros cinco años, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley el derecho, la patente será equivalente, en unidades tributarias mensuales, al valor que resulte de la siguiente operación aritmética:

$$\text{Valor anual de la patente en UTM} = 0,33 \times Q \times H.$$

El factor Q corresponderá al caudal no utilizado expresado en metros cúbicos por segundo, y el factor H, al desnivel entre los puntos de captación y de restitución expresado en metros.

(...)

b) Entre los años sexto y décimo inclusive, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley el derecho, la patente calculada de conformidad con la letra anterior se multiplicará por el factor 5; y, desde los años undécimo y siguientes al de su constitución o reconocimiento, por el factor 25.

c) Estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 100 litros por segundo, en las Regiones I a Metropolitana, ambas inclusive, y a 500 litros por segundo en el resto de las Regiones.

Artículo 129° bis 5.- Los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente a beneficio fiscal. La patente a que se refiere el inciso anterior se regirá por las siguientes normas:

a) En los primeros cinco años, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley, los derechos de ejercicio

permanente, cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones I a Metropolitana, ambas inclusive, pagarán una patente anual cuyo monto será equivalente a 1,6 unidades tributarias mensuales, por cada litro por segundo.

Respecto de los derechos de aprovechamiento cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones VI a IX, ambas inclusive, la patente será equivalente a 0,2 unidades tributarias mensuales por cada litro por segundo y, para las situadas en las Regiones X, XI y XII, ascenderá a 0,1 unidades tributarias mensuales por cada litro por segundo.

b) Entre los años sexto y décimo inclusive, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley el derecho, la patente calculada de conformidad con la letra anterior se multiplicará por el factor 2; y, desde los años undécimo y siguientes, al de su constitución o reconocimiento, por el factor 4.

c) Estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 10 litros por segundo, en las Regiones I a Metropolitana, ambas inclusive, y a 50 litros por segundo en el resto de las Regiones.

Artículo 129° bis 6.- Los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual pagarán, en su caso, un tercio de valor de la patente asignada a los derechos de ejercicio permanente.

Artículo 129° bis 7.- El pago de la patente se efectuará dentro del mes de marzo de cada año (...).

Artículo 129° bis 8.- Corresponderá al Director General de Aguas determinar los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no hayan sido utilizadas total o parcialmente.

Artículo 129° bis 9.- Se presumirá que las aguas no han sido utilizadas total o parcialmente, en los siguientes casos:

a) Si no existen las obras de aprovechamiento necesarias para el ejercicio del derecho o éstas estuvieren manifiestamente abandonadas;

b) Si la capacidad de las obras de captación o conducción fueren insuficientes para captar o conducir el total de las aguas sobre las que recae el derecho de aprovechamiento;

c) Si no existieren los cultivos, industrias, instalaciones o establecimientos en que pudiere utilizarse el recurso; y

d) En general, en todos aquellos casos en que el no aprovechamiento de las aguas resulte acreditado mediante los informes técnicos pertinentes.

Artículo 129° bis 10.- Serán aplicables a las resoluciones de la Dirección General de Aguas los recursos contemplados en los artículos 136° y 137°

de este Código.

Artículo 129° bis 11.- Si el titular del derecho de aprovechamiento no paga la patente dentro del plazo indicado en el artículo 129° bis 7, se iniciará un procedimiento judicial de remate de ese derecho, en la proporción que corresponda.

No obstante, el Presidente de la República, a petición o con informe fundado de la Dirección General de Aguas, podrá, en circunstancias excepcionales en que esté comprometido el adecuado desarrollo de la cuenca, decretar que el derecho de aprovechamiento no sea objeto del procedimiento señalado en el inciso anterior y declarar la extinción, ordenando la cancelación de la inscripción respectiva, en la proporción que corresponda (...).

(...)

Artículo 129° bis 13.- El juez dictará una resolución en que señalará día y hora para el remate (...).

El mínimo de la subasta será el valor de las patentes adeudadas y el titular del derecho no será admitido a hacer posturas. Podrá, sin embargo, liberar su derecho pagando el doble del valor adeudado.

Además de pagar el valor de la subasta, el rematante deberá pagar las costas del remate, las que deberán ser tasadas por el secretario del tribunal.

Si el adjudicatario no enterare el precio de la subasta dentro del plazo de quince días, contado desde la fecha del remate, la adjudicación quedará sin efecto por el solo ministerio de la ley, el juez hará efectiva la garantía a beneficio fiscal y ordenará que los derechos de aprovechamiento sean nuevamente sacados a remate.

Artículo 129° bis 15.- Si no hay postor por algún derecho de aprovechamiento, el juez declarará libres las aguas y ordenará cancelar las correspondientes inscripciones en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Dicha resolución se notificará por el estado diario.

Artículo 129° bis 16.- Una cantidad igual al 75% del producto neto de la patente por no utilización de los derechos de aprovechamiento y de lo recaudado en los remates de estos últimos será distribuida, a contar del ejercicio presupuestario correspondiente al cuarto año posterior al de publicación de esta ley, entre las Regiones y comunas del país en la forma que a continuación se indica:

a) El 65% de dichos producto neto y recaudación por remates se incorporará a la cuota del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que anualmente le corresponda, en el Presupuesto nacional, a la Región donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

b) El 10% restante se distribuirá entre las municipalidades de las comunas donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

(...)

La ley de Presupuestos incluirá, en los presupuestos de los Gobiernos Regionales y municipalidades que correspondan, las cantidades que resulten de la aplicación de los incisos anteriores (...).

Artículo 129° bis 17.- El valor de las patentes no se considerará como gasto para efectos de la primera categoría de la ley sobre Impuesto a la Renta, no siéndole aplicable lo dispuesto en el artículo 21° de dicha ley.

Sin embargo, las cantidades pagadas por concepto de patentes por los titulares de derechos de aprovechamiento durante los años anteriores a aquél en que se inicie la utilización de las aguas, podrán imputarse a cualquier clase de impuesto fiscal de declaración y pago mensual, en la forma que determine el Ministerio de Hacienda mediante decreto (...).

Artículo 129° bis 18.- Respecto a los derechos no consuntivos, se determinará el número de años en que puede efectuarse la imputación referida en el artículo anterior, mediante la siguiente tabla, cuyos tramos se determinan multiplicando el valor del caudal no utilizado, expresado en metros cúbicos por segundo, por el valor de la diferencia de nivel entre los puntos de captación y de restitución expresado en metros:

- a) Tres años, si el producto de la multiplicación de dichos factores es inferior a diez mil;
- b) Cuatro años, si el producto de la multiplicación resulta entre diez mil y treinta mil, ambas cifras inclusive, y
- c) Cinco años, si el producto de la multiplicación resulta en un valor superior a treinta mil.

Respecto a los derechos consuntivos, se considerarán tres años."

(...)

11. Intercálase el siguiente artículo 147° bis, nuevo, a continuación del artículo 147°:

" El derecho de aprovechamiento de aguas se constituirá mediante resolución de la Dirección General de Aguas.

El Director General de Aguas podrá, mediante resolución fundada, denegar o limitar las solicitudes de derechos de aprovechamiento, en los siguientes casos:

- 1. Si no se diere cumplimiento a los requisitos legales o reglamentarios;
- 2. Si no existiere disponibilidad del recurso;

3. Si no se hubiere justificado la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el peticionario;

4. Si se comprometiere gravemente el manejo y desarrollo del recurso de la respectiva cuenca u hoya hidrográfica, y

5. En general, en todos aquellos casos en que por razones de utilidad pública fuere necesario destinar el recurso a fines distintos del solicitado.

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 de como fue solicitado, y siempre que conste el consentimiento del interesado."

(...)

13. Reemplázase el artículo 149° por el siguiente:

" La resolución en cuya virtud se constituye el derecho contendrá:

1. El nombre del adquirente;

(...)

3. La cantidad de agua que se autoriza extraer, expresada en la forma prevista en el artículo 7° de este Código;

4. El uso o destino que se dará al agua (...)".

(...)

Disposiciones transitorias

Artículo 1° transitorio.- Los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente a contar del 1 de enero del año siguiente al de la entrada en vigencia de esta ley, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente, que se regirá por las reglas establecidas en el artículo 129° bis 4 del Código de Aguas.

Artículo 2° transitorio.- Los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente a contar del 1 de enero del año siguiente al de la entrada en vigencia de esta ley, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente que se regirá por las normas establecidas por el artículo 129° bis 5 del Código de Aguas.

Artículo 3° transitorio.- Los derechos de aprovechamiento de

ejercicio eventual, que no sean utilizados total o parcialmente a contar del 1 de enero del año siguiente al de la entrada en vigencia de esta ley, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente, que se regirá por la norma establecida en el artículo 129° bis 6 del Código de Aguas ”.

III. TEXTO APROBADO EN PRIMER TRAMITE

El 15 de julio de 1997, la Comisión Especial evacuó el Segundo Informe acerca del proyecto que modifica el Código de Aguas, sin introducir a su primer pronunciamiento alteraciones sustanciales. En definitiva y sobre esa base, la Cámara de Diputados aprobó, en primer trámite, el siguiente texto, del cual y para evitar repeticiones, insertamos sólo los puntos que tuvieron modificaciones relevantes:

” Artículo primero.- Modifícase el Código de Aguas en la siguiente forma:

1. Incorpórase, en el artículo 6º, el siguiente inciso final, nuevo:

” Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante declaración que se presentará ante la Dirección General de Aguas, la cual, si fuere procedente, aceptará la renuncia, declarará extinguido el derecho y requerirá del Conservador de Bienes Raíces respectivo las cancelaciones que correspondan

(...)

6. Reemplázase el artículo 129º por el siguiente:

”El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por las causas y en las formas establecidas en este Código y en el derecho común”.

7. Intercálanse los siguientes Títulos X y XI, nuevos, en el Libro I, a continuación del artículo 129º:

” Título X

De la protección de las aguas y cauces

(...)

Título XI

Del pago de una patente por la no utilización de las aguas

Artículo 129º bis 4.- Los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de

una patente a beneficio fiscal. La patente se registrará por las siguientes reglas (...).

Artículo 129° bis 5.- Los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente a beneficio fiscal. La patente a que se refiere el inciso anterior se registrará por las siguientes normas (...).

Artículo 129° bis 6.- Los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual pagarán, en su caso, un tercio de valor de la patente asignada a los derechos de ejercicio permanente.

Artículo 129° bis 8.- Corresponderá al Director General de Aguas determinar los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no hayan sido utilizadas total o parcialmente.

Artículo 129° bis 9.- Se presumirá que las aguas no han sido utilizadas total o parcialmente, en los siguientes casos:

a) Si no existen las obras de aprovechamiento necesarias para el ejercicio del derecho o éstas estuvieren manifiestamente abandonadas;

b) Si la capacidad de las obras de captación o conducción fueren insuficientes para captar o conducir el total de las aguas sobre las que recae el derecho de aprovechamiento;

c) Si no existieren los cultivos, industrias, instalaciones o establecimientos en que pudiere utilizarse el recurso, y

d) En general, en todos aquellos casos en que el no aprovechamiento de las aguas resulte acreditado mediante los informes técnicos pertinentes.

Artículo 129° bis 10.- Serán aplicables a las resoluciones de la Dirección General de Aguas los recursos contemplados en los artículos 136° y 137° de este Código.

Artículo 129° bis 11.- Si el titular del derecho de aprovechamiento no paga la patente dentro del plazo indicado en el artículo 129° bis 7, se iniciará un procedimiento judicial de remate de ese derecho, en la proporción que corresponda (...).

Artículo 129° bis 16.- Una cantidad igual al 75% del producto neto de la patente por no utilización de los derechos de aprovechamiento y de lo recaudado en los remates de estos últimos será distribuida, a contar del ejercicio presupuestario correspondiente al cuarto año posterior al de publicación de esta ley, entre las Regiones y comunas del país en la forma que a continuación se indica:

a) El 65% de dichos producto neto y recaudación por remates se incorporará a la cuota del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que

anualmente le corresponda, en el Presupuesto nacional, a la Región donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

b) El 10% restante se distribuirá entre las municipalidades de las comunas donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento (...).

Artículo 129° bis 17.- El valor de las patentes no se considerará como gasto para efectos de la primera categoría de la ley sobre Impuesto a la Renta, no siéndole aplicable lo dispuesto en el artículo 21° de dicha ley.

Sin embargo, las cantidades pagadas por concepto de patentes por los titulares de derechos de aprovechamiento durante los años anteriores a aquél en que se inicie la utilización de las aguas, podrán imputarse a cualquier clase de impuesto fiscal de declaración y pago mensual, en la forma que determine el Ministerio de Hacienda mediante decreto. Para estos efectos, dichas cantidades serán reajustadas de acuerdo a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el último día del mes anterior a la fecha de ingreso del pago en arcas fiscales y el último día del mes anterior a la fecha de la imputación.

(...)

11. Intercálase el siguiente artículo 147° bis, nuevo, a continuación del artículo 147°:

" El derecho de aprovechamiento de aguas se constituirá mediante resolución de la Dirección General de Aguas.

El Director General de Aguas podrá, mediante resolución fundada, denegar o limitar las solicitudes de derechos de aprovechamiento, en los siguientes casos (...)".

IV. TEXTO PROPUESTO POR COMISION EN SEGUNDO TRAMITE

Prosigue esta relación cronológica señalando que, el 11 de mayo de 1999, la Comisión de Obras Públicas del Senado propuso a la Sala de dicha Corporación aprobar el siguiente texto, a partir del cual han sido formuladas las consultas planteadas en la Introducción de este Informe. En la transcripción que viene a continuación, destacó este dictaminante las innovaciones principales introducidas por aquella Comisión a la versión del proyecto despachado por la Cámara de Diputados. Los cambios aludidos incluyen los propuestos, mediante reciente indicación del Jefe del Estado⁸:

" Artículo primero.- Modificase el Código de Aguas en la siguiente forma:

⁸ Informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado, evacuado el 11 de mayo de 1999, contenido en el Boletín del Senado N° 876 - 09.

1. Incorpórase, en el artículo 6º, el siguiente inciso final, nuevo:

" Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante declaración que se presentará ante la Dirección General de Aguas, la cual, si aceptare la renuncia, declarará extinguido el derecho ordenará las cancelaciones o subinscripciones que correspondan. Dicha resolución se reducirá a escritura pública que suscribirá el funcionario que se designe al efecto y una copia de ella deberá inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente, en la forma que señala el número 4º del artículo 114º ".

(...)

6. Reemplázase el artículo 129º por el siguiente:

" El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por las causas y en las formas establecidas en este Código y en el derecho común ".

7. Intercálanse los siguientes Títulos X y XI, nuevos, en el Libro I, a continuación del artículo 129º:

" Título X

De la Protección de las Aguas y Cauces

" (...).

Artículo 129º bis 1.- La autoridad, al otorgar los derechos de aprovechamiento, deberá respetar la permanencia de un caudal ecológico mínimo en toda la fuente natural, que garantice la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente y, en especial, deberá velar por la conservación del ecosistema y de los usos recreacionales y escénicos existentes en la respectiva fuente.

La forma de determinar el caudal ecológico estará señalada en el Reglamento.

(...)

Título XI

Del Pago de una Patente por la no Utilización de las Aguas

Artículo 129º bis 4.- Los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente a beneficio fiscal. La patente se regirá por las siguientes reglas (...).

Artículo 129º bis 5.- Los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente, estarán afectos, en

la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente a beneficio fiscal. La patente a que se refiere el inciso anterior se registrará por las siguientes normas (...).

Artículo 129° bis 6.- Los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual pagarán, en su caso, un tercio de valor de la patente asignada a los derechos de ejercicio permanente.

Artículo 129° bis 7.- El pago de la patente se efectuará dentro del mes de marzo de cada año, en cualquier banco o institución autorizados para recaudar tributos. La Dirección General de Aguas publicará la resolución que contenga el listado de los derechos sujetos a esta obligación, en las proporciones que correspondan. Esta publicación se efectuará el 15 de enero de cada año o el primer día hábil inmediato si aquél fuere feriado, en el Diario Oficial y en forma destacada en un diario o periódico de la provincia respectiva y, si no lo hubiere, en uno de la capital de la Región correspondiente.

Esta publicación se considerará como notificación suficiente para los efectos de lo dispuesto en el artículo 129° bis 10.

Artículo 129° bis 8.- Corresponderá al Director General de Aguas determinar los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no se encuentren total o parcialmente utilizadas al 31 de Agosto de cada año.

Artículo 129° bis 9.- Se presumirá que las aguas están siendo utilizadas total o parcialmente, si existen las obras de captación de las mismas. Cuando ello sea procedente, estas obras deberán estar debidamente aprobadas según lo dispuesto en el artículo 157° inciso primero de este Código. En el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivos, deberán existir también las obras necesarias para la restitución de las aguas.

La presunción a que se refiere el inciso anterior se aplicará en proporción al caudal correspondiente a la capacidad de captación y/o restitución de tales obras.

Artículo 129° bis 10.- Serán aplicables a las resoluciones de la Dirección General de Aguas los recursos contemplados en los artículos 136° y 137° de este Código.

Artículo 129° bis 11.- Si el titular del derecho de aprovechamiento no paga la patente dentro del plazo indicado en el artículo 129° bis 7, se iniciará un procedimiento judicial de remate de ese derecho, en la proporción que corresponda (...).

Artículo 129° bis 12.- Antes del 1° de junio de cada año, el Tesorero General de la República enviará a los juzgados competentes la nómina de los derechos de aprovechamiento cuya patente no haya sido pagada, especificando a su titular y el monto de lo adeudado. La Dirección General de Aguas estará obligada a velar por el cumplimiento de esta disposición y deberá prestar su colaboración a la Tesorería General de la República.

Será juez competente para conocer del procedimiento de remate el de la comuna donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raices en cuyo Registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

Artículo 129° bis 13 inciso 6°: Todo postor, para tomar parte en el remate, deberá rendir caución suficiente a beneficio fiscal, calificada por el Tribunal, sin ulterior recurso para responder de que se llevará a efecto la compra de los derechos de aprovechamiento rematados. La garantía sería equivalente al diez por ciento de las patentes adeudadas y subsistirá hasta que se otorgue la escritura definitiva de compra venta.

Si el adjudicatario no enterare el precio de la subasta dentro del plazo de quince días, contado desde la fecha del remate, la adjudicación quedará sin efecto por el solo ministerio de la ley, el juez hará efectiva la garantía a beneficio fiscal y ordenará que los derechos de aprovechamiento sean nuevamente sacados a remate.

Artículo 129° bis 14.- Los demás procedimientos relativos al remate, al acta correspondiente, a la escritura de adjudicación y a su inscripción, se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas a la subasta de bienes inmuebles embargados.

Artículo 129° bis 15.- Si no hay postor por algún derecho de aprovechamiento, el juez declarará libres las aguas y ordenará cancelar las correspondientes inscripciones en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raices respectivo. Dicha resolución se notificará por el estado diario.

Artículo 129° bis 16.- Una cantidad igual al 75% del producto neto de la patente por no utilización de los derechos de aprovechamiento y de lo recaudado en los remates de estos últimos será distribuida, a contar del ejercicio presupuestario correspondiente al cuarto año posterior al de publicación de esta ley, entre las Regiones y comunas del país en la forma que a continuación se indica:

a) El 65% de dichos producto neto y recaudación por remates se incorporará a la cuota del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que anualmente le corresponda, en el Presupuesto Nacional, a la Región donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raices en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

b) El 10% restante se distribuirá entre las municipalidades de las comunas donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raices en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

(...)

La Ley de Presupuestos incluirá, en los presupuestos de los Gobiernos Regionales y municipalidades que correspondan, las cantidades que resulten de la aplicación de los incisos anteriores (...).

Artículo 129° bis 17.- El valor de las patentes no se considerará

como gasto para efectos de la primera categoria de la ley sobre Impuesto a la Renta, no siéndole aplicable lo dispuesto en el artículo 21° de dicha ley.

Sin embargo, las cantidades pagadas por concepto de patentes por los titulares de derechos de aprovechamiento durante los años anteriores a aquél en que se inicie la utilización de las aguas, podrán imputarse a cualquier clase de impuesto fiscal de declaración y pago mensual, en la forma que determine el Ministerio de Hacienda mediante decreto. Para estos efectos, dichas cantidades serán reajustadas de acuerdo a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el último día del mes anterior a la fecha de ingreso del pago en arcas fiscales y el último día del mes anterior a la fecha de la imputación.

Artículo 129° bis 18.- Respecto a los derechos no consuntivos, se determinará el número de años en que puede efectuarse la imputación referida en el artículo anterior, mediante la siguiente tabla, cuyos tramos se determinan multiplicando el valor del caudal no utilizado, expresado en metros cúbicos por segundo, por el valor de la diferencia de nivel entre los puntos de captación y de restitución expresado en metros:

- a) Tres años, si el producto de la multiplicación de dichos factores es inferior a diez mil;
- b) Cuatro años, si el producto de la multiplicación resulta entre diez mil y treinta mil, ambas cifras inclusive, y
- c) Cinco años, si el producto de la multiplicación resulta en un valor superior a treinta mil.

Respecto a los derechos consuntivos, se considerarán tres años."

(...)

11. Intercálase el siguiente artículo 147° bis, nuevo, a continuación del artículo 147°:

" El derecho de aprovechamiento de aguas se constituirá mediante resolución de la Dirección General de Aguas; o bien, mediante Decreto Supremo del Presidente de la República, en el caso previsto en el artículo siguiente.

El Director General de Aguas podrá, mediante resolución fundada, denegar o limitar las solicitudes de derechos de aprovechamiento, en los siguientes casos:

- 1. Si no se diere cumplimiento a los requisitos legales o reglamentarios;
- 2. Si no existiere disponibilidad del recurso;
- 3. Si no se hubiere justificado la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el peticionario.

Para la aplicación de esta causal, será necesario que previamente se dicte un reglamento que establezca relaciones técnicas objetivas entre usos de agua y caudales requeridos.

4. Si previa proposición de la Dirección General de Aguas, el Consejo Regional correspondiente al lugar donde se solicita captar las aguas, resolviera que el derecho de aprovechamiento debe ser denegado o limitado, por ser necesario reservar el recurso al abastecimiento de la población o a determinadas actividades productivas que se califiquen como relevantes para la estrategia de desarrollo regional, por no existir otras alternativas de abastecimiento técnica y económicamente factibles. El pronunciamiento del Consejo Regional deberá emitirse dentro del plazo de sesenta días hábiles contados desde su notificación. Si así no ocurriera, se entenderá que se aprueba la proposición de la Dirección General de Aguas.

Finalmente, 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 de como fue solicitado, siempre que conste el consentimiento del interesado ".

(...)

16. Reemplázase la letra c) del artículo 299° por la siguiente:

" Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación; impedirá también que se extraigan aguas de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda. Para estos efectos, podrá requerir el auxilio de la fuerza pública en los términos establecidos en el artículo 138° de este Código ".

(...)

Artículos transitorios

Artículo 1°.- Los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente a contar del 1 de enero del año subsiguiente al de la entrada en vigencia de esta ley, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente, que se registrará por las reglas establecidas en el artículo 129° bis 4 del Código de Aguas.

Artículo 2°.- Los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente a contar del 1 de enero del año subsiguiente al de la entrada en vigencia de esta ley, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente que se registrará por las normas establecidas por el artículo 129° bis 5 del Código de Aguas.

Artículo 3°.- Los derechos de aprovechamiento de ejercicio

eventual, que no sean utilizados total o parcialmente a contar del 1 de enero del año subsecuente al de la entrada en vigencia de esta ley, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente, que se regirá por la norma establecida en el artículo 129° bis 6 del Código de Aguas ”.

V. OPINION DE LA DOCTRINA

Para completar los Antecedentes, útil juzga el dictaminante insertar el pronunciamiento de la doctrina jurídica chilena sobre los motivos de controversia que ha suscitado el proyecto, los cuales motivan, además, las consultas que me ocupan sobre su mérito constitucional:

” En cuanto al uso de las aguas, la legislación vigente, en virtud de su deseo de dar libertad de acción a los particulares en materia económica, no obliga a los titulares de derechos de aguas a utilizar efectivamente los caudales a que tienen derecho ni a construir las obras necesarias para hacerlo. Los particulares libremente usarán o no tales aguas y esperarán también libremente, de acuerdo a las condiciones de ” mercado ”, el momento apropiado para usarlas, o para enajenarlas a quien desee usarlas. Incluso es posible obtener el derecho de aguas nada más que para esperar, a su vez, en forma especulativa, una aun mejor condición de ” mercado ” y transferirlo a quien desee adquirirlo.

Una tercera característica de los derechos de aguas en Chile es la gratuidad con que se obtienen y mantienen en la titularidad privada. Los nuevos titulares de derechos de aguas pueden obtenerlos gratuitamente del servicio público estatal encargado de su otorgamiento (Dirección General de Aguas), bajo la única condición de que se reúnan los siguientes requisitos: i) que la solicitud sea ”legalmente procedente”; ii) que se constate técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural, y iii) que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes. Además, tanto los antiguos como los nuevos titulares de derechos de aguas no están sujetos a ningún impuesto o tarifa por la titularidad o uso de las aguas. Por lo tanto, la obtención y conservación de los derechos son totalmente gratuitas.

(...)

Defensores y críticos apuntan una serie de obstáculos para el correcto funcionamiento del sistema de libre transferibilidad de derechos (mercado) de aguas en Chile, como la gratuidad del recurso y al falta de un impuesto (Bauer, 1993 y 1995; Urquidi, 1994); la necesidad de incentivar el uso efectivo (Manríquez, 1992; Solanes y Dourojeanni, 1994) y evitar otras externalidades (Peña y Retamal, 1992; Blanco, 1995).

(...)

(...) algunos critican que la legislación vigente imposibilite la aplicación del paradigmático Teorema de Coase al no ligar los derechos de aguas con un ”costo”, con un ” valor ” real de obtención y mantención de tal derecho (Bauer, 1993 y 1995), pues la obtención de un derecho de aguas del Estado es gratis, y la no utilización de las aguas a que se tiene derecho también es gratis. Se dice que se

pierden entonces los incentivos económicos de ser más eficiente en el uso de las aguas, pues no implica una pérdida real, un costo real, el no usarlas.

(...)

Según tales críticos, es precisamente quebrantar la lógica de mercado el propiciar la acumulación especulativa de bienes, sin costo real en su adquisición y conservación, pero con un costo social relevante por la falta de aprovechamiento mismos: Existe una poca operabilidad de los incentivos para mejorar la eficiencia en el uso del agua. ¿ Qué decir al respecto ?

Al inicio de la liberalización de los derechos de aguas, en 1979 (artículo 3° del DL. N° 2.603) se introdujo en la lógica del sistema un mecanismo de impuestos, que no fue aplicado, y se desechó por el posterior Código de Aguas de 1981. Quizás una solución al respecto sea la aplicación efectiva de impuestos a la tenencia de estos derechos de aguas, como se pensó en 1979, pero que la legislación posterior desestimó (salvo un proyecto de ley que hoy se tramita en el Parlamento), lo que incentivaría a los tenedores de tales derechos para introducirlos al mercado ¹⁹.

Cierro esta Parte del dictamen puntualizando que lo evacúo hallándose la iniciativa en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado para examen e informe de su adecuación a la Carta Fundamental.

SEGUNDA PARTE MARCO JURIDICO

VI. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Con la jerarquía de Base de la Institucionalidad, o sea, de norma suprema y determinante tanto del sentido como alcance de la Constitución y de la legislación entera que la complementa, cuya imperatividad directa vincula a gobernantes y gobernados, a intérpretes, aplicadores y controladores de la supremacía del Código Político, el artículo 1° incisos 4° y 5° de la Carta Fundamental dispone que:

" El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

⁹ Alejandro Vergara Blanco: **I Derecho de Aguas** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998) pp. 269 - 270, 273 y 288 - 289 (Enfasis agregado). En términos más concisos, pero de significado análogo, véase Alberto Guzmán Alcalde y Ernesto Ravera Herrera: **Estudio de las Aguas** (Santiago, Ediciones Congreso, 1998) pp. 38 - 39 y 74 - 75.

Es deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional "

Menester es también tener presente lo prescrito en el artículo 5º inciso 2º, porque el Principio de Soberanía de la Ley ha sido reemplazado por el homónimo -ya aludido- de Supremacía de la Constitución, siendo la médula de esta última la realización de los derechos humanos que en ella se propugnan:

" El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes "

Con idéntica jerarquía de Base de la Institucionalidad, el artículo 6º contempla el Principio de Supremacía Constitucional, infundiéndole rasgos de imperatividad directa y no mediatizada por lo que la ley disponga, pues esta última no puede vulnerar lo ordenado en la Carta Fundamental, ni siquiera cuando opera el Principio de Reserva Legal. Preceptúa el artículo citado que:

" Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley "

Menester es proseguir realizando el artículo 7º, en el cual se condensa el Principio de Legalidad o Juridicidad, en su vasto sentido de sumisión de todos al ordenamiento preceptivo vigente, con la Constitución en su base y cima, artículo el citado en el cual está contemplado, además, el Principio de Separación de Organos y Funciones estatales, así como la ineficacia para las actuaciones contrarias a lo dispuesto en él:

" Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale "

Llégase así al Capítulo III, dedicado a los Derechos y Deberes Constitucionales, en el cual el artículo 19º " Asegura a todas las personas " aquellos atributos públicos subjetivos que, por su incidencia directa en las consultas que me ocupan, transcribo a continuación:

Primeramente el numeral 2º, en que aparece " La igualdad ante la ley (...).

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Y por aplicación de este **Principio de Isonomía** se hallan prohibidas tanto las diferencias de favor y de perjuicio como las nivelaciones injustas porque, según se demostrará luego, a menudo la igualdad sustantiva se logra a través de las diferencias y equiparaciones que fija la ley.

Ligado en su esencia al principio general de igualdad, plasmado en el N° 2° ya transcrito, está lo dispuesto en el numeral 22° del mismo artículo, atinente específicamente a la **isonomía estatal en el trato económico y sus excepciones**, como los subsidios y franquicias. Asegura la disposición citada, en efecto:

" La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados **beneficios directos o indirectos** en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer **gravámenes especiales** que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos".

Prosigo destacando que, en el N° 20° se encuentran los principios relativos al **régimen tributario**, en punto a los cuales la Constitución asegura a todas las personas cuatro principios cardinales, a propósito del primero de los cuales, es decir, el de igualdad o isonomía, garantiza que esta cualidad sea observada a propósito de los tributos en general, **como también tratándose de las demás cargas públicas reales**, o sea, aquellas diferentes de las erogaciones tributarias:

" 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**.

Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y **no podrán estar afectos a un destino determinado**.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la **defensa nacional**. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades que tengan una clara **identificación regional o local** puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo".

Pertinente es observar que la proposición de articulado que me ocupa tiene repercusiones en el **derecho de propiedad**. Justifícase, por ende, reproducir los preceptos constitucionales respectivos, pero sólo en lo atinente a las consultas:

24° (incisos 1°, 2°, 3° y 4°): " El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre el cual recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado (...) tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo y al contado".

Cierro el catálogo de los derechos subjetivos públicos refiriéndome a la **supragarantía**, consagrada en el artículo 19° N° 26° de la Constitución, por virtud de la cual hoy tiene **mérito normativo** o **vinculante directo** el valor de la **certeza jurídica**, clave en todo Estado de Derecho. Lígase tal valor al **Principio de Legalidad** en sentido estricto, porque **sólo la ley**, en su acepción cabal, es **idónea para regular el ejercicio** de los derechos fundamentales ya aludidos, debiendo el legislador respetar la **esencia y libre disfrute** de los mismos¹⁰. Proclama la Constitución, en efecto:

" **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**".

Recuérdese, en fin y a propósito también del numeral 26° transcrito, lo resuelto por el **Tribunal Constitucional**:

" Que, asimismo, la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, **entre los elementos propios de un Estado de Derecho**, se encuentran la **seguridad jurídica**, la **certeza del derecho** y la **protección de la confianza** de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida, si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quien las realizó en el pasado podía

¹⁰ Una exposición sistemática y actualizada del tópico se halla en José L. Mezquita del Cacho: **Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar. Teoría de la Seguridad Jurídica** (Barcelona, Ed. Bosch, 1989) pp. 15 ff.

contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el Derecho Comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución"¹¹.

Penetrando ahora en la Parte Orgánica de la Carta Fundamental cabe señalar, primeramente, el artículo 60°, en el cual se plasma el dominio taxativo y máximo legal, quedando la norma de clausura de nuestro sistema jurídico radicada en la potestad reglamentaria autónoma, contemplada en el artículo 32° N° 8° de aquella.

En lo concerniente a este dictamen, útil es transcribir ciertos numerales del artículo 60° citado, al tenor del cual " Sólo son materias de ley ":

" 1) Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley;

(...)

14) Las demás que la Constitución señale como de iniciativa exclusiva del Presidente de la República;

(...)

20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico ".

Debemos insertar también el artículo 62° inciso 4° N°s 1° y 2° atendido a que allí están las disposiciones generales sobre competencia de los órganos estatales, incluidos los servicios públicos, centralizados o descentralizados, así como la potestad del legislador en el orden tributario. El N° 2° citado debe ser coordinado con el artículo 38° de la Carta Fundamental y con la Ley N° 18.575 de 1985, complementaria de tal artículo.

Léese en el artículo 62° inciso 4° " Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para ":

" 1° Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes y determinar su forma, proporcionalidad o progresión;

2°. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados sean fiscales, semifiscales, autónomos, o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones ".

Finalmente, es menester recordar lo preceptuado en el artículo 74° inciso 2°, recientemente modificado¹², en armonía con lo dispuesto en el artículo 63° inciso 2°, pues el precepto contiene

¹¹ Considerando 67° de la sentencia pronunciada el 10 de febrero de 1995 (Énfasis agregado).

¹² Ley N° 19.597, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1999.

disposiciones que exigen cumplir lo ordenado en tales normas:

" **Artículo 63° (inciso 2°)**: Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Artículo 74° (inciso 2°): La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva ".

VII. PRECEPTOS LEGALES

1. Ley de Bases de la Administración del Estado

El artículo 2° de dicha ley¹³ preceptúa que:

" Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes ".

Pertinente es, asimismo, recordar el artículo 3° inciso 2°, cuyo tenor literal es el siguiente:

" La Administración deberá desarrollar su acción garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos y respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

2. Ley de Bases del Medio Ambiente

El artículo 1° de esa ley¹⁴ dispone que:

" El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo

¹³ Ley N° 18.575, publicada en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 1986 y sus reformas.

¹⁴ Ley N° 19.300, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994 y sus reformas.

que otras normas legales establezcan sobre la materia ”.

Por su parte, el artículo 2º señala que, “ Para todos los efectos legales, se entenderá por ”:

“ a) **Biodiversidad o Diversidad Biológica:** la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas;

(...)

r) **Recursos Naturales:** los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos (...) ”.

En el artículo 41º preceptúa que:

“ **El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas ”.**

Por último, incluimos el artículo 42º, pues dispone que:

“ El organismo público encargado por la ley 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.

Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales:

- a) **Mantenimiento de caudales de aguas y conservación de suelos;**
- b) **Mantenimiento del valor paisajístico, y**
- c) **Protección de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas. Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo establecido en otros cuerpos legales, sobre planes de manejo de recursos naturales renovables, y no se aplicará a aquellos proyectos o actividades respecto de los cuales se hubiere aprobado un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental ”.**

3. Código Civil

Su artículo 595º preceptúa que:

“ **Todas las aguas son bienes nacionales de uso público ”.**

A su vez, en el artículo 598º se dispone que:

“ El uso y goce para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen ”.

Finalmente, el artículo 870º señala que:

“ Las reglas establecidas en el Código de Aguas para la servidumbre de acueducto se extienden a los que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales por medio de zanjas y canales de desagüe ”.

4. Código de Aguas

Esta ley¹⁵, en su artículo 1º, dispone que:

“ Las aguas se dividen en marítimas y terrestres. Las disposiciones de este Código sólo se aplican a las aguas terrestres.

Son aguas fluviales las que proceden inmediatamente de las lluvias, las cuales serán marítimas o terrestres según donde se precipiten ”.

El artículo 2º preceptúa que:

“ Las aguas terrestres son superficiales o subterráneas.

Son aguas superficiales aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas.

Son aguas corrientes las que escurren por cauces naturales o artificiales.

Son aguas detenidas las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses.

Son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas ”.

Léese en el artículo 3º que:

“ Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una

¹⁵ Contenido en el **Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122**, publicado en el Diario Oficial el 29 de octubre de 1981 y sus reformas.

misma corriente.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente ”.

Importante es lo dispuesto en el artículo 5º, al tenor del cual:

“ Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código ”.

Por otra parte, el artículo 6º señala que:

“ El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley ”.

Puntualiza el artículo 7º prescribe que el derecho de aprovechamiento se expresará en volumen por unidad de tiempo.

El artículo 12º precisa que:

“ Los derechos de aprovechamiento son consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuo, discontinuo o alternado entre varias personas ”.

Explicando la clasificación contenida en el artículo 12º, recién transcrito, el artículo 13º señala que:

“ Derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad ”.

A su turno, el artículo 14º explica que:

“ Derecho de aprovechamiento 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.

La extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades ”.

El artículo 16º aclara que

“ Son derechos de ejercicio permanente los que se otorguen con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, en conformidad a las

disposiciones del presente código, así como los que tengan esta calidad con anterioridad a su promulgación.

Los demás son de ejercicio eventual ”.

Con el objeto de continuar precisando las diversas clases de derechos de aprovechamiento, útil es transcribir lo dispuesto por el artículo 17°:

“ Los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alicuotas ”.

En cuanto a los derechos de ejercicio eventual, el artículo 18° inciso 1°, aclara que 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.

A su turno, el artículo 19° prescribe que:

“ Son derechos de ejercicio continuo los que permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día.

Los derechos de ejercicio discontinuo sólo permiten usar el agua durante determinados períodos.

Los derechos de ejercicio alternado son aquellos en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan sucesivamente ”.

El artículo 20° preceptúa que:

“ El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción.

Exceptúanse los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que correspondan a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, como asimismo, sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia de este Código. La propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas.

Se entienden que mueren dentro de la misma heredad las vertientes o corrientes que permanentemente se extinguen dentro de aquélla sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar ”.

Importante es también insertar lo dispuesto por el artículo 21°:

" La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código "

El artículo 57º señala que el derecho de aprovechamiento de las aguas subterráneas para cualquier otro uso se registrá por las normas del Título III del Libro II del Código de Aguas y por las de los artículos siguientes.

No podemos omitir el artículo 60º, al tenor del cual:

" Comprobada la existencia de aguas subterráneas, el interesado podrá solicitar el otorgamiento del derecho de aprovechamiento respectivo, el que se constituirá de acuerdo al procedimiento establecido en el Título I del Libro II de este Código, sin que se apliquen en este caso las disposiciones sobre remate de derechos de aprovechamiento "

El artículo 69º precisa que se aplican a las servidumbres relacionadas con las aguas las disposiciones del Código Civil y leyes especiales, en cuanto no estén modificadas por el Código de Aguas

Légase así al artículo 112º, según el cual:

" Los Conservadores de Bienes Raíces llevarán un Registro de Aguas, en el cual deberán inscribir los títulos a que se refieren los artículos siguientes.

Los deberes y funciones del Conservador, en lo que se refiere al mencionado Registro, los libros que éste deberá llevar y la forma y solemnidad de las inscripciones, se regularán por las disposiciones de este Título, del párrafo 2º del Título precedente y, en lo no previsto, por las normas contenidas en el Código Orgánico de Tribunales y en el Reglamento del Registro conservatorio de Bienes Raíces "

En relación con la disposición recién transcrita, el artículo 114º señala que **" deberán inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces "**:

- " 1. Los títulos constitutivos de una organización de usuarios;**
- 2. Los acuerdos y resoluciones que causen ejecutoria y que determinen los derechos de cada comunero en las gestiones realizadas ante la Justicia Ordinaria para el reconocimiento de las comunidades, en conformidad al Título III, párrafo 1º, del Libro II;**
- 3. Los documentos que acrediten la alteración de la distribución de los derechos de aprovechamiento sometidos al régimen de organización de usuarios;**
- 4. Las escrituras públicas que contengan el acto formal del otorgamiento definitivo de un derecho de aprovechamiento;**

5. Los actos y contratos que constituyan títulos traslativos de dominio de los derechos de aprovechamiento a que se refieren los números anteriores;

6. Los actos, resoluciones e instrumentos señalados en el artículo 688 del Código Civil en el caso de transmisión por causa de muerte de los derechos de aprovechamiento, y

7. Las resoluciones judiciales ejecutoriadas que reconozcan la existencia de un derecho de aprovechamiento ".

El artículo 130° del Código de Aguas dispone que:

° **Toda cuestión o controversia relacionada con la adquisición o ejercicio de los derechos de aprovechamiento y que de acuerdo con este Código sea de competencia de la Dirección General de Aguas, deberá presentarse ante la oficina de este servicio del lugar, o ante el Gobernador respectivo.**

La presentación y su tramitación se efectuará de acuerdo a las disposiciones de este párrafo, sin perjuicio de las normas particulares contenidas en los párrafos siguientes ".

En otro orden de materias, el artículo 142° prescribe:

° En el caso del inciso 3° del artículo anterior, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos entre los solicitantes. Las bases de remate determinarán la forma en que se llevará a cabo dicho acto.

La citación se hará mediante un aviso, publicado en extracto en un matutino de Santiago y en un diario o periódico de la comuna, provincia o capital de la región en que se encuentra ubicada la sección de la corriente o la fuente natural en la que se solicitó la concesión de derechos.

En dicho aviso se indicarán la fecha, hora y lugar de la celebración de la subasta, debiendo mediar, a lo menos, diez días entre la última publicación y el remate.

El remate deberá llevarse a cabo cuando estén resueltas todas las oposiciones a que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. El Director General de Aguas podrá ordenar la acumulación de los procesos ".

En ligamen con lo recién transcrito, el artículo 143° dispone que:

° Las ofertas se efectuarán sobre la base de un precio al contado; sin embargo, el o los adjudicatarios podrán pagar el valor de la adjudicación en anualidades iguales y en un plazo que no exceda de diez años.

Las bases de licitación establecerán los antecedentes y condiciones

que el Director General de Aguas estime conveniente, los reajustes e intereses que se aplicarán al saldo del precio y las cauciones y garantías que se estimen pertinentes. Estas condiciones se incluirán, en todo caso, en el extracto a que se refiere el artículo anterior.

Las bases establecerán también, las sanciones por incumplimiento de las condiciones específicas que se exijan a los adjudicatarios ".

Por su parte, el artículo 144º señala:

"La subasta de los derechos de aprovechamiento solicitados, la efectuará el funcionario que designe el Director General de Aguas y a ella podrán concurrir el Fisco y cualquiera de las instituciones del sector público en igualdad de condiciones que los particulares ".

En el artículo 177º se dispone que los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Título XI, del Libro III, del Código de Procedimiento Civil ".

Debe ser realizado el artículo 298º, pues al tenor de dicho precepto se señala que:

" La Dirección General de Aguas en un servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas. El jefe Superior de este servicio se denominará Director General de Aguas y será de la exclusiva confianza del Presidente de la República ".

El artículo 299º señala que " la Dirección General de Aguas tendrá las atribuciones y funciones que este Código le confiere, y, en especial, las siguientes ":

" a) Planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento;

b) Investigar y medir el recurso. Para ello deberá:

1. Mantener y operar el servicio hidrométrico nacional y proporcionar y publicar la información correspondiente.

2. Encomendar a empresas u organismos especializados los estudios e informes técnicos que estime conveniente y la construcción, implementación y operación de las obras de medición e investigación que se requiera.

3. Propender a la coordinación de los programas de investigación que corresponda a las entidades del sector público y a las privadas que realicen esos trabajos con financiamiento parcial del Estado.

Para la realización de estas funciones la Dirección General de Aguas deberá constituir las servidumbres a que se refiere el artículo 107;

c) Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces

naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización del Servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación, y

d) Supervigilar el funcionamiento de las juntas de vigilancia, de acuerdo con lo dispuesto en este Código °.

Por último, el artículo 300° precisa que " el Director General de Aguas tendrá los siguientes deberes y atribuciones °:

" a) Dictar las normas e instrucciones internas que sean necesarias para la correcta aplicación de las leyes y de los reglamentos que sean de la competencia de la Dirección a su cargo;

b) Dirigir, coordinar y fiscalizar la labor de la Dirección General de Aguas y adoptar las medidas que sean conducentes al adecuado funcionamiento técnico y administrativo del servicio;

c) Dictar las resoluciones que corresponda sobre las materias que las leyes encomienden específicamente a los jefes superiores de servicios;

d) Presentar al Ministerio de Obras Públicas el proyecto de presupuesto de entradas y gastos para cada año;

e) Preparar los proyectos de contratos que deba celebrar el Fisco en virtud de sus resoluciones, o en cumplimiento de decretos supremos, en los casos establecidos por la ley y sus respectivos reglamentos;

f) Proponer al Ministro de Obras Públicas las modificaciones legales o reglamentarias que sean procedentes para el mejor cumplimiento de las funciones y objetivos del servicio, y

g) Delegar parcial o totalmente en funcionarios del servicio una o más de sus facultades y conferirles poderes especiales por un período determinado °.

5. Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes

Con sujeción a su artículo 1°:

" Los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas se decidirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley °.

Y por ser de sustancial relevancia en este dictamen se inserta también el artículo 12°:

" Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiese ordenado o se ordenare por leyes

especiales".

TERCERA PARTE

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

La solución de las consultas que me han sido formuladas exige analizar la normativa constitucional vigente en la materia, con el propósito de fijar su sentido y alcance.

Para ello, resulta menester detenerse, sucesiva y separadamente, en el denominado **Orden Público Económico**, en conexión con los **derechos públicos subjetivos** que inciden en las cuestiones que me ocupan, esto es, el **derecho de propiedad**, con énfasis en la **función social del dominio** y la **esencia y libre ejercicio de ese derecho**. Asimismo, será menester examinar el **Principio Constitucional de Legalidad** y la **reserva**, también contemplada en la Carta Fundamental, en favor de la **potestad reglamentaria de ejecución de las leyes**.

Previamente, sin embargo, creo necesario detenerme a explicar el **significado** de las normas contenidas en el proyecto de ley que han motivado las consultas formuladas, facilitando así su **comprensión y correcta aplicación**.

VIII. SENTIDO Y ALCANCE DE LAS NORMAS EXAMINADAS

Para mayor claridad de la exposición se analizarán por separado las dos series de modificaciones principales que contempla la iniciativa en trámite.

6. Pago y Destino de Patente

El proyecto de reforma del Código de Aguas propone agregar un **Título XI**, en

el cual se incorpora el pago de una patente por la no utilización de las aguas. Efectivamente, los artículos 129° bis 4, 5 y 6 establecen que los derechos de aprovechamiento no consuntivos, consuntivos y eventuales, de ejercicio permanente, que no sean utilizados, total o parcialmente, estarán afectos, pero sólo en la proporción no utilizada, al pago de una patente a beneficio fiscal. Consecuentemente, no rige tal obligación pecuniaria cuando tales derechos se hallan utilizados plenamente. Análogamente claro es que dicha carga pública real se impone sólo sobre la fracción no utilizada del derecho respectivo.

Para la determinación de la patente el proyecto traza una diferencia entre los derechos de aprovechamiento consuntivos, los no consuntivos y los eventuales, distinción que se estima tanto razonable, atendida la naturaleza diversa de los derechos aludidos, como adecuada a la finalidad de bien común que justifica el aprovechamiento pertinente.

En efecto, el artículo 129° bis 4 se refiere a los derechos de aprovechamiento no consuntivos, disponiendo que dicho gravamen ascenderá, en los primeros cinco años, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley el derecho, al valor que resulte de aplicar la operación aritmética contemplada en la norma. A partir del sexto año, en cambio, y hasta el décimo inclusive, la patente calculada de conformidad con aquella fórmula se multiplicará por 5 y, desde el año undécimo en adelante, se multiplicará por 25.

Formulando una excepción justificada sobre la base cuantitativa, el proyecto dispone, sin embargo, que los derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 100 litros por segundo, en las Regiones I a Metropolitana, y a 500 litros por segundo en el resto de las Regiones, estarán exentos del pago de patente.

Al pago de patente por no utilización de los derechos de aprovechamiento consuntivos se refiere el artículo 129° bis 5. Establece al respecto una clasificación fundada en condiciones naturales, de escasez o abundancia, objetivamente conocidas y empíricamente constatables. Así es, ya que preceptúa que, en los primeros cinco años, las aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones I a Metropolitana, pagarán una patente anual cuyo monto será equivalente a 1,6 UTM, por cada litro por segundo. Si se trata de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones VI a IX, la patente será equivalente a 0,2 UTM por cada litro por segundo, mientras que para las aguas situadas en las Regiones X, XI y XII, la patente ascenderá a 0,1 UTM por cada litro por segundo.

A partir del año sexto y hasta el décimo, desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley el derecho, los derechos de aprovechamiento consuntivos pagarán la misma patente recién referida, pero multiplicada por 2 y, a partir del año undécimo, se multiplicará por 4.

Una vez más y siendo coherente con lo ya prescrito para los derechos de aprovechamiento no consuntivos, aquí el proyecto formula una excepción, ya que en este caso, de los derechos consuntivos, pero cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 100 litros por segundo, en las Regiones I a Metropolitana, y a 500 litros por segundo en el resto de las Regiones, estarán exentos del pago de patente.

Finalmente y por sus características singulares, suficientes para diferenciarlos de los derechos de aprovechamiento anteriores, el artículo 129° bis 6 señala que tratándose de los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, se pagará un tercio de valor de la patente asignada a los derechos de ejercicio permanente, según sean estos consuntivos o no consuntivos y dependiendo del tiempo transcurrido desde la constitución o reconocimiento del derecho.

7. Requisitos para que Proceda el Pago

Hemos insistido en que el pago de la patente no rige en todo evento, sino que únicamente cuando se halle constatado, incluso sobre la base de las presunciones legales que contempla el precepto, ese requisito capital. Es claro, entonces, que se torna decisivo establecer, de manera irrefragable, cuándo un derecho de aprovechamiento está siendo utilizado a cabalidad; cuándo lo está siendo sólo en parte; y cuándo se encuentra por completo ocioso o desaprovechado.

La respuesta a esas tres hipótesis, sobre la base de cuya ocurrencia funciona o no el régimen de pago de la patente, se encuentra en el artículo 129° bis 9. En virtud de lo preceptuado en él se presumiría que las aguas están siendo utilizadas total o parcialmente, 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 la restitución de las aguas. En todo caso, la presunción se aplicará en proporción al caudal correspondiente a la capacidad de captación y/o a la restitución de tales obras.

He aquí, por ende, una de las modificaciones más importantes introducidas al proyecto mediante la indicación presentada el 18 de diciembre de 1998. El cambio, obviamente, debe calificarse como positivo desde el ángulo de la constatación objetiva del hecho que hace o no procedente el pago de la patente y sus secuelas. Por lo mismo, la **discrecionalidad administrativa queda reducida al mínimo y excluyentes de todo peligro de aplicación arbitraria.**

Cabe ahora preguntarse ¿ cuándo debe pagarse la patente ?

El artículo 129° bis 7 dispone que el pago de la patente se efectuará dentro

del mes de marzo de cada año, en cualquier banco o institución autorizados para recaudar tributos. Será obligación de la Dirección General de Aguas publicar la resolución que contenga el listado de los derechos sujetos a esta obligación, en las proporciones que correspondan. Dicha publicación deberá efectuarse el 15 de enero de cada año o el primer día hábil inmediatamente siguiente si aquél fuere feriado, en el Diario Oficial y en forma destacada en un diario o periódico de la provincia respectiva y, si no lo hubiere, en uno de la capital de la Región correspondiente.

Asimismo, el artículo 129° bis 8 aclara que corresponderá al Director General de Aguas determinar los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no se encuentren total o parcialmente utilizadas. Imperativo es puntualizar, empero, que tal decisión administrativa se halla encuadrada en los parámetros objetivos ya descritos y que el proyecto contempla, del tal manera que se desvanece el peligro de una discrecionalidad abusivamente ejercida. Más categórica resulta esta conclusión cuando se tiene presente que la resolución referida es susceptible de los recursos de reconsideración y reclamación, al tenor de lo previsto en el artículo 129° bis 10 de la iniciativa legal en gestación, el cual declara aplicable en la especie lo previsto en los artículos 136° y 137° del Código de Aguas. En fin, con lo expuesto no queda agotada la vía jurisdiccional, como consta de los anales fidedignos ya insertados en este Informe, pues siempre estarán abiertas las acciones cautelares de protección y de amparo económico.

8. Consecuencias del no Pago

¿ Qué ocurre si el titular del derecho de aprovechamiento no paga la patente por el agua que no está utilizando ?

La respuesta aparece en el artículo 129° bis 11, el cual señala que, en tal

caso, se iniciará un procedimiento judicial de remate de ese derecho, pero nada más que en la proporción que corresponda.

Debe ser observado, sin embargo, que el Presidente de la República, a petición o con informe fundado de la Dirección General de Aguas y en circunstancias excepcionales en que esté comprometido el adecuado desarrollo de la cuenca, podrá decretar que el derecho de aprovechamiento no sea objeto del procedimiento de remate y declarar la extinción, ordenando la cancelación de la inscripción respectiva, en la proporción que corresponda. Tal decisión presidencial no es, empero, final e irrevocable, porque el afectado puede recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha de su publicación, requiriendo que se deje sin efecto el decreto de rigor.

Los artículos 129° bis 12 a 129° bis 15 regulan en detalle el procedimiento de remate, el cual importa la intervención tanto de la autoridad administrativa, a través de la Dirección general de Aguas y de la Tesorería General de la República, cuanto del juez competente.

En efecto, antes del 1° de junio de cada año, el Tesorero General de la República debe enviar a los juzgados competentes la nómina de los derechos de aprovechamiento cuya patente no haya sido pagada, especificando a su titular y el monto de lo adeudado. En este caso, el juez dictará una resolución en que señalará día y hora para el remate, la que se publicará junto a la nómina de derechos a subastar por una sola vez en el Diario Oficial los días primero o quince de cada mes o el primer día hábil inmediato si aquéllos fueren feriados. Además y en forma destacada se publicarán en un diario o periódico de la provincia respectiva y, si no lo hubiere, en uno de la capital de la Región correspondiente.

El remate, en todo caso, no podrá efectuarse antes de los treinta días siguientes a la fecha del último aviso.

El mínimo de la subasta será el valor de las patentes adeudadas y, por las razones que constan en los anales fidedignos, el titular del derecho no será admitido a hacer posturas. Podrá, sin embargo, liberar su derecho pagando el doble del valor adeudado. Además, el rematante deberá pagar las costas del remate, las que deberán ser tasadas por el Secretario del Tribunal.

Nuevamente con el propósito legislativo que fue explicado en la historia fidedigna, se establece que todo postor, para tomar parte en el remate, debe rendir **caución suficiente a beneficio fiscal**, calificada por el Tribunal, sin ulterior recurso, para responder de que se llevará a efecto la compra de los derechos de aprovechamiento rematados. La garantía sería equivalente al diez por ciento de las patentes adeudadas y subsistirá hasta que se otorgue la escritura definitiva de compra venta.

9. Destino de Recursos provenientes de Patentes y Remates

¿Cuál es ese destino? El artículo 129° bis 16 responde a dicha interrogante, señalando que una cantidad igual al 75% del producto neto de la patente por no utilización de los derechos de aprovechamiento y de lo recaudado en los remates de estos últimos será distribuida, a contar del ejercicio presupuestario correspondiente al cuarto año posterior al de publicación de la reforma, entre las **Regiones y comunas del país en la forma que a continuación se indica:**

Por una parte, el 65% de dichos producto neto y recaudación por remates se incorporará a la cuota del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que

anualmente le corresponda, en el Presupuesto nacional, a la Región donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento; y

De otra, el 10% restante se distribuirá entre las municipalidades de las comunas donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

De lo expuesto se colige que, trátase de un tributo o de una carga pública real, lo cierto es que el pago por la patente y lo proveniente de remates por la no solución de ella, ingresaría, a partir del plazo señalado, en el 25% al patrimonio de la Nación, quedando el 75% restante aplicado a las actividades o bienes que tienen clara identificación regional o local.

Finalmente, ¿ desde cuándo rige este nuevo tributo ?

La respuesta se encuentra en los tres artículos transitorios, al tenor del cual la patente se pagará a contar del 1º de enero del año subsiguiente al de la entrada en vigencia de la ley.

10. Atribuciones de la Autoridad Administrativa

Cabe ahora ocuparse de este segundo grupo de asuntos regulados en la reforma.

En efecto, el proyecto de ley que modifica el Código de Aguas confiere diversas atribuciones a la autoridad administrativa, especialmente las nuevas competencias que otorga a la Dirección General de Aguas.

Así y por ejemplo, en el artículo 6° se introduce un inciso final, al tenor del cual si el titular de un derecho de aprovechamiento renuncia a él¹⁶, entonces debe hacerlo mediante una declaración que se presentará ante la Dirección General de Aguas. Esta Dirección debe calificar si acepta o no la renuncia y, de acogerla, procederá a declarar extinguido el derecho, ordenando las cancelaciones o subinscripciones que correspondan. Asimismo, dicha resolución debe reducirse a escritura pública, suscrita por el funcionario que se designe al efecto, copia de la cual se inscribirá en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.

En otro ámbito de ideas y al tenor del artículo 22°, la autoridad administrativa constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en embalses construidos por el Estado, no pudiendo perjudicar ni menoscabar los derechos de terceros, teniendo en consideración la explotación conjunta de los recursos superficiales y subterráneos de una misma cuenca u hoya hidrográfica y sin que pueda afectar los derechos constituidos o reconocidos con anterioridad sobre dichos recursos.

Asimismo, en el Libro I se incorpora un Título X relativo a la protección de las aguas y cauces. En dicho Título, su artículo 129° bis 1 señala que la autoridad, al otorgar los derechos de aprovechamiento, deberá respetar la permanencia de un caudal ecológico mínimo¹⁷ en toda la fuente natural¹⁸, el cual garantice la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente y, en especial, deberá velar por la conservación del ecosistema y de los usos recreacionales y

¹⁶ Determinación que es jurídicamente inobjetable en los términos que contempla el artículo 12° del Código Civil.

¹⁷ Recuérdense, en una visión sistemática y de contexto, los artículos 41° y 42° de la Ley N° 19.300 de 1994, insertados en la Segunda Parte de este dictamen.

¹⁸ La forma de determinar el caudal ecológico será la señalada en el Reglamento.

escénicos existentes en la respectiva fuente.

En semejante orden de ideas, en el artículo 129° bis 2 se faculta a la Dirección General de Aguas 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, para lo cual podrá requerir el auxilio de la fuerza pública. En fin, se obliga a dicha Dirección a establecer una red de estaciones de control de calidad, cantidad y niveles de las aguas tanto superficiales como subterráneas en cada cuenca u hoya hidrográfica. Esta información, se precisa, deberá ser publicada y proporcionada a quien lo solicite.

No es inútil reiterar aquí las atribuciones que el proyecto confiere a la autoridad administrativa en relación con la patente que se establece por no utilización de las aguas, especialmente en sus artículos 129° bis 7 a 15

Tampoco puede omitirse que el artículo 147° bis nuevo, donde se señala que el derecho de aprovechamiento de aguas se constituirá mediante resolución de la Dirección General de Aguas; o bien, mediante Decreto Supremo del Presidente de la República, en el caso previsto en el artículo siguiente. Incluso más, dicho precepto dispone que el Director General de Aguas podrá, mediante resolución fundada, denegar o limitar las solicitudes de derechos de aprovechamiento, en los casos que allí indica. Sin perjuicio de ello y en circunstancias excepcionales y en virtud de condicionantes hidrológicas, ese Director General puede constituir el derecho de aprovechamiento de aguas con modalidades distintas de como fue solicitado, siempre que conste el consentimiento del interesado.

En nexa con esta misma materia y para finalizar, el artículo 149° que se propone faculta al Director General de Aguas para establecer, en el acto de

constitución de un derecho de aprovechamiento, **especificaciones técnicas**, condiciones, plazos, prohibiciones u otras modalidades y limitaciones que afecten el derecho.

Fluye de las disposiciones comentadas que el proyecto en trámite confiere diversas atribuciones a la autoridad administrativa, especialmente a la Dirección General de Aguas. De ese conjunto de atribuciones, sin embargo, se desprenden **dos principios rectores y comunes** para todas ellas, los cuales contribuyen a esclarecer las consultas vinculadas con esta materia:

Primero, la redacción del proyecto es cuidadosa en punto a conferir atribuciones claramente definidas en la ley misma, es decir, precisamente configuradas en cuanto habilitación a la autoridad administrativa. El minucioso texto comentado, cuyo significado nitido queda confirmado en su historia fidedigna, otorga dichas atribuciones en términos específicos y nunca genéricos, habiéndose demostrado que la discrecionalidad desaparece o queda reducida a un mínimo insuprimible; y

Segundo, todas las decisiones que adopte la autoridad son susceptibles de recursos, tanto administrativos cuanto judiciales, incluso algunas de esas resoluciones o actos administrativos requieren ser fundados o se exige el consentimiento del interesado. El valor de la seguridad jurídica queda, por ende, también así garantizado.

Habiendo precisado el significado de la iniciativa y también de las indicaciones que la modifican, pasa ahora el dictaminante a revisar el marco constitucional en el que debe ser situada para ser evaluada.

IX. ORDEN PUBLICO ECONOMICO

Las consultas cuyo esclarecimiento me ocupa tienen directo y medular ligamen con el sistema de derechos subjetivos públicos que, en materia económica, el Código Político ha asegurado a todas las personas, sin discriminación. Pertinente es, por ende, examinar aquí ese tópico.

El Orden aludido puede ser conceptualizado como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad estatal para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional declarados en la Constitución¹⁹.

El Orden Público Económico se encuentra reconocido en nuestro sistema constitucional²⁰, aseveración corroborada tanto por razones de historia fidedigna²¹ de los preceptos respectivos, cuanto de la jurisprudencia²² y doctrina²³ que lo

¹⁹ José Luis Cea Egaña: **I Tratado de la Constitución de 1980** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1988) p. 158. Tal definición ha sido reiteradamente acogida por la doctrina y la jurisprudencia. De esta última citamos las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciadas el 15 de junio de 1992 y el 26 de enero de 1995, ambas confirmadas por la Corte Suprema, publicadas en **Gaceta Jurídica** N°s 144 (1993) y 177 (1995), respectivamente.

²⁰ Sobre el tema véase además José Tomás Hurtado Contreras: **El Orden Público Económico en la Constitución de 1980** (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1981) pp. 101 - 110. Emilio Pfeffer Urquiaga: **I Manual de Derecho Constitucional** (Santiago, Ed. Jurídica Ediar-Conosur, 1985).

²¹ En punto a la **historia fidedigna**, consúltense las **Actas de la Comisión de Estudio**, de preferencia las correspondientes a las sesiones N°s 38, 68, 197, 202, 248, 249, 311, 344, 388, 389, 394, 397 y 398. Véase, además, Roberto Guerrero del Río y Enrique Navarro Beltrán: " Algunos Antecedentes Sobre la Historia Fidedigna de las Normas de Orden Público Económico Establecidas en la Constitución de 1980 ", **Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae** N° 1 (1997) pp. 142 ff.

²² **Pertinente es destacar que una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago**, de 30 de marzo de 1983, confirmada por la Corte Suprema el 10 de mayo del mismo año, se pronunció sobre el concepto aquí vertido, subrayando su **importancia**. Consúltense al respecto, **LXXXI Revista de Derecho y jurisprudencia** (1984) II, 5, pp. 71 - 72. En semejante sentido,

avalan.

Dos características del Orden Público Económico tienen que ser aquí realizadas.

La primera de esas características yace en la declaración, respeto y protección constitucional de los derechos subjetivos públicos fundamentales que

véase la sentencia dictada también por la Corte de Apelaciones de Santiago el 10 de julio de 1987, confirmada por el Tribunal Supremo el 19 de agosto de ese año. Con posterioridad, son innumerables los fallos que hacen suyo o aplican el concepto aquí vertido, incluidos el fallo del **Tribunal Constitucional** de 25 de enero de 1995 y la sentencia del mismo **Tribunal** pronunciada el 10 de febrero del presente año (Rol N° 207).

²³ Otto Mayer: **I Derecho Administrativo Alemán** (1850) (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1950) p. 253. Consúltase Alejandro Guzmán Brito: " Para la Historia del Derecho Subjetivo ", **II Revista Chilena de Derecho** (1975) pp. 55 ff. y Humberto Quiroga Lavié: **Los Derechos Públicos Subjetivos y la Participación Social** (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985) pp. 7 ff.; Santi Romano: " **La Teoría dei Diritti Pubblici Subbjetivi** ", en **I Prima Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano** (Milán, Società Editrice Libreria, 1897) p. 211.

Debe, asimismo, consignarse la acogida unánime que **nuestra doctrina** otorga al establecimiento de tal Orden en la Carta Fundamental. Al respecto, sugiérese consultar, por ejemplo, Enrique Aimone Gibson: " Concepto y contenido del Derecho Público Económico ", en **Revista de Derecho y Ciencias Sociales** N° 128 (Concepción, 1964) pp. 138 - 155 y las **Quintas Jornadas de Ciencias Penales dedicadas al delito económico**, publicadas en **XXI Revista de Ciencias Penales** N° 1 (1962).

Bajo la vigencia de la Constitución de 1980, revítese Luz Bulnes Aldunate: " El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica ", en **Revista de Derecho Público** N° 37 - 38 (1985) pp. 149 - 165; Fernando Dougnac Rodríguez: " La garantía constitucional del N° 21° del artículo 19° de la Constitución ", **Gaceta Jurídica** N° 68 (1986) pp. 6 - 12; Enrique Evans de la Cuadra: **I Derechos Constitucionales** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1986) p. 313; Arturo Yrarrázabal Covarrubias: " Principios Económicos de la Constitución de 1980 ", en **XIV Revista Chilena de Derecho** N° 1 (1987) p. 99; Raúl Bertelsen Repetto: " El Estado Empresario en la Constitución de 1980 ", en **XIV Revista Chilena de Derecho** N° 1 (1987) p. 120; Germán Urzúa Valenzuela: **Manual de Derecho Constitucional** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1991) p. 237.

Ultimamente, Hernán Molina Guaita ha hecho suya la definición proporcionada por este dictaminante, según se lee en las pp. 176 y 177 de su **Derecho Constitucional** (Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 1993). Lo mismo ocurre con Mario Verdugo Marinkovic et al: **I Tratado de Derecho Constitucional** (Santiago, Ediar Conosur, 1994).

inciden en materia económica; y la segunda característica estriba en la **habilitación** que la Carta Fundamental otorga sólo al **legislador** para regular la materia, aplicando el **principio de reserva legal**. Empero, esto último tiene lugar en términos no absolutos ni totales, pues la reserva legal se entiende sin perjuicio del ejercicio de la potestad reglamentaria y de las competencias normativas de otros órganos estatales, con las cuales se trata de cumplir o ejecutar lo dispuesto en la ley.

Doy un paso adelante para precisar estas explicaciones en función de las **dudas de constitucionalidad** que debo dilucidar. Y digo, entonces, que los **derechos subjetivos públicos** son poderes concretos, reconocidos a todos y a cada uno de los miembros de la comunidad²⁴. Tales derechos tienen un **ámbito de ejercicio propio e insuprimible**, asegurado en el texto constitucional, el que puede ser sólo desarrollado o limitado por la potestad estatal, teniendo ésta, a su vez, prohibiciones y restricciones que debe respetar, incluso en circunstancias extraordinarias. De ahí los términos con que aparece redactado el **artículo 19º inciso 1º**, en cuanto la Constitución comienza por **asegurar** tales derechos, tras lo cual autoriza la **regulación** de su práctica o ejercicio. Es evidente que así la Carta Fundamental privilegia el **disfrute de esos derechos en relación con la potestad pública para reglarlos** en su libre ejercicio, sin jamás admitir que tal potestad pueda desconocerlos, vulnerarlos, suprimirlos, proscribirlos o privar de ellos a sus titulares legítimos.

Sobre la base de las premisas expuestas y para una mejor comprensión de los asuntos que me han sido planteados, **examinaré el principio de no afectación específica en materia tributaria; el dominio ya adquirido con énfasis en su función social; y el núcleo esencial de ese derechos asegurado por el Poder**

²⁴ Federico de Castro: I **Derecho Civil de España** (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949) p. 638; Georg Jellinek: **Teoría General del Estado** (1891) (Buenos Aires, Ed. Albatros, 1970) pp. 593 ff.

Constituyente a todas las personas, naturales o jurídicas sin exclusión.

X. REGIMEN TRIBUTARIO

11. Alcance y Principios

El término **tributo** es genérico, comprensivo de todas las prestaciones en dinero hechas al Estado, en virtud de su potestad impositiva, para que cuente con los recursos que permitan cumplir sus funciones y cometidos²⁵. Consecuentemente, la voz **tributo** abarca los impuestos y contribuciones, los derechos y las tasas, los aranceles y demás cargas pecuniarias. Así consta en la historia fidedigna y lo reconoció el Tribunal Constitucional en sentencia pronunciada el 17 de mayo de 1994 (Rol N° 183).

Ahora bien, en el artículo 19° N° 20° de la Carta Fundamental se asegura a todas las personas, naturales y jurídicas, de Derecho Público o Privado, nacionales o extranjeras, la **igual repartición** de los tributos y demás cargas públicas, la **legalidad** de su establecimiento, la **prohibición** que aquellos sean **manifiestamente injustos o desproporcionados** y la **no afectación específica** de los mismos. He aquí, entonces, los **cuatro principios capitales**, cuyo respeto el Poder Constituyente ha trazado al legislador y a todo órgano estatal, sin distinción ni exclusión

En consecuencia, podemos afirmar que el Poder Constituyente reconoce, en materia tributaria, que son **derechos esenciales de la persona**:

²⁵ Véase al respecto la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 13 de junio de 1989, reproducida en LXXXVI **Revista de Derecho y Jurisprudencia** II p., S. 5, p. 76. En el mismo sentido, las **Actas** citadas en **infra** nota 21, sesión 398, p. 3.111. Consúltese, en fin, Eugenio Olgún Arriaza: "Algunos Alcances acerca de la Función Tributaria" en **Gaceta Jurídica** N° 83 (1987) pp. 15 ff.

Primero, el establecimiento, modificación y supresión sólo por ley -simple o común- de los tributos, ley que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y de origen obligado en la Cámara de Diputados, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 62º incisos 1º y 4º N° 1º del Código Político, estando vedada la delegación de facultades legislativas en el rubro, al tenor del artículo 61º inciso 2º de aquél;

Segundo, la igualdad tributaria, en virtud de la cual se excluye la posibilidad de trazar discriminaciones, es decir, diferencias o equiparaciones injustas o arbitrarias en materia tributaria, sea para favorecer o con el propósito de perjudicar a sujetos o actividades determinadas;

Tercero, la justicia tributaria, en tanto la cuantía del tributo no puede ser confiscatoria, vicio en que incurre la ley cuando configura una carga impositiva desproporcionada, en parangón con el valor del bien o el provecho que la actividad reporta, o impone dicha carga sin razón o motivo plausible, judicialmente demostrado en el respectivo examen, preventivo o ex post, de supremacía constitucional; y

Cuarto, la no afectación específica, es decir, que los tributos tampoco pueden ser previamente destinados sólo a cubrir los gastos generados por un fin determinado, salvo las dos excepciones que la Carta Fundamental contempla en texto expreso y taxativo: Por una parte, los tributos afectados a fines propios de la defensa nacional; y por otra, los tributos que graven actividades o bienes de clara identificación regional o local y que las autoridades respectivas pueden aplicar, dentro de los marcos de la ley, al financiamiento de obras de desarrollo en esas unidades territoriales. De modo que el principio de no afectación obedece a razones de igualdad, justicia y recto gobierno, resultando él quebrantado no sólo

cuando la afectación específica consta así reconocida en el texto legal reprochable, sino también cuando ella aparece implícita en la norma que, de manera encubierta, la impone.

Llevado lo expuesto al esclarecimiento de los asuntos que me han sido planteados, fluye que éstos inciden, por completo, en el cuarto de los principios referidos, razón por la cual imperativo resulta detenerse en su análisis.

12. Principio de No Afectación Específica

La Constitución asegura a todas las personas la **no afectación específica de los tributos**, salvo únicamente las dos excepciones ya mencionadas. De manera que resulta **insubsanablemente nula**, de pleno derecho y por completo ineficaz, la disposición legal en virtud de la cual se establezca un tributo de afectación específica fuera de las salvedades admitidas por el Poder Constituyente.

En relación con dicho principio, la doctrina ha sostenido:

" El principio de no afectación de los tributos, esto es, que **ningún impuesto debe tener un destino específico determinado**, se fundamenta en el hecho que si se han comprometido de antemano, **hace muy difícil el manejo global de las finanzas públicas** y no sólo contribuye a elevar el gasto público, además que **las necesidades para cuya satisfacción se destinan los recursos son esencialmente variables de año en año** "26.

Recuérdese que la **Comisión de Estudio**, en su Anteproyecto, omitió

²⁶ Juan Eduardo Figueroa Valdés: **Las Garantías Constitucionales del Contribuyente** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993) p. 107 (Enfasis agregado).
En el mismo sentido, consúltese Hugo Araneda Dörr: **Finanzas Públicas** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1980) p. 214.

contemplar expresamente el principio de no afectación específica, limitándose a establecer que la ley podría autorizar determinados tributos que gravaran actividades o bienes de clara identificación local²⁷.

Sin embargo, la Junta de Gobierno, con la evidente intención de disipar cualquier duda, introdujo por su nombre el principio, en los términos contenidos en el artículo 19° N° 20° inciso final de la Constitución. Y ésto fue confirmado por el Poder Constituyente en 1989, pese a que entonces amplió una de las excepciones aludidas.

Pues bien y aplicado cuanto se ha expuesto al proyecto de ley que me ocupa, resulta menester advertir que, si bien en él se configura una situación de afectación específica, ella se encuadra perfectamente en una de las dos exigencias que le infunden valor constitucional, es decir, la clara e indudable identificación regional y local del tributo derivado del no pago de la patente. Como ya se constató, el proyecto contempla, pormenorizadamente, tal destino legítimo, en términos que van incluso más allá de lo que ha sido requerido por el Tribunal Constitucional.

Léase, en testimonio de lo afirmado y para que se efectúe la comparación pertinente, lo resuelto por el Tribunal Constitucional:

“ Que, seguidamente, debe tenerse en consideración lo establecido en el artículo 19° N° 20°, de la Constitución Política, que establece en su inciso tercero que “ Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado ”. Consiguientemente, el artículo impugnado por este requerimiento contraría esta norma constitucional, por cuanto, por una parte, señala que los recursos provenientes de su aplicación serán ingresos propios del

²⁷ Actas citadas en *supra* nota 21, sesión 394, pp. 3.031 - 3.032.

Servicio Nacional de Aduanas, y por otra, no se dan en este caso las situaciones de excepción que considera al respecto la Carta Fundamental en la misma ya citada disposición ²⁸.

En suma, podemos desprender de lo expuesto que la Carta Fundamental asegura la no afectación específica de los tributos, en términos que esa regla general sólo puede dejarse de aplicar cuando se trate de fines propios de la defensa nacional o en el caso de actividades o bienes de clara identificación regional o local, así previstos por la ley. Cuando se está de frente a cualquiera de tales excepciones, entonces y lógicamente el tributo, pese a ser de afectación, total o parcial, queda por completo ajustado a lo dispuesto en la Carta Fundamental.

Debe el dictaminante enfatizar, por último, que es discutible calificar como tributo el pago de las patentes por no uso del derecho de aprovechamiento que contempla el proyecto, habida consideración, v. gr., que el monto solucionado por ese concepto puede ser imputado a impuestos fiscales de declaración y pago mensual. Empero, aseveramos con mayor certeza que tal discusión es irrelevante, pues la médula del problema y de la solución constitucionalmente inobjetable del mismo, yacen en la cuestión recién expuesta y dilucidada, esto es, en constatar que el Principio fundamental de inafectación específica no es absoluto, puesto que tiene dos excepciones, en la segunda de las cuales se encuadra, exactamente, la patente aludida y el pago inherente a ella.

XI. DERECHO DE PROPIEDAD

En su artículo 19° N° 24° incisos 1° y 2°, la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad " en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales ", puntualizando que sólo la ley puede establecer

²⁸ Considerando 16° de la sentencia pronunciada el 14 de octubre de 1996 (Rol N° 247).

el modo de adquirir, usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Añade aquel numeral, esta vez en su inciso 3º, que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su derecho de propiedad, del bien sobre el cual recae ese derecho o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de un acto expropiatorio dictado o acordado en el ejercicio de la habilitación previa otorgada en texto expreso por el legislador, en los términos que señala la Constitución y pagando al afectado la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.

Por último, el inciso 4º del mismo Nº 24º preceptúa que " A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado ".

La amplitud con que el Poder Constituyente quiso configurar el ámbito del derecho de propiedad fluye de la normativa transcrita, la cual aparece corroborada en los anales fidedignos²⁹.

La jurisprudencia, por su parte, ha confirmado repetidamente y, a la fecha, ya sin disidencia, que la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre los bienes incorporales, es decir, el dominio sobre las implicancias patrimoniales que emanan de los derechos públicos subjetivos, de los cuales el afectado es titular o que se han incorporado a su patrimonio³⁰.

²⁹ **Actas** citadas en *supra* nota 21, sesión 155, pp. 7 - 8 y sesión 157, pp. 3 - 4.

³⁰ Considerando 7º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 19 de abril de 1984, publicada en LXXX **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, II, 5, p. 20; y considerandos 3º y 4º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 6 de abril de 1989, publicada en LXXXIV **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, II, 5, p. 9. En igual sentido, consúltese LXXXVI **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, II, 5, pp. 149 - 153 y 160 - 165.

La propiedad de los derechos ha sido reconocida también por el Tribunal Constitucional, evidencia de lo cual es el pronunciamiento siguiente:

" Que, con el mismo objeto, el Tribunal hace constar que el ámbito de aplicación del numeral 24º del artículo 19º de la Carta Fundamental, corresponde al derecho de propiedad que ya existe, sea cual sea su especie y que se radica " en toda clase de bienes corporales o incorporales ". De este derecho de propiedad, y confirmando con ello ese ámbito, es del que, como en el mismo numeral se señala " nadie puede, en caso alguno, ser privado ", sino en virtud de una expropiación debidamente ajustada a la ley "³¹.

Y en fecha más reciente, el mismo Tribunal ha reiterado la extensión del dominio:

" Que resulta evidente que los derechos de los dueños de las acciones que gozan de preferencia (...), como lo establece el inciso 4º del artículo 10º, de la ley N° 18.401, constituyen un bien incorporal cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución "³².

Idéntica es la tesis de la Corte Suprema, una ilustración de la cual es la siguiente:

" (...) mientras la legislación civil señala que sobre las cosas incorporales existe una especie de propiedad, en la Carta Fundamental se garantiza la propiedad en sus diversas especies y respecto de toda clase de bienes, corporales e incorporales, sin

³¹ Considerando 23º de la sentencia pronunciada el 3 de diciembre de 1990 (Rol N° 115). En igual sentido, véanse las sentencias de 16 de julio de 1982 (Rol N° 12), considerandos 11º a 20º, y de 29 de noviembre de 1982 (Rol N° 15) considerandos 4º a 7º, en fin, los considerando 53º de la sentencia pronunciada el 10 de febrero de 1995 (Rol N° 207) (Enfasis agregado).

³² Considerando 54º de la sentencia pronunciada el 10 de febrero de 1995 (Rol N° 207) (Enfasis agregado).

excluir a ninguno de ellos de la garantía constitucional, idea reforzada en el N° 25° del mismo artículo 19° al garantizar la propiedad sobre las obras artísticas y del intelecto ³³.

En la doctrina, por último, la aquí sustentada es la tesis ampliamente dominante³⁴, habiéndose publicado monografías o artículos de prensa aislados que disienten en el tópico descrito.

Pero esas discrepancias, ya no reiteradas, obedecieron a teorizaciones de dogmática jurídica, carentes de asidero en nuestra experiencia histórica, que tampoco ponderan la realidad del Derecho Chileno ni las consecuencias derivadas de la tesis romanista que sustentan. Tal cúmulo de circunstancias explica y justifica la llamada **propietarización de los derechos**³⁵.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado la **competencia exclusiva del legislador** en relación con la regulación del derecho de propiedad:

" Que del texto expreso de la disposición del artículo 19°, N° 24°, de la Carta Fundamental, se desprende con toda claridad que **solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y**

³³ Sentencia de 24 de agosto de 1989, LXXXVI **Revista de Derecho y Jurisprudencia** 2° P. S. 5ª, p. 9, como asimismo, sentencia de 20 de diciembre de 1989, publicada en el mismo volumen y número de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia** recién indicado, p. 165 (Enfasis agregado).

³⁴ José Luis Cea Egaña, **Tratado** citado en *supra* nota 18, pp. 191 - 194; Emilio Pfeffer Urquiaga, citado en *supra* nota 19, p. 410; y Rodolfo Vío Valdivieso: **Manual de la Constitución de 1980** (Santiago, Ed. Colchagua, 1988) pp. 213 - 215.

³⁵ Cf. Alejandro Vergara Blanco: " ¿ Redefinir el Derecho de Propiedad ? ", **Actas de las XXIII Jornadas Chilenas de Derecho Público** (Concepción, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Concepción, s.e., 1992) pp. 258 ff. El último esfuerzo en el mismo sentido, respetable ciertamente pero, en concepto del dictaminante, inconciliable con la cultura jurídica chilena, es el de Alejandro Guzmán Brito: **Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995) pp. 235 ff.

disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social (...) ³⁶.

XII. DELIMITACIONES AL DOMINIO

Llégase así al tópico que este dictaminante considera más relevante para aclarar las dudas que le han sido consultadas, dejando constancia desde ya, sin embargo, que no ha encontrado examen de aquel en los Antecedentes ya compulsados³⁷.

13. Función Social

La propiedad goza en Chile de amplia garantía constitucional. Sin embargo, ni ese derecho ni cuanto lo tutela o protege han sido concebidos con carácter ilimitado. Como ya se ha afirmado repetidamente en este dictamen, la interpretación y aplicación de la Carta Fundamental en favor de los derechos subjetivos públicos supone que éstos jamás son absolutos. Antes bien, ellos se encuentran acotados por los horizontes -reducciones y restricciones- que la propia Constitución señala y que es deber de la ley desarrollar con sujeción a aquella, de la autoridad administrativa ejecutar y fiscalizar en concreto, así como de la Magistratura hacer respetar tratándose de litigios³⁸.

³⁶ Considerando 17º de la sentencia pronunciada el 21 de abril de 1992 (Rol N° 146, Énfasis agregado).

³⁷ El informante revisó tres Informes en Derecho evacuados sobre el proyecto de reforma en trámite, constatando que en ninguno de ellos se estudia el ligamen del dominio con la función social que le es intrínseca. Sólo en el dictamen del Sr. Alberto Tala Japaz halló referencias, nada más que incidentales, al tema cuya trascendencia desde ya destacamos.

³⁸ Véase, en general, José Luis Cea Egaña: " Delimitación y Privación del Dominio en la Constitución de 1980 ", **Actas de las XVIII Jornadas de Derecho Público** (Concepción, Universidad de Concepción, 1987) pp. 55 ff.

Coherente con el criterio matriz expuesto y en ligamen con el derecho de propiedad, agrega el dictaminante que las limitaciones y obligaciones cuya imposición el Poder Constituyente permite establecer al legislador, son aquellas " que deriven de su función social ". **Conjégase así el interés del propietario con el progreso social**, valores ambos que se integran en el bien común propugnado, como **Base Institucional**, en el artículo 1º inciso 4º del Código Político.

Util es precisar que el Poder Constituyente **no ha definido** la función social, optando por describir su concepto con los cinco elementos en ella incluidos, al afirmar que " comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas, y la conservación del patrimonio ambiental ".

Del sentido amplio y flexible de aquel enunciado, pero que, pese a ello, es **de motivos taxativos y de alcance acotado**, quedó constancia en la historia fidedigna del precepto, como fluye de los acápite siguientes:

" El señor Ortúzar (Presidente) agrega que por otra parte, cree que es esencial reconocer la función social que debe cumplir la propiedad, en cuanto está llamada a ser empleada de acuerdo con los fines para los cuales fue instituida (...).

El señor Ovalle observa (...) que la función social de la propiedad, que mira al manejo que de ella debe hacer su propietario, obliga a quien es el titular de este derecho a manejar, a usar, a ejercer los atributos, que son propios e inherentes al derecho, en armonía con los **intereses colectivos**, sin romper lo que la colectividad estima esencial para su desarrollo (...). La propiedad no es un derecho arbitrario. Es cierto que la propiedad es un derecho exclusivo, excluyente, perpetuo, pero debe ejercerse, manejarse, teniendo presente que ese derecho confluje con otros dentro de la misma comunidad y con el derecho de la comunidad de establecer ciertas normas (...).

El señor Guzmán (...) manifiesta que preferiría con mucho la referencia simplemente a que " permitan asegurar el cumplimiento de su función social " y, luego de punto seguido, la frase "La función social obliga a ejercer el derecho de propiedad en conformidad al bien común".

El señor Ortúzar (Presidente) dice que no se puede concebir el derecho de propiedad como un derecho arbitrario que confiere al propietario, incluso, la facultad de destruir lisa y llanamente la propiedad en perjuicio de los intereses generales de la colectividad. Ella implica responsabilidades y obligaciones.

El señor Silva Bascuñán puntualiza que esa función social de la propiedad presenta dos aspectos que son distintos y que tienen distinto margen de movimiento. Uno es la función social de la propiedad mirada desde el punto de vista del titular del dominio y el otro es la función social de la propiedad mirada desde el punto de vista del Estado, de la colectividad organizada³⁹.

Ha destacado ya el informante que los factores integrantes o configuradores de la función social son amplios, circunstancia que permite al legislador su concreción de acuerdo a una gama de posibilidades que aseguren el efectivo cumplimiento de aquélla. Todos esos factores, sin excepción -y así quedó expresamente consignado en los anales fidedignos⁴⁰- forman parte de la función social:

" La enumeración de la norma que señala las fuentes de las limitaciones al dominio es taxativa y, en consecuencia, no puede la ley y menos la autoridad administrativa contemplar otras.

Las restricciones y obligaciones que la normativa constitucional permite establecer al legislador en razón de los intereses superiores señalados, no dan lugar, por cierto, a

³⁹ Actas citadas en *supra* nota 21, sesión 148, p. 5 y sesión 161, pp. 8 - 9 (Enfasis agregado).

⁴⁰ *Id.*, sesión 162, p. 13.

indemnización alguna, pero siempre que ellas no afecten la esencia del derecho ni importen privar a su titular de alguno de los atributos del dominio, pues ello sólo podría tener lugar a través de la expropiación.

Lo dicho guarda armonía con otro precepto (...) y que establece que las leyes que interpreten, regulen o complementen las garantías que la Constitución asegura, o que las limiten en los casos en que ella lo autorice, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio ⁴¹.

14. Limitaciones Inherentes y Sobrevinientes

Aclara también el informante que la Constitución se refiere al aspecto objetivo de la función social, es decir, al que restringe su ejercicio desde el punto de vista de las limitaciones y obligaciones generales que, a tal disfrute, puede imponer el legislador. Contraponense esas delimitaciones heterónomamente impuestas con el sentido subjetivo de dicha función, concerniente al deber de cada dueño de ejercer su derecho en armonía con los intereses colectivos⁴².

Explicando el doble elenco de delimitaciones descritos repite el suscrito que ningún derecho es absoluto e ilimitado en su contenido y ejercicio, pues resulta inconcebible -en lógica social elemental- la idea de un poder jurídico que permita, a su titular, anular o destruir todos los demás derechos. Correcto es, en consecuencia, sostener que el ordenamiento positivo constituye, en cierto sentido, un sistema de límites que armoniza los derechos por razones de interés común, respeto a los derechos ajenos y ejercicio responsable de las facultades inherentes al titular de cualquiera de ellos. Así, la exigencia de coordinarlos impide que los derechos surjan

⁴¹ Comisión de Estudio: **Informe con Ideas Precisas**, reproducido en VIII **Revista Chilena de Derecho** N° 1 - 6 (1981) p. 214 (Enfasis agregado).

⁴² José Luis Cea Egaña citado en *supra* nota 18, pp. 192 y 206 ff.

con alcance total e irrestricto⁴³. Y es, exactamente, desprendiendo las implicancias de tal premisa que se llega al tópico de las delimitaciones.

Esa es una expresión genérica, pues abarca toda reducción⁴⁴ al ejercicio del dominio por la función social que debe ser satisfecha, v. gr., a través de las restricciones, deberes, obligaciones, prohibiciones y otras compresiones circunscritas o límites que la ley impone al disfrute del mismo derecho.

Las delimitaciones son, por ende, restricciones y obligaciones congénitas a los derechos, configuradoras del contenido objetivo normal de ellos y su desenvolvimiento en las relaciones jurídicas. Tales delimitaciones presuponen el reconocimiento y protección de los derechos, pero definen o perfilan la extensión de su contenido y el ámbito de su ejercicio lícito, caracterizando a cada uno como determinada facultad jurídica, inconfundible con otras⁴⁵.

Pertinente es enfatizar, por ende, que junto con asegurar, reconocer y amparar el núcleo de los derechos, el régimen jurídico traza las limitaciones y obligaciones que afectan al titular respectivo, razón por la cual esas delimitaciones no causan indemnización en ningún sentido. Si un bien fue adquirido con sujeción a tal régimen jurídico, entonces y por supuesto su titular no puede alegar lícitamente después que no le es aplicable el cúmulo de delimitaciones vigentes y que se presume por él conocido. Más todavía, aquel propietario tampoco puede sostener válidamente que no se cumpla la legislación que contempla las delimitaciones aludidas. Repite el

⁴³ Eduardo García de Enterría y Tomás - Ramón Fernández: I **Curso de Derecho Administrativo** (Madrid, Ed. Civitas, 1995) p. 240.

⁴⁴ Eduardo Soto Kloss: II **Derecho Administrativo. El Principio de Juridicidad** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996) pp. 91 ff.

⁴⁵ *Id.*, pp. 99, 100 y 132; Jorge Precht Pizarro: **Fundamento Teórico de las Limitaciones Impuestas al Derecho de Propiedad en Razón de Interés Público** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1968) pp. 13 - 14, 101 y 120.

dictaminante que el dominio siempre lleva consigo limitaciones, sin las cuales su ejercicio se vuelve ilegítimo.

Distinta es la situación de las delimitaciones sobrevinientes a un derecho, o sea, las impuestas por la ley después que ya está adquirido. Entonces y efectivamente, puede incurrirse en privación de aquel derecho, la cual aun siendo parcial y efímera, tiene que ser siempre indemnizada⁴⁶.

El asunto ha sido, precisamente a propósito del proyecto de ley en estudio, analizado por la doctrina:

" La libertad en el uso del recurso hídrico también comprende la falta de obligación del titular del derecho de usar efectivamente el caudal concedido, es decir, se puede obtener el derecho para no usarlo o simplemente esperar condiciones favorables para transferirlo, este aspecto ha sido uno de los más controvertidos del actual Código ya que, en opinión de algunos autores, de esa forma se propicia el acaparamiento y especulación con el derecho de aprovechamiento.

Desde la perspectiva de la presente tesis la característica en examen se contrapone con el contenido y naturaleza del derecho de aprovechamiento en su carácter de derecho real administrativo, en tal sentido el derecho de aprovechamiento conlleva la existencia de facultades y obligaciones para su titular. De estas últimas la principal de ellas es el " aprovechamiento necesario " en razón del fin que ha motivado la calificación de las aguas como bienes del dominio público. Además, la libertad en el uso de las aguas al comprender el derecho de no usarlas sin obligación alguna al respecto se contradice con su naturaleza de bienes públicos ⁴⁷.

⁴⁶ Eduardo García de Enterría et al citados en *supra* nota 43, pp. 218 y 220.

⁴⁷ Oscar Abarca Trujillo: **Dominio Público, Derechos de Aprovechamiento y Mercado de Aguas en el Derecho Chileno** (Santiago, Tesis para optar al Grado de Magister, Universidad Católica de Chile, 1999) pp. 125 - 126.

Queda de manifiesto, consiguientemente, la diferencia sustantiva que media entre las dos situaciones descritas. Esa distinción puede ser resumida sosteniendo que, en la primera situación, las delimitaciones son preexistentes, válidas y tienen que ser respetadas por el titular del derecho sin esperar ni exigir resarcimiento alguno por cumplir lo que es debido; en cambio, en la segunda situación las delimitaciones han sido impuestas por la ley después que el derecho estaba adquirido, pudiendo configurarse una privación parcial que debe ser indemnizada por tal motivo o bien, una obligación o limitación por función social que debe ser soportada por el propietario.

Especialmente importante es esto último cuando la carga consiste en un tributo, puesto que lo contrario, esto es, que siempre la obligación sobreviniente es contraria a la Constitución, llevaría al absurdo que jamás se podrían imponer nuevos tributos ni modificar los existentes, salvo que se los eliminara, condonara o rebajara. Con ello, ya no sólo se propugnaría la intangibilidad del ordenamiento jurídico, sino que, de plano, se despojaría al legislador de la potestad impositiva que la Carta Fundamental consagra, expresamente, en sus artículos 19º N° 20º y 62º inciso 4º N° 1º.

Feliz y acertadamente, es ese, por cierto, el principio general que contempla nuestro sistema jurídico, como se constata al examinar el artículo 12º de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, insertado ya en el Marco Jurídico de este dictamen.

Procede aquí añadir que, en el Derecho Comparado, encontramos reiterado el mismo criterio. Este ha sido precisamente esgrimido de frente al derecho de

aprovechamiento de las aguas⁴⁸, realizando que el dominio sobre tal derecho lleva insito el de ser ejercido con respeto de la función social que le es intrínseca o inseparable para que resulte legítimo y no abusivo.

Las limitaciones y obligaciones congénitas comprimen o reducen el contenido objetivo normal de los derechos, sin modificarlos porque nacieron con éstos. Fúndanse ellas, como ya fue insinuado, en dos series de factores diversos que, empero, tienen de común el ser inherentes o consustanciales a todo derecho.

Unos son, en efecto, los factores objetivos, generales y permanentes, intrínsecos al derecho mismo, pero extrínsecos al ejercicio de él por su titular, porque se imponen independientemente de la conducta de este último; otros son los factores subjetivos, particulares y circunstanciales, intrínsecos al ejercicio racional del derecho por el titular respectivo, pero además igualmente inherentes a la esencia del derecho porque jamás éste es un atributo de disfrute arbitrario e infinito.

De tales factores, los primeros obedecen a la función social de los derechos, mientras los últimos se justifican por cuanto ningún derecho puede ser abusivamente ejercido⁴⁹.

A propósito de las obligaciones derivadas de la función social, menester es puntualizar que ellas son positivas o negativas en cuanto a la conducta que exigen

⁴⁸ Sebastián Martín-Retortillo B.: **Titularidad y Aprovechamiento de las Aguas** (Madrid, Real Audiencia de Jurisprudencia y Legislación, 1995) pp. 33 ff.

⁴⁹ *Id.*, pp. 100, 106 y 120; Héctor Riesle Contreras: **La Inviolabilidad del Derecho de Propiedad Privada ante la Doctrina Pontificia** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1968), especialmente pp. 149 - 150, 171 y 174; Cfr. Gonzalo Izquierdo Fernández: "Algunas Consideraciones en torno de la Propiedad como Derecho Natural" en **Cuadernos de Historia** N° 4 (1984) p. 74.

del titular. De la primera especie son las prohibiciones, o sea, no hacer lo que, sin mediar la obligación negativa que impone la ley dentro de la Constitución, sería lícito hacer al titular del derecho; de la segunda de aquellas especies son los deberes, es decir, hacer algo que, de no mediar la obligación positiva exigida por la ley siguiendo la Constitución, lícito sería para el titular abstenerse de hacerlo⁵⁰.

La tesis expuesta, en torno de la función social del dominio y de las delimitaciones, ha sido corroborada por el Tribunal Constitucional:

" Que, es fundamental distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad.

Además, privación supone, según su sentido natural y obvio " despojar a uno de una cosa que poseía " (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1969). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en " apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía " (Corte Suprema, 27.03.1983, Rev. 80, sección 5ª, pág. 244).

Limitar, en cambio importa "acortar, cerrar, restringir" (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1258).

De ésta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales;

Que, a juicio de este Tribunal la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad

⁵⁰ Victorio Pescio: III **Manual de Derecho Civil** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1958) pp. 317 y 318.

absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce;

Que, de acuerdo al artículo 19° N° 24° de la Constitución Política, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y como bien lo ha dicho este Tribunal, en sentencia Rol N° 146, de 21 de abril de 1992, no pueden afectar la esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19° N° 26° de la Constitución Política de 1980;

Que, la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: " la propiedad obliga ", para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad;

Que, el Constituyente chileno no ha definido el concepto de función social y solamente ha señalado cuales son sus elementos. Así, estableció en la Constitución de 1980 " Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental " (artículo 19° N° 24° inciso segundo);

Que, la consagración de la función social en la Constitución de 1980 tiene sus antecedentes en la Constitución de 1925 reformada el año 1970 y en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, especialmente en la Sesión N° 149.

Además, en el Memorándum de 16 de agosto de 1978 dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, se dice que " La función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos ".

Respecto de las limitaciones al dominio dice que "constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social. Es, entonces, la función social de la propiedad la que justifica las

limitaciones y obligaciones que el legislador puede imponer";

Que, como se ha visto en los considerandos anteriores las playas son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la Nación toda. En razón de la función social que debe cumplir el ejercicio del derecho de dominio la autoridad, en este caso el legislador, puede regular el acceso a dichos bienes, a través de los predios colindantes, para que no se desnaturalice el concepto de que son de la Nación toda. Lo que no puede hacer es privar del derecho de dominio y de sus atributos esenciales o hacer ilusorio el ejercicio del derecho por las limitaciones que impone ⁵¹.

Con las explicaciones precedentes el dictaminante ha querido no sólo aclarar el sentido de la función social del dominio en nuestra Constitución, sino que invocarlo como límite legítimo para el ejercicio de tal derecho por razones de bien colectivo. Simultáneamente, el informante cree haber así aclarado que la función social es una habilitación otorgada por la Carta Fundamental al legislador en términos amplios pero taxativos, invocable por él para que el ejercicio del derecho sea legítimo y no excesivo. Establecida por el legislador la limitación con base en la función señalada, incumbe después a la autoridad administrativa competente según la ley cumplir y hacer obedecer tal restricción. La omisión por dicha autoridad de lo prescrito en la Carta Fundamental y la ley es administrativamente sancionable, sin perjuicio de aclarar que no engendra derechos ni permite invocarlos como si fueran adquiridos.

XIII. ESENCIA Y LIBRE EJERCICIO DE LOS DERECHOS

La Constitución impone al legislador una limitación adicional a su potestad reguladora del ejercicio de los derechos públicos subjetivos, la cual estrecha todavía

⁵¹ Considerandos 22° a 28° de la sentencia pronunciada el 2 de diciembre de 1996 (Rol N°s 245 y 246).

más la competencia que le ha sido conferida. Trátase del respeto que él debe a la esencia de los derechos y a su libre ejercicio.

Es asunto pacífico que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, prueba de lo cual es que la Constitución faculta a la ley para regular su ejercicio. Siempre, entonces, las restricciones son parte del derecho mismo para que así su ejercicio sea legítimo. Mas, paralelamente reconoce el dictaminante que el legislador tampoco es soberano absoluto, ya que debe respetar y promover aquellos derechos, estándole además prohibido vulnerar la esencia de ellos y su libre ejercicio.

La Constitución, con énfasis, exige al legislador que acate tal doble principio.

Desde luego, lo hace así en su artículo 1º, cuando declara que la acción del Estado debe realizarse " con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece ". Vuelve a hacer hincapié en el mismo asunto en el artículo 5º inciso 2º. Y, como ya se ha visto, lo hace nuevamente a propósito de cada una de las garantías que asegura en el artículo 19º, habiéndose en el presente Informe explicado la contenida en su número 24º. Por último, reafirma dicho principio a través de una disposición específica, incluida en el artículo 19º Nº 26º, la cual circunscribe la potestad legislativa a regular o complementar el ejercicio de los derechos fundamentales, vedándole afectarlos en los dos rubros mencionados.

Fluyen de aquel numeral 26º una serie de consecuencias relevantes, tres de las cuales resumo a continuación.

Téngase presente, en efecto, que la supragarantía y clave de la recta interpretación constitucional presente en esa disposición ordena que los preceptos

legales sean dictados no siempre, sino que sólo cuando la Constitución les permite regular o complementar el ejercicio de las garantías constitucionales o limitarlas donde ella en texto expreso lo autoriza.

Téngase análogamente en consideración, en segundo lugar, que existiendo dicha habilitación previa, tales preceptos no pueden afectar los derechos en su esencia, ni impedir su libre disfrute por la vía de condiciones, tributos o requisitos. De manera que retiene pleno sentido la aguda puntualización que, a propósito de la potestad de la ley en la Constitución de 1925, formuló José Guillermo Guerra en su bien difundido libro⁵². En éste, repetidamente él anotó que existen límites a las limitaciones que el Poder Constituyente facultó imponer al órgano legislativo constituido.

Queda pues perfectamente claro que, en virtud del numeral 26º en estudio el legislador -y con mayor razón la potestad reglamentaria de ejecución carece de la potestad mayor, consistente en impedir una actividad económica cuando ésta es legítima. Queda claro, también, que tampoco puede la ley, invocando tal numeral, desconocer un derecho asegurado y legítimamente ejercido, despojando a sus titulares de él y menos hacerlo con efecto retroactivo. Nítido deviene, además, que la ley no puede discriminar en el trato económico, perjudicando injustamente su disfrute lícito, prodigando exenciones o trazando excepciones destinadas a que ella no rija donde es legítimo.

En tales casos y otros análogos, el legislador tiene que circunscribirse al desempeño de la potestad menor, o sea, a la que le ha sido conferida por la Constitución y que consiste sólo en la regulación del ejercicio del derecho respectivo.

⁵² La Constitución de 1925 (Santiago, Establecimientos Gráficos Balcells, 1929) pp. 130 - 132.

Cabe preguntarse ¿ cuál es la esencia de los derechos y en qué consiste su libre ejercicio ?⁵³.

Util es iniciar la respuesta recordando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, referida específicamente a la esencia de los derechos, la cual en lo pertinente señala:

" (...) debemos entender que un derecho es afectado en su " esencia " cuando se le priva de aquello que es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se " impide su libre ejercicio " en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica "⁵⁴.

En el numeral 24º, concretamente, su núcleo inafectable se encuentra en el **derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales**, de los cuales nadie puede ser privado sin que antes sea expropiado y reciba la indemnización plena por el daño patrimonial que le ha sido efectivamente causado, todo sin perjuicio de las limitaciones y obligaciones cuyo respeto hace legítimo el ejercicio del dominio.

Pero tampoco puede el legislador impedir el libre ejercicio de los derechos reconocidos. ¿ Cuándo surge tal impedimento ?

Reconocido el derecho subjetivo público, se sabe ya que es sólo su libre ejercicio el que puede ser limitado por la ley, pero ésto sin impedirlo del todo, porque hacerlo equivale a prohibirlo o proscribirlo, para lo cual la Constitución

⁵³ José Luis Cea Egaña, citado en **supra** nota 18, pp. 287 - 288; y **Actas** citadas en **supra** nota 21, sesiones 106, 212, 213 y 214.

⁵⁴ Considerando 21º de la sentencia pronunciada el 24 de febrero de 1987, Rol Nº 43.

jamás ha facultado al legislador.

Ocurre la misma secuela -y que el Poder Constituyente rechaza- cuando los preceptos legales que, por mandato de la Carta Fundamental, regulen, complementen o limiten los derechos, igualdades o libertades reconocidos imponen condiciones, tributos o requisitos que impiden su libre ejercicio. En otras palabras, se tipifica la traba, obstáculo o impedimento aludidos si para el titular no hay manera razonable, verosímil o practicable de realizar lo que el derecho subjetivo lleva consigo. Esta imposibilidad resulta de la **desproporción entre la regulación establecida por el legislador para cumplir los fines de la Constitución, por una parte, y el libre ejercicio de los derechos subjetivos en ella reconocidos, de otra⁵⁵**. Y decidir cuándo, en concreto, esa desproporción ha ocurrido es asunto casuístico, pues las circunstancias de cada situación deben ser ponderadas para no incurrir en simplificaciones contrarias a lo jurídico.

En suma, el legislador es el único autorizado por la Constitución para regular los derechos fundamentales, pero sin poder afectar su esencia. Y los más ostensibles y reprochables ejemplos de lesión a este derecho inviolable son, exactamente, la **discriminación**, es decir, que la ley no se aplique por igual donde tiene que serlo o se aplique igualmente cuando la justicia reclama que se efectúen diferencias; o la **pretensión de gozar de un dominio irrestricto**, cuando el bien común, articulado en la Constitución, desarrollado por la ley y ejecutado en virtud de actos administrativos reclama que se haga efectiva la función social del dominio.

XIV. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD

Sin perjuicio de cuanto ha sido ya expuesto, para comprender y dilucidar las

⁵⁵ José Luis Cea Egaña citado en *supra* nota 18, pp. 294 - 296.

consultas formuladas, resulta indispensable situarlas, además, en relación con el principio constitucional de legalidad, llamado también, en su acepción más vasta y que cubre el bloque completo de la normatividad positiva⁵⁶, principio de juridicidad. Transitamos así desde la Parte Dogmática a la Parte Orgánica de la Constitución, reconociendo los ligámenes entre ellas y que le infunden unidad y coherencia, cualidades características de un sistema normativo.

15. Dominio Legal Máximo y Mínimo

Prescindiendo de las explicaciones políticas, vinculadas a la soberanía nacional en el régimen democrático, el Principio de Legalidad se justifica, en el ámbito del Derecho, principalmente porque contribuye a la concreción de la seguridad jurídica.

En Chile, dicho principio ha sido formulado por el Poder Constituyente, con la cualidad de **base del Estado de Derecho y del Derecho Público**, en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, preceptos que después son especificados en nexo con los asuntos abordados en los capítulos siguientes de la Constitución.

Conviene precisar que la Carta Fundamental de 1980, a diferencia de su antecesora, contempla en el artículo 60º un **catálogo cerrado, taxativo o no excedible** de las únicas materias que deben ser objeto de regulación por la ley.

De ello resulta que el Poder Constituyente ha consagrado una prohibición cuyo destinatario, como se explicará, es **doble**: Por una parte, respecto de la ley para

⁵⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás - Ramón Fernández citados en *supra* nota 43, p. 365. En el mismo sentido pero más específica y recientemente, consúltese de García de Enterría: **Reflexiones Sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho** (Madrid, Ed. Civitas, 1994) pp. 85 ff.

que se abstenga el legislador de regular materias no previstas en dicho artículo; y por otra aunque ahora con relación a las demás normas jurídicas, o sea, a todas las que son diversas de la ley e inferiores a ésta, para que los órganos respectivos no se ocupen de materias reservadas sólo a aquélla⁵⁷.

En virtud del principio en análisis, la Constitución reserva la regulación de ciertas materias al dominio de la ley en sentido material y exige habilitación previa y expresa de la Constitución o de la ley para que, después los órganos públicos subordinados a una y otra jerarquía de normas, obren válidamente al llevarla a la práctica.

La reserva consiste, por ende, en que el legislador intervenga con antelación al órgano encargado de ejecutar su obra, como asimismo, en que lo haga con respecto a las materias que, por su importancia, el Poder Constituyente ha incluido en el catálogo respectivo.

Por supuesto, la reserva material referida tiene que ir acompañada de normas legales generadas válidamente, es decir, que cumplan los requisitos señalados por la Constitución con respecto a la reserva formal o procesal de la ley en su sentido estricto y genuino. El respeto a la suma concatenada de reserva sustantiva y procesal de la ley permite concluir que el Principio Constitucional de Legalidad ha sido cumplido.

La expuesta fue la tesis sustentada en la historia fidedigna del precepto:

" El señor Bertelsen señala que habría que referirse a la potestad reglamentaria, donde debe figurar una innovación tan

⁵⁷ **Actas** citadas en **supra** nota 21, sesión 355, p. 2.278 (Enfasis agregado).

importante como lo es el cambio en la distribución de las materias propias de ley y de reglamento. Añade que en la chilena, como en la mayor parte de las Constituciones, se ha seguido el sistema del llamado "dominio mínimo legal", conforme al cual se enumeran una serie de materias que necesariamente deben ser reguladas por ley. Dice que en el resto de las materias es posible tanto la intervención de la ley como de la potestad reglamentaria, campo concurrente donde prevalece, por cierto, la disposición de mayor jerarquía, que es la ley. Estima que con ello el campo de actividad del Poder Legislativo llega hasta donde lo desean los legisladores ya que se puede producir una verdadera "elefantiasis" legislativa cuando por vía legislativa se regule todo, sistema que a su juicio debe cambiar como sucedió en Francia y establecerse que el dominio legislativo es máximo y no mínimo, debiendo ser objeto de ley sólo aquellas materias que figuren en una lista taxativa o cerrada.

Dice que el resto caería dentro del campo de la potestad reglamentaria, la cual sale fortalecida al limitarse la actividad legislativa únicamente a las materias que, por su importancia para el país y por su carácter general, deban resolverse con acuerdo del Congreso.

Se aprueba ⁵⁸.

Trasladando lo señalado a la potestad reglamentaria, también la historia fidedigna resulta clara en punto al ámbito que quiso asegurarle el Poder Constituyente en parangón con el dominio legal que hemos descrito:

" El señor Bertelsen indica que sería preciso resaltar la potestad reglamentaria amplia que tendrá el Presidente de la República y precisar el deslinde entre el campo propiamente legislativo y el reglamentario; ver que la norma pertinente a las materias propias de la Ley esté señalada en el capítulo de la formación de las leyes, e indicar, por exclusión, que el resto cae en el ámbito de

⁵⁸ Id., sesión 355, p. 2.278 (Énfasis agregado).

la potestad reglamentaria⁵⁹.

(...)

El señor Bertelsen afirma que habrá dos tipos de reglamentos que conceptualmente pueden distinguirse, aún cuando no sea necesario hablar de ello en la Carta Fundamental, como son los reglamentos autónomos, que regulan materias que no son de ley, y los reglamentos de ejecución, que desarrollan, detallan y llevan adelante las disposiciones legislativas, tarea esta última del Poder Ejecutivo, de donde emana su denominación (...).

El señor Guzmán estima de gran trascendencia la materia, y considera interesante hacer una detallada fundamentación de ella en el memorándum recalcando la congruencia que existe entre ese criterio y la concepción del gobierno moderno en cuanto ser el conductor de la vida nacional, especialmente en los planos económico, administrativo, internacional y social. Piensa que ésa es una de las innovaciones más trascendentes que se introducen en la nueva Carta.

El señor Ortúzar (Presidente) recuerda que durante muchos años el legislador penetró abusivamente en el campo de la potestad reglamentaria, lo que viene a reforzar el planteamiento.

Se aprueba ⁶⁰.

16. Complementación del Legislador y la Administración

Con sujeción al Principio en estudio, queda vedado a todo órgano con potestad normativa subordinada o secundaria la regulación de las materias situadas en el

⁵⁹ Id., sesión 345, p. 2.094 (Enfasis agregado).

⁶⁰ Id., sesión 355, p. 2.279 (Enfasis agregado).

dominio máximo del legislador, sea para evitar la dictación de preceptos legales cuando la Constitución exige que sean dictados; o para inmiscuirse en ese ámbito exclusivo del legislador.

Empero esas normas secundarias deben complementar la regulación efectuada por el legislador con la finalidad de lograr la cabal aplicación de lo dispuesto en la ley⁶¹. Los preceptos legales, bien se comprende, no son autoaplicativos, de modo que jamás resulta realmente posible, ni siquiera imaginable, que el legislador mismo sea quien cumpla lo preceptuado por él⁶².

Por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, en consecuencia, nunca excluirá del todo la intervención de los órganos administrativos.

La clave para resolver el asunto estriba, por ende, en que el legislador dicte las normas básicas del estatuto respectivo, incluyendo la regulación de los criterios definitorios de la finalidad, contenidos, medios, requisitos y otros elementos esenciales de la ley. Pero, en segundo lugar, que más allá de ese ámbito básico y esencial, rija el Principio de Separación de Organos y Funciones Estatales, con sujeción al cual incumbe a los entes administrativos dictar las normas secundarias y adoptar las decisiones que permitan cumplir lo dispuesto en la ley. Lo típico de la reserva legal es, en síntesis, que el legislador enmarque la actuación de los órganos administrativos; que delimite por anticipado su competencia; y que habilite a esos

⁶¹ Eduardo Soto Kloss: " La Nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno ", **Revista de Derecho Público** Nº 47 - 48 (1990) pp. 11 ff.; Gustavo Fiamma Olivares: " Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva ", **Revista de Derecho Público** Nº 49 (1991) pp. 91 ff.

⁶² En idéntico sentido véase Enrique P. Rajevic Mosler: " Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada ", **XXIII Revista Chilena de Derecho** Nº 1 (1996) pp. 23 ff.; y Jorge Reyes Riveros: " El Estado Como Regulador, Mediante Ley, del Ejercicio de los Derechos Fundamentales y de Contralor de Dicha Normativa ", **XX Revista Chilena de Derecho** Nº 1 (1993) pp. 69 ff.

órganos para que complementen las normas legales, ciñiéndose a las bases esenciales contenidas en ellas.

17. Reserva Absoluta y Relativa

Fluye de los antecedentes y consideraciones expuestas que la Constitución de 1980 alteró el régimen del dominio legal contenido en la Carta Fundamental de 1925, al fijar como **norma de clausura a la potestad reglamentaria del Presidente de la República**, por la vía de incorporar a la clásica facultad de ejecución de la ley, la denominada **potestad reglamentaria autónoma o extendida**, la cual se ocupa del campo que el Poder Constituyente excluyó de la reserva legal⁶³.

Al mismo tiempo y como ya fue advertido, conviene consignar que es al legislador a quien incumbe decidir el **grado de profundidad, de extensión o de detalle** al que puede llegar en la regulación de las materias de ley. Con ello y consecuentemente, quedará fijado el punto de partida de la potestad de ejecución o subordinada a la ley.

Mas, dicha determinación debe ser efectuada dentro de los parámetros fijados por la propia Carta Fundamental, porque el legislador no está habilitado para abolir o suprimir el ejercicio de la potestad reglamentaria subordinada en su ámbito propio, es decir, de **casuística, circunstancias, complementaciones o, en general, de secundaria normatividad**. De allí que corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse acerca de la eventual vulneración en que incurra la ley o el reglamento, a raíz

⁶³ Sobre el sistema imperante bajo la Constitución de 1925, véase Alejandro Silva Bascuñán: **III Tratado de la Constitución** (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1963) pp. 150 - 151. En cuanto al sistema adoptado por la Nueva Constitución, consúltese José Luis Cea Egaña: "Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980", **XI Revista Chilena de Derecho** (1984) pp. 418 - 419.

de haber su autor invadido el campo de competencia que le es ajeno y prohibido⁶⁴.

Por eso y en punto a la minuciosidad que corresponde al legislador, por un lado, y a la que incumbe al reglamento, de otro, siempre obrando este último dentro de la esfera de la legalidad⁶⁵, he señalado que:

" Cumplido el requisito esencial de la habilitación constitucional o legal previa es posible, empero, que tal habilitación sea conferida con distintas modalidades de amplitud y profundidad en la regulación complementaria que exigen aquellas disposiciones superiores.

Eso es algo que depende de los términos con que el Poder Constituyente la otorgue u ordene que lo haga el legislador en sus variadas jerarquías o diversas especies (...) "⁶⁶.

Y se vincula con el tópico que me ocupa la serie de clasificaciones que hice en la monografía ya citada, en la cual destaco que al tenor del artículo 61º inciso 2º de la Constitución:

" La habilitación jurídica es de vinculación positiva cuando el órgano estatal debe actuar de conformidad con o en sujeción estricta a la ley habilitante, en la cual se halla prefijada la actuación de tal órgano. Será en términos de vinculación negativa, por el contrario, si dicha actuación debe tan sólo ajustarse a la ley en el sentido de ser compatible con ella o de no contradecirla.

(...)

⁶⁴ Recuérdese el inciso 1º N° 5º y N° 12º y los incisos 11º y 16º, todos del artículo 82º de la Constitución, en armonía con los artículos 48º y 50º de la ley N° 17.997, Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁶⁵ Considerando 5º de la sentencia pronunciada el 17 de mayo de 1994, Rol N° 183 (Énfasis agregado).

⁶⁶ José Luis Cea Egaña: " Sobre el Principio de Legalidad Presupuestaria " en XIX *Revista Chilena de Derecho* N° 3 (Septiembre - Diciembre de 1993) p. 417 (Énfasis en el original).

Desde un segundo punto de vista, se trata de una habilitación que puede ser otorgada en sentido más o menos absoluto o relativo.

Es del primer tipo si la Constitución ha reservado a la ley, de manera bastante prolija y casi exclusiva, el ejercicio directo o por sí misma de la potestad reguladora respectiva. En cambio, será relativa si la Carta Fundamental reserva a la ley la competencia para regular una materia, pero nada más que en términos de bases, parámetros o criterios generales, entregando la pormenorización de ella a la potestad reglamentaria (...)⁶⁷.

18. Recapitulación

Util es recapitular las consideraciones expuestas, para confrontarlas con las cuestiones que me han sido consultadas. Consecuentemente, afirmamos que:

- Hoy existe en la Constitución el dominio máximo, taxativo y cerrado de la ley, previsto en su artículo 60°. En ese ámbito de materias sólo tiene competencia el órgano legislativo, siguiendo el procedimiento constitucionalmente fijado y para regular las materias enumeradas en aquel dominio, prohibiéndose al legislador sobrepasar el marco así definido;

- El dominio máximo legal se conjuga con la norma residual o de clausura, contemplada en favor de la potestad reglamentaria autónoma o extendida, en el artículo 32° N° 8° del Código Político. Por ende, no es norma de clausura en sentido alguno la potestad reglamentaria subordinada a la ley, destinada a la ejecución de ésta y que tiene circunscrita su competencia nada más que a la implementación de lo que el legislador haya preceptuado;

⁶⁷ Id.

- Tal potestad de ejecución o subordinada es infraconstitucional y sublegal, estándole reconocida la habilitación para complementar lo preceptuado en las leyes, mediante detalles, disposiciones de tipo administrativo, pormenorizaciones y otras reglas secundarias;

- Jamás puede aquella potestad establecer requisitos, sentar prohibiciones, efectuar distinciones o trazar discriminaciones ni, en general, regular -con injerencias, obligaciones de los afectados o intervenciones estatales- el ejercicio de los derechos fundamentales, porque todo esto se halla, en texto expreso y contexto diáfano, entregado a la ley;

- Tampoco está en ningún caso permitido que la potestad reglamentaria autónoma o extendida regule lo que se halla reservado a la ley;

- Excluida queda toda norma infrareglamentaria de lo que tampoco es dado disponer al reglamento supremo;

- Ciertamente, la reserva legal no es licencia para que el legislador prescinda de los principios y normas de la Constitución, de modo que estos marcan el ámbito de la potestad legislativa sometida a la supremacía del Código Político en sus aspectos formal y sustantivo;

- Incumbe al Tribunal Constitucional, en definitiva, resolver los conflictos que se susciten en el ejercicio de una y otra de las competencias normativas explicadas, al tenor del artículo 82º inciso 1º Nº 5º y Nº 12º de la Carta Fundamental. Por consiguiente, esa Magistratura debe decidir, en casos concretos, si el legislador descendió al nivel de los detalles propios de la potestad reglamentaria o si, por el contrario, el Presidente de la República penetró en el dominio, más alto y

trascendental, de la ley sustantiva y procesalmente concebida o, en fin, si la ley o el reglamento quebrantan, medularmente, la esencia de los derechos y garantías aseguradas a todas las personas en el Código Político; y

- Por último, la reserva legal descrita no tiene siempre la misma intensidad, debiendo ser realzado que, a propósito de las garantías constitucionales, dicha reserva es fuerte y estricta, recortando con ello en gran medida el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución en los artículos 5º, 6º, 7º, 19º N°s 2º, 12º y 26º, 60º N° 20º y 61º inciso 2º de la Ley Suprema, así como privando por completo de competencia en la especie a la potestad reglamentaria extendida o excluyendo a ambos tipos de potestad.

19. Jurisprudencia

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en diversas sentencias, sobre el Principio de Legalidad. La doctrina que fluye de esa jurisprudencia puede ser resumida diciendo que, en las últimas tres sentencias, la Magistratura mencionada ha acogido la tesis dúctil o flexible en la materia, armonizando el dominio de la ley con el de los órganos encargados por la Constitución de llevarla a efecto.

Transcribimos a continuación los dos últimos pronunciamientos aludidos, limitándonos a citar, por razones de espacio, el primero de ellos⁶⁸:

“ Que de la simple lectura de las normas reproducidas en los considerandos precedentes, se infiere con nitidez que los artículos pertinentes de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones sólo se han limitado a cumplir, rigurosamente, con lo dispuesto en el

⁶⁸ Considerando 2º de la sentencia pronunciada el 17 de mayo de 1994 (Rol N° 183), sobre Decreto Supremo que reajustó tarifas de Peaje.

artículo 70º de la Ley, a fin de que ésta pueda producir plenos efectos jurídicos. En esta forma la actividad del Organismo Gubernamental aparece enmarcada dentro de las atribuciones denominadas por el artículo 32º N° 8º de la Carta Fundamental como "Potestad Reglamentaria de Ejecución" (...) conforman un solo todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos inherentes a toda urbanización (...).

(...) la petición de inconstitucionalidad de las disposiciones respectivas conlleva necesaria e ineludiblemente el emitir un pronunciamiento material implícito sobre la constitucionalidad de un acto del Poder Legislativo, porque el Presidente de la República se ha limitado a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal en estricta sujeción a lo que éste dispone. En otras palabras, lo que en estricto derecho se hace es enjuiciar un acto del Poder Legislativo, porque lo que en verdad se objeta es la constitucionalidad de la ley en que se sustenta el Reglamento.

(...)

Que aceptar que mediante la declaración de inconstitucionalidad de un decreto se enjuicie implícitamente el contenido de una ley, importaría vulnerar gravemente un conjunto de normas constitucionales que consagran, mediante el reparto de competencia, el principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y, así también, en rigor, las atribuciones exclusivas de los distintos Poderes del Estado (...). Y por último, desde la perspectiva de la realidad de las cosas que se enunció en los considerandos anteriores, se invadiría el campo propio del Poder Legislativo (...).

(...)

Que, sin embargo, esta tesis no es absoluta, pues en el evento que el reglamento se apartara de la ley en consonancia con la cual se dicta, se produce la desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico (...) la ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que **complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico** (...). Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina "razonabilidad técnica", y que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los **finés postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento**

para lograrlos. (...) ⁶⁹.

Confirmando lo expuesto en la sentencia recién transcrita, pocos días después el Tribunal Constitucional afirmó:

" Que el principio de legalidad aplicado a la Ley de Presupuestos requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica (...).

La diversidad de situaciones que pueden presentarse en la ejecución de la Ley de Presupuestos imposibilitan una previsión total por parte del legislador. En efecto, lo complejo y dinámico no puede regularse íntegramente con anticipación ni puede tampoco su normativa reducirse a esquemas interpretativos apriorísticos.

En esta contingencia, el otorgamiento al Ejecutivo de facultades de ejecución resulta inevitable para el buen funcionamiento de la acción estatal.

Si no se reconociera al órgano administrativo la posibilidad de acción directa, la Ley de Presupuestos quedaría congelada y sin operatividad. Con razón se sostiene en la doctrina que el Ejecutivo es el órgano estatal encargado de instrumentar y efectivizar esta ley;

(...)

Esto significa que el principio constitucional de legalidad del gasto público debe ser concebido en términos flexibles o relativos, o no rígidos o absolutos, porque es la propia Constitución la que habilita al legislador para obrar así, concretamente, en el artículo 32º N° 22º.

(...)

Siendo así, el principio de la legalidad financiera en Chile está conformado por el juego armónico de las normas contenidas en la Constitución, en las leyes y en los decretos que implementen el

⁶⁹ Considerandos 4º, 5º, 7º y 9º de la sentencia pronunciada el 15 de abril de 1997 (Rol N° 253) (Enfasis agregado).

Presupuesto ⁷⁰.

20. Derecho Comparado

Nuestra transcripción de la historia fidedigna permitió constatar que la Carta Fundamental de Chile siguió, muy de cerca, a la de Francia en el tópic de la reserva legal. Pertinente es, por ende, insertar acápites de la doctrina francesa más autorizada en el rubro, para comprender el sentido legítimo de tal dominio legal.

De la lectura siguiente fluirá que el dominio legal máximo **no es ni puede ser concebido en términos absolutos, pétreos, agotadores en los detalles, rígidos y excluyentes** de la colaboración que, siempre, tiene que recibir el legislador de los órganos públicos competentes para ejecutar sus preceptos, por necesidad generales, abstractos y contraídos a las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Tal aseveración, como veremos, se sostiene con idéntico vigor a propósito de la reserva legal fuerte o absoluta:

“La reserva absoluta implica acudir al legislador para que regule íntegramente una materia. Ella excluye, entonces, la posibilidad de intervención de la potestad reglamentaria. Por el contrario, la reserva relativa exige solamente que el legislador regule los elementos fundamentales de la materia respectiva. La ley puede conformarse con trazar las orientaciones generales y determinar los fundamentos normativos, confiando a la potestad reglamentaria la misión de desarrollar los puntos concretos. Es suficiente que las regulaciones legislativas sean aptas para encuadrar el ejercicio de las potestades normativas gubernamentales. Aquí, la Administración dispone de una facultad de colaboración con el legislador para reglamentar la materia (...).

La reserva de ley, entonces, es de geometría variable

⁷⁰ Considerandos 18º y 19º de la sentencia pronunciada el 22 de abril de 1997 (Ról N° 254. Énfasis agregado).

(...).

En definitiva, la reserva legal absoluta exige, ciertamente, una regulación legislativa más completa que la reserva relativa. Sin embargo, aún en ella subsiste un espacio normativo para el reglamento ejecutivo de la ley (...). Esta solución se justifica en la medida que la ley se halla en la imposibilidad de prever sus propias modalidades de aplicación (...). En efecto, sólo el acto administrativo, por su naturaleza intrínseca, tiene la posibilidad de entrar en los detalles, considerar el conjunto de configuraciones prácticas que vuelven aplicable la ley, y de adaptarse rápidamente a su evolución⁷¹.

Idéntico planteamiento puede encontrarse en la doctrina española, dos de cuyos más autorizados exponentes lo han sostenido así en su más conocida obra⁷².

CUARTA PARTE CONSULTAS PLANTEADAS Y RESPUESTA A ELLAS

En el marco de antecedentes y consideraciones expuestas, pasa ahora el dictaminante a absolver las dudas de constitucionalidad que le han sido planteadas.

XV. PATENTE NO AFECTA ESENCIA DEL DOMINIO

Se me consulta, en primer lugar, si el establecimiento de una patente por no uso de las aguas respeta el derecho de propiedad que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19º Nº 24º o, por el contrario, si lo lesiona en su núcleo esencial.

⁷¹ Jérôme Tremeau: **La Reserve de Loi. Competence Legislative et Constitution** (Aix en Provence, Presses Universitaires D'Aix -Marseille, 1997) pp. 46 ff.

⁷² Eduardo García de Enterría y Tomás - Ramón Fernández citados en **supra** nota 43, especialmente pp. 243 a 249 y 261 a 263.

El dictaminante inicia su respuesta a tal consulta puntualizando que ha sido aclarado ya que la normativa en análisis no cercena el dominio en ninguna de sus facultades y atributos esenciales, porque lo que hace es regular su ejercicio para que sea legítimo y no abusivo, al imponer una carga tributaria derivada de la función social. Trátase, en efecto y con precisión, de una obligación originada en los intereses generales de la Nación, la utilidad pública y la conservación del patrimonio ambiental, triple y copulativa causalidad prevista, en texto expreso, con el carácter de intrínseca o inherente a aquella función.

Las razones que llevan al legislador a proyectar la normativa sobre patentes constan en los anales fidedignos de las normas respectivas. De esos anales fluyen también, con cualidad inequívoca, la proporcionalidad del gravamen en relación con el fin lícito perseguido con ella. Resulta, entonces, que esos preceptos en gestación contienen una obligación impuesta al ejercicio de la propiedad, fundada en la función social de ella, dominio que subsiste incólume en su núcleo esencial, como está ya dicho.

Efectivamente, el derecho de propiedad se integra no sólo con atributos y facultades esenciales vinculadas a su ejercicio, sino que también conlleva deberes para que aquel sea legítimo y no abusivo. La jurisprudencia y doctrina que hemos transcrito así lo deja establecido.

Pues bien, a la luz de la Carta Fundamental, ocurre que la ley es la única especie de norma jurídica que puede imponer limitaciones y obligaciones al dominio, siempre que deriven de su función social. Y no se olvide que esta comprende, entre otras materias, cuanto exija el interés general de la Nación, la utilidad pública y la conservación del patrimonio ambiental. Esos tres conceptos integran dicha función, son parte inseparable de ella y jamás pueden concebirse

desvinculados de las obligaciones y limitaciones referidos. Por eso es que, objetivamente, reducen a menores límites el ámbito normal de disfrute de la propiedad, armonizando el interés del titular con el bien común o progreso colectivo.

Síguese de lo expuesto, además, que no es la potestad reglamentaria de ejecución la que configura e impone la patente, sino que ello ocurre en virtud de la ley. Esta se halla, asimismo, pomenorizada en todos los elementos configurativos del estatuto respectivo, incluyendo los elementos de la obligación tributaria. Nada sustancial, por ende, queda delegado en aquella potestad, la cual se ve así encuadrada en el rol de complementación y ejecución que le son característicos.

Puede reputarse cualitativamente **razonable y moderada** en su cuantía la obligación comentada. Además, es nítido que ella responde a criterios y parámetros **técnicos y objetivos**, sustentados en la experiencia, así como en datos, documentos, estudios e informaciones confiables y numerosos. Nada hay tampoco que se deje entregado a la discrecionalidad administrativa. La **finalidad de la proposición es**, por último, **incuestionablemente legítima** como consta de los textos en que ella ha sido expresamente descrita.

No puede cuestionarse, por ende, la constitucionalidad del proyecto en tal sentido. Es por completo sostenible ante el Código Político que se imponga la patente a todos los derechos de aprovechamiento, sean consuntivos o no, eventuales o permanentes, puesto que el tributo **no se impone al derecho**, de lo cual se sigue que su naturaleza diversa es irrelevante, sino que recae sobre el uso que de ese derecho haga el titular.

Más todavía, si dicho uso existe, entonces no hay gravamen. Es el desuso, es decir, **el desaprovechamiento de las aguas lo que causa y justifica la obligación**

referida⁷³.

Por consiguiente, la obligación que pesa sobre el titular de un derecho de aprovechamiento consuntivo en orden a restituir las aguas que utilice, lo exime del pago de la patente por su utilización, con independencia de la obligación de devolver. Empero, si no usa las aguas, aunque sea parcialmente, debe pagar la patente, puesto que la eventualidad de la devolución no se vincula con la carga tributaria, sino que con el derecho de aprovechamiento en sí mismo.

Hemos también observado que el proyecto distingue, para la determinación de la tasa impositiva, entre derechos consuntivos, no consuntivos y eventuales o permanentes. Tal diferenciación resulta razonable, puesto que la naturaleza disímil de aquellos derechos hace necesario trazar tal diferencia legítima. Pero, reiteramos que nada habilita para eximir a unos derechos y no a otros de dicho pago, pues lo que la patente grava es el desuso o desaprovechamiento de las aguas concedidas, independientemente de la naturaleza del derecho real pertinente en sí mismo. Este no se pierde por aquel desaprovechamiento, salvo que su titular lo desampare al no pagar la patente y culminar el subsecuente procedimiento ejecutivo.

En suma, al dictaminante le asiste la convicción que el establecimiento de una patente por la ley a raíz del desuso de las aguas concedidas respeta la Constitución, pues impone una obligación sobre la base de antecedentes razonables, objetivos y técnicos, fundada en tres elementos intrínsecos de la función social del

⁷³ Procede aquí recordar el sentido natural y obvio de las palabras, teniendo así presente que aprovechamiento es la acción y efecto de aprovechar, siendo este verbo significativo de emplear útilmente alguna cosa, hacerla provechosa o sacarle el máximo rendimiento.

Véase I Diccionario de la Lengua Española (Madrid, Ed. Espasa - Calpe, 1992) p. 174.

dominio, sin afectar en su esencia este derecho, el bien sobre el cual se ejerce ni los atributos y facultades esenciales del mismo.

XVI. GRAVAR DERECHOS VIGENTES ES CONSTITUCIONAL

En segundo lugar, se me consulta si la patente puede imponerse a los derechos de aprovechamiento constituidos con anterioridad a la reforma y actualmente vigentes.

Una vez más, estima el informante que la respuesta a dicha interrogante debe ser afirmativa, puesto que no existe norma constitucional o legal alguna que prohíba al legislador imponer tributos a bienes o actividades que existan con anterioridad a la ley que los crea o prosigan desarrollándose al momento de quedar legalmente gravado.

Lógica y jurídicamente absurdo es sostener que existe un derecho adquirido en punto a quedar libre de cargas tributarias porque la legislación no las había aún previsto. Más contrario al buen juicio, inseparable del raciocinio jurídico, es argüir que tal liberación de obligaciones pecuniarias se funda en que es legítimo desaprovechar los bienes que han sido concedidos para que se haga de ellos el uso legítimo. Por último, menos atendible todavía es ante la Constitución y las leyes aducir que aquella y éstas facultan para abandonar el aprovechamiento referido, olvidando que el dominio sobre derechos emanados de la concesión obliga a usarlo para el destino que su función social indica y exige.

No hay razón atendible, por ende, para sostener que los derechos de aprovechamiento de aguas, o cualquier otro bien o actividad legítima, no puedan ser gravados tributariamente, sino que sólo aquellos que existan, nazcan o se desarrollen

con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la respectiva ley tributaria. Con ello, se cercenaría la potestad impositiva del Estado, se atropellaría la función social del dominio y quedaría sin vigencia lo dispuesto en los artículos 19° N° 20° y 62° inciso 4° N° 1° de la Constitución, salvo para gravar bienes o actividades sólo desde que se emprendan o comienza a llevarselas a destino

Nunca debe olvidarse que, aun antes que la idea de función social fuera incorporada a la Carta Fundamental de 1925, ya el Código Civil definió, en su artículo 582°, el dominio en términos no absolutos, sino que restringidos por la ley y el derecho ajeno, incluido el de la comunidad nacional a su bienestar colectivo. Y tampoco cabe ignorar lo prescrito, desde 1861, en la **Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes**, en cuyo artículo 12° se lee que **todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.**

Lo que el legislador tributario no puede hacer es gravar bienes o actividades con efecto retroactivo, esto es, someterla al pago de esas obligaciones por actividades o hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la norma. Pero es perfectamente constitucional que bienes o actividades en curso no gravadas con anterioridad, lo sean a partir de un momento que, razonablemente, determine la nueva carga impositiva. El plazo que el proyecto contempla, en este sentido, corrobora la sensatez con que ha sido concebido.

En la especie, efectivamente, el legislador proyecta, conforme a los artículos transitorios, un lapso holgado para que entre en vigor la norma impositiva que establece, permitiendo a sus destinatarios efectuar las adecuaciones y adoptar las decisiones que les resulten más convenientes o necesarias.

Inatendible se toma, igualmente, decir que la norma proyectada es inconstitucional porque el no pago de la patente conlleva la pérdida del derecho de aprovechamiento y que, como es correcto, las causales de caducidad sólo pueden hallarse previstas, con anterioridad, en el título respectivo. Puesto que el procedimiento de remate, previsto y regulado en la ley que se gesta, no es una causal de caducidad, sino que la sanción por el incumplimiento de la obligación tributaria, por el desamparo del derecho de aprovechamiento, al punto que el interesado puede enervar dicho procedimiento pagando el tributo adeudado, más una cantidad similar a título de multa por la obligación impositiva que no ha cumplido.

En suma, asiste al dictaminante la convicción que, al establecer la patente respecto de todos los derechos de aprovechamiento por el no uso de las aguas, incluso aquellos constituidos u otorgados con anterioridad a la nueva ley, el proyecto no sólo es sustantivamente justo, sino que también coherente con la Constitución, puesto que nada impide al legislador obrar así. Por el contrario, es su deber contribuir al bien común. Lo contrario sería configurar una discriminación odiosa, de favor o beneficio injustificado para quienes han obtenido la condición respectiva, diferencia arbitraria que está vedada por el artículo 19° N°s 2° y 22° del Código Político.

XVII. HAY AFECTACION ESPECIFICA PERO CONSTITUCIONAL

En tercer lugar, se me consulta si la afectación específica con que se caracteriza a la patente por no uso de las aguas se ajusta lo dispuesto en el artículo 19° N° 20° de la Constitución, especialmente, en sus incisos 3° y 4°.

Al tenor de lo preceptuado por el artículo 129° bis 16 de la iniciativa resulta evidente para el dictaminante que, en la especie, concurren todos los requisitos contemplados en el artículo 19° N° 20° inciso 4° de la Constitución, por cuanto el

legislador ha decidido afectar, en su mayor parte, el tributo proveniente del cobro de la patente por no uso de las aguas a la región y comuna respectiva.

Con el objeto de evitar confusiones y por razones de certeza jurídica, el elemento referencial que emplea el legislador es el Conservador de Bienes Raíces donde se hayan inscritos los derechos de aguas de que se trate.

La evidente vinculación o afectación entre la patente por no uso de las aguas o el producto del remate del derecho por incumplimiento de la obligación tributaria, de un lado, con el lugar donde se encuentran esas aguas, de otro, torna incuestionable la facultad del legislador para afectar, específicamente, a la región y comuna correspondiente el producto de la obligación pecuniaria o el del subsecuente y eventual remate.

Entiéndase bien, entonces, que el legislador puede no afectar el tributo, destinando los recursos a rentas generales de la Nación, pues nada lo obliga a obrar como consta en el proyecto. Empero, ha decidido autorizar la aplicación del mismo por su clara identificación regional o local, cumpliendo para ello lo dispuesto en el inciso 4º del numeral 20º del artículo 19º de la Constitución. En el caso que nos ocupa se cumplen dichas exigencias, porque se trata de una de las excepciones allí previstas al principio de inafectación de los tributos a destinos específicos.

En suma, es facultad del legislador afectar o no un tributo cuando existe una clara identificación regional o local. En el proyecto cuyo examen me ocupa así lo ha hecho con la patente por no uso de las aguas, conforme a los criterios objetivos que constan, especialmente, en el artículo 129º bis 16 de la iniciativa.

XVIII. ATRIBUCIONES RESPETAN PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Finalmente, se me consulta si las atribuciones que, en el proyecto de reforma al Código de Aguas, se confieren a la autoridad administrativa, especialmente a la Dirección General de Aguas, respetan o no el Principio Constitucional de Legalidad.

Responde el dictaminante manifestando que dicho proyecto no vulnera el Principio aludido, porque se atiene a la competencia asignada en la Carta Fundamental tanto al legislador cuanto de los demás órganos encargados de normar y aplicar la ley.

Imperativo es tener presente que el respeto del Principio Constitucional de Legalidad no puede significar el absurdo de pretender que todo proceso económico, hasta en sus detalles ínfimos, sea regulado, de modo directo e inmediato, por la ley misma. Ello importaría, desde luego, excluir a las demás autoridades competentes dentro del Estado de Derecho, quebrantando con ello el Principio de Separación de Organos y Funciones contemplado en el articulado del Código Político. Pero, todavía más, la tesis del legalismo extremo, por la rigidez que imprime a los textos legislativos, desemboca en la imposibilidad de ejecutar la ley y, por ende, de cumplir lo ordenado en la Carta Fundamental. Obviamente, toda hermenéutica que lleve a tan absurda secuela tiene que ser desestimada de plano. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, transcrita en este Informe, así lo ha sostenido.

Debemos reconocer, por ende, que el proyecto de ley regula en términos completos y suficientes cuanto debe ser normado por la ley. El legislador, en efecto, ha sido cuidadoso al habilitar, expresa y específicamente, a la autoridad

administrativa, especialmente, a la Dirección General de Aguas, para cumplir las atribuciones que allí se le confieren.

Más todavía, con las últimas indicaciones del Presidente de la República se acota aún más la competencia de esa Dirección en las decisiones que suscitaban temor por la discrecionalidad administrativa, contemplándose ahora la **dictación previa de reglamentos supremos** para que puedan ser aplicadas. Entiéndase bien: No se trata de que esa autoridad establezca los requisitos y limitaciones que juzgue, discrecionalmente, convenientes o necesarios para el cumplimiento de un fin, determinado en sede administrativa. Por el contrario, la competencia de ese órgano es **específica**; se refiere a **asuntos concretos y bien determinados** en el proyecto de ley mismo; opera sobre la base de los supuestos y dentro de los parámetros fijados por el legislador; se encuadrada en el marco de la legislación orgánica de la Dirección y, por ende, **bajo el imperio de los órganos jurisdiccionales** que hacen respetar el Derecho y se configuran recursos judiciales y administrativos, especialmente concebidos al efecto, deducibles sin perjuicio de los demás ya previstos en nuestro sistema jurídico.

Sensatamente inconcebible se toma, por consiguiente, sostener que el proyecto no regula, como debe hacerlo, los asuntos que me ocupan. Antes bien, lo que el proyecto omite, cumpliendo su obligación constitucional de así hacerlo, es entrar en la casuística circunstanciada, congelante de la ley, que la convierte en impracticable y perecedera. Eso no es cumplir lo ordenado en el artículo 60° N° 20° de la Carta Fundamental, o sea, **que la ley se limite a trazar los principios y normas básicas del estatuto jurídico** respectivo, fijando su finalidad, los sujetos activos y destinatarios de ella, los requisitos y procedimientos sustanciales que ha previsto y otros asuntos de semejante densidad dispositiva.

La reserva legal no es jamás, ni siquiera en los casos aislados y extremos, absoluta o total. Por fuerte que sea ella, siempre la reserva legal tendrá, inevitablemente, algún grado de relatividad. Tanto es así que, incluso en los ámbitos donde la reserva de ley es más intensa, como ocurre en materia penal o tributaria, quedan espacios para la ejecución, al tenor del artículo 19° N° 3° inciso 8° y N° 20° del mismo artículo. Con mayor razón debe comprenderse que ello tiene que ser así en el ámbito de las actividades económicas, cuya infinita gama de casos y circunstancias, de procesos y maniobras, de resquicios y anomalías, de cambios y opacidades, presentes o presuntas, suceden con reconocida frecuencia.

Estimamos, en consecuencia, que el proyecto de ley, en cuanto dice relación con las atribuciones que confiere a la autoridad administrativa para los propósitos acotados que en el mismo se indican, cumple cabalmente con el Principio Constitucional de Legalidad.

CONCLUSIONES

El establecimiento de una patente por el no uso de las aguas respeta la Constitución, pues impone una obligación sobre la base de antecedentes razonables, proporcionados al fin y objetivos en su acreditación, fundada en la función social del dominio, sin afectar el núcleo esencial de este derecho, el bien sobre el cual se ejerce ni los atributos y facultades esenciales del mismo.

Tal función abarca los tres elementos, al menos, que fundamental la constitucionalidad de la obligación pecuniaria referida, haciéndola inobjetable en su legitimidad.

Al establecerse tal patente respecto de todos los derechos de

aprovechamiento, incluso aquellos constituidos u otorgados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, se respeta la Constitución, puesto que nada impide al legislador obrar así. Lo contrario sería configurar una discriminación odiosa, vedada por el artículo 19° N°s 2° y 22° de la Carta Fundamental e inconciliable, además, con los **Principios Generales del Derecho** que rigen en Chile, articulados en el Código Civil y en la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

El legislador puede afectar un tributo cuando considere, fundadamente, que existe una clara identificación regional o local. Así lo hace con la patente por no uso de las aguas, conforme a los criterios objetivos que constan, especialmente, en los anales fidedignos del artículo 129° bis 16 de la reforma en tramitación.

En fin, el proyecto de ley, en cuanto dice relación con las atribuciones que confiere a la autoridad administrativa, da cumplimiento al Principio Constitucional de Legalidad y se ajusta, además y plenamente, al Principio de Reserva reglamentaria contemplado también en nuestra Carta Fundamental.

Santiago, 7 de Junio de 1999



JOSE LUIS CEA EGAÑA