

## **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DE AGUAS. EL ESTADO DE TRAMITACIÓN Y DEBATES QUE HA ORIGINADO**

GONZALO ARÉVALO CUNICH  
*Profesor de Derecho de Aguas*  
*Pontificia Universidad Católica de Chile*

Sumario: I. Breve síntesis del estado de tramitación del proyecto: II. Fundamentos del proyecto: III. Objetivos fundamentales del proyecto: IV Observaciones que se han formulado en contra del proyecto: V. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional dictada a requerimiento de algunos Diputados.

El presente documento tiene por finalidad efectuar una descripción de los aspectos más relevantes del proyecto de ley que modifica el Código de Aguas; el estado de tramitación del mismo en el Congreso Nacional, y los debates que el proyecto ha originado. Para ello, en el primer capítulo se hará una breve síntesis de la tramitación que ha tenido el proyecto, la que comprende los principales materias contenidas en el proyecto original y en las dos indicaciones más importantes que ha tenido. En un segundo capítulo, me ocuparé de la fundamentación del proyecto por parte del Poder Ejecutivo. En el tercer capítulo, señalaré los objetivos fundamentales perseguidos por el proyecto definitivo (indicación de 1996). En un cuarto capítulo, me referiré a las observaciones más importantes de que ha sido objeto el proyecto por parte de los distintos usuarios del recurso hídrico. Finalmente, en un quinto capítulo se analizarán los aspectos más relevantes de la sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada a requerimiento de algunos diputados.

### **I. BREVE SÍNTESIS DE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO**

#### *A) Proyecto original (1992)*

Con fecha 2 de diciembre de 1992, por medio del Mensaje del Presidente de la República, contenido en el Boletín 876-09, y presentado a la Cámara de Diputados, se propuso al H. Congreso Nacional un proyecto de ley que modifica el Código de Aguas. Las modificaciones propuestas fueron agrupadas en cuatro grandes grupos, ellas eran las siguientes:

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

#### *B) Primera Indicación al proyecto de ley (1993)*

Con fecha 30 de septiembre de 1993, el Ejecutivo recogiendo observaciones de la discusión parlamentaria y opiniones de los distintos sectores relacionados con el agua, formuló indicaciones al proyecto de ley, en virtud de las cuales se propone, en síntesis, el pago de una patente para aquellos derechos tanto consuntivos como no consuntivos cuyas aguas no hubiesen sido nunca utilizadas desde su otorgamiento o constitución originales.

Asimismo, se propuso un procedimiento judicial para sacar a remate público aquellos derechos de aprovechamiento cuya patente no hubiera sido pagada. Por último, se perfeccionan las normas relacionadas con las Corporaciones Administradoras de Cuencas Hidrográficas.

*C) Segunda Indicación sustitutiva al proyecto de ley (1996)*

Posteriormente el Ejecutivo estimó pertinente encargar a una Comisión Interministerial Especial, compuesta por funcionarios de los Ministerios de Obras Públicas, Agricultura, Bienes Nacionales, Comisión Nacional de Energía y por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, para que se abocara al estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Aguas, con el objeto de formular las proposiciones y recomendaciones que estimare pertinentes.

Luego de los análisis y estudios correspondientes, la citada Comisión propuso formular una indicación sustitutiva al proyecto original, la que se materializó con fecha 4 de julio de 1996, en que el Ejecutivo envió a la H. Congreso Nacional la indicación correspondiente con el Mensaje N° 005-333. (Boletín 876-09 de 4 de julio de 1996).

La iniciativa legal originada en un Mensaje enviado por el Ejecutivo a la H. Cámara de Diputados, con fecha 2 de diciembre de 1992, después de un largo estudio, fue aprobada el 18 de agosto de 1997, en su primer trámite constitucional, por 61 votos a favor, 32 en contra y 16 abstenciones.

Es importante destacar que ante el requerimiento de algunos Diputados con fecha 13 de octubre de 1997, en la causa Rol N° 260, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia relevante para los efectos del proyecto. En efecto, a juicio de algunos Diputados el proyecto transgredía en múltiples disposiciones el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República, por cuanto en su opinión establecía limitaciones que afectaban seriamente la adquisición de los derechos de aprovechamiento de aguas, las cuales, en todo caso, debían haber sido votadas de conformidad al quórum establecido para las leyes de quórum calificado, por así indicarlo el inciso final de la norma constitucional indicada.

Atendida la importancia de dicha sentencia, ella será objeto de un análisis más profundo en el capítulo final de este documento.

El proyecto ingresó al Senado el 26 de agosto de 1997, disponiendo la Sala que fuera despachado en primer informe por una Comisión Especial y luego por la de Hacienda. Posteriormente, el 10 de noviembre de 1998, la misma Sala modificó el trámite del proyecto, disponiendo que fuera informado, en primer término, por la Comisión de Obras Públicas; después, por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y luego, por la de Hacienda.

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

En cumplimiento de un acuerdo adoptado por los Comités, el 11 de agosto de 1999, ratificado por la Sala en sesión de la misma fecha, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento consideró esta iniciativa legal a lo largo de trece sesiones celebradas durante los meses de junio a noviembre de 1999 y enero de 2000.

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

Finalmente, cabe señalar que los artículos 129 bis 10 al 129 bis 18, ambos inclusive (según numeración de la Comisión de Hacienda) del numeral 8 y los incisos tercero y cuarto del artículo 147 bis nuevo que se intercala mediante el numeral 13, deben ser aprobados con quórum de ley orgánica constitucional por incidir en la organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución Política de la República en relación con el artículo 63, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

## II. FUNDAMENTACIÓN DEL PROYECTO

El Ejecutivo resumió la situación del problema del agua en Chile y la necesidad de la modificación del DFL N° 1.122, de 29 de octubre de 1981, que fijó el texto del Código de Aguas, en los siguientes términos:

*a) Escasez de recursos hídricos*

Un primer fundamento se encuentra referido a los problemas de escasez a que se verá enfrentada la sociedad chilena en los próximos años. En efecto, el problema de la disponibilidad del recurso hídrico para los próximos años será muy grande. Así, de Santiago al Norte, la disponibilidad de agua por habitante es menor a mil metros cúbicos al año, umbral considerado mundialmente como un severo límite al desarrollo. Asimismo, el nivel de extracción de agua por habitante en Chile es muy alto comparado con los Estados Unidos (1.850 m<sup>3</sup>/hab/año).

Además, de la Octava Región hacia el Norte, casi la totalidad de los recursos hídricos están asignados, con la excepción de algunos recursos eventuales y aguas subterráneas. Finalmente, cabe señalar que actualmente existen del orden de 350.000 derechos de agua constituidos.

*b) Desafíos de la demanda*

Para los efectos de la proposición de modificación del Código de Aguas se consideraron diversos estudios efectuados por la Dirección General de Aguas y por otros organismos estatales, los cuales llegaron a diversas conclusiones, a saber, que los usos domésticos, mineros e industriales se duplicarán en los próximos 20 años. Asimismo, se considera que el uso agrícola aumentará en un 20% en igual período. Finalmente, se calcula que el uso hidroeléctrico puede llegar a ser diez veces el actual a mediados del próximo siglo.

*c) Principales desafíos del medio ambiente*

En relación con esta materia, el Ejecutivo ha planteado la urgente necesidad de combatir la contaminación de los recursos hídricos. Es por ello que se estima fundamental establecer caudales para fines ambientales, como también redes de estaciones de control de calidad, cantidad de las aguas.

*d) Situación actual*

En opinión del Ejecutivo, la legislación actual adolece de excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso. Así, desde la vigencia del actual Código de Aguas se pasó de un sistema relativamente restringido a un sistema excesivamente liberal, que permite solicitar derechos de agua sin ningún tipo de restricción ni proyectos, encontrándose la autoridad (Dirección General de Aguas) en la obligación de conceder los derechos de aprovechamiento de agua en la cantidad y en las condiciones que se pidan, si existe disponibilidad de ellos, no se afecta el derecho de terceros y la solicitud ha cumplido los requisitos legales.

Las actuales dificultades pueden ser debidamente evaluadas, por ejemplo, considerando el número de solicitudes en curso aprobadas y en tramitación de derechos consuntivos, que ascienden a 50.000 metros cúbicos por segundo, comparado con lo que es posible asignar considerando el total disponible en el país, que son 30.000 metros cúbicos por segundo.

La acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país. La mayor parte de los derechos actualmente constituidos lo han sido por una sola empresa; de esta manera, se podría llegar a que, en la práctica, una sola empresa podría controlar casi el 80% de los derechos de agua no consuntivos disponibles.

Se están generando fuertes barreras a la entrada al ejercicio de algunos negocios relevantes para el desarrollo económico del país, originadas en aquellos derechos de aprovechamiento que no se utilizan y para los cuales no se prevé un uso productivo ni siquiera en el largo plazo y que impiden que otros interesados en utilizar dichas aguas puedan hacerlo.

### III. OBJETIVOS FUNDAMENTALES DEL PROYECTO DEFINIDOS EN LA INDICACIÓN SUSTITUTIVA DE 1996

*1. Establecer el pago de una patente por la no utilización de las aguas y un procedimiento judicial de cobranza de las mismas*

El proyecto originalmente sancionaba la no utilización del recurso (se entienden utilizados aquellos derechos que cuentan con obras de captación de aguas) con la caducidad del derecho de agua. Durante la discusión en la H. Cámara de Diputados, se propuso que en vez de caducar el derecho, se

cobrara por el no uso, asimilándose más o menos a lo que sucede en la minería. El proyecto gravaba también la no utilización de los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, lo que fue suprimido en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Existe un caudal mínimo a partir del cual se cobra la patente; están exentos de ésta aquellos derechos de aprovechamiento no consuntivos cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 100 litros por segundo, en las regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 500 litros por segundo en el resto de las Regiones. En el caso de derechos consuntivos, la exención es para los derechos cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 10 litros por segundo en las Regiones Primera a Metropolitana y a 50 litros por segundo en el resto de las Regiones. El pago se inicia a partir de la constitución del derecho pero a posteriori se devuelve éste si el proyecto entra en funcionamiento dentro de ciertos plazos.

De esta manera, la iniciativa legal pretende incentivar el uso de los recursos hídricos por quienes realmente los requieren para fines productivos, incorporando un costo a los actuales tenedores. De este modo, se verán obligados a evaluar la conveniencia económica de mantener los derechos sin uso, pagando patente; darle un uso productivo o finalmente, desprenderse de los mismos, por renuncia o transacción con terceros.

Finalmente, es importante destacar que el Ejecutivo estima que los derechos que podrían quedar afectos a patente por no uso constituyen una fracción muy pequeña de los derechos de agua existentes en el país. Sin embargo, debido a su caudal, ellos tienen gran trascendencia para el desarrollo. Con respecto a la abrumadora mayoría de los derechos, el proyecto es neutro. El grupo objetivo de la patente constituye, aproximadamente, una proporción igual al 1% del total de los 350.000 derechos existentes.

### *2. Modificar el sistema de concesión de derechos de aprovechamiento*

El proyecto genera mecanismos que incentivan a solicitar derechos de aguas cuando existan proyectos productivos y faculta a la Dirección General de Aguas a denegarlos en todo o en parte cuando no se justifique la cantidad de agua pedida.

También se faculta al Director General de Aguas para que mediante resolución fundada, denegar o limitar solicitudes de derechos de aprovechamiento, en aquellos casos en que no se hubiese justificado la cantidad de agua que se necesita extraer atendidos los fines invocados por el peticionario. Para ello, se establece la necesidad de dictar un reglamento, que establezca relaciones técnicas objetivas entre usos del agua y caudales requeridos.

Asimismo, el Presidente de la República podrá mediante decreto fundado, con informe de la Dirección General de Aguas y por circunstancias excepcionales y de interés general, disponer la denegación total o parcial de una solicitud de derecho de aprovechamiento. El decreto correspondiente deberá publicarse por una sola vez en el Diario Oficial, el 1° o 15 de cada mes o primer día hábil inmediatamente siguiente si aquellos fueren feriados. El afectado podrá reclamar de dicho decreto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo de 30 días contado desde la fecha de su publicación.

### *3. Fortalecer el sistema de conservación y protección de aguas y cauces*

El proyecto contempla la creación de la figura del caudal ecológico mínimo. Para ello, la Dirección General de Aguas deberá establecer redes de estaciones de control de calidad, cantidad y niveles de las aguas. Se faculta también 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.

### *4. Considerar la relación entre aguas superficiales y subterráneas para otorgar derechos de aprovechamiento*

Actualmente, la Dirección General de Aguas, por aplicación de la normativa vigente, examina la disponibilidad del recurso, el cumplimiento de la formalidades legales y que no se perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros para proceder a otorgar derechos de aprovechamiento de aguas.

De acuerdo a la normativa vigente se constituyen los derechos de aprovechamiento sin que exista una referencia explícita al tratamiento conjunto de la explotaciones de aguas superficiales y subterráneas de una misma cuenca u hoya hidrográfica.

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

Para evitar esta anomalía, el proyecto impone a la Dirección General de Aguas la obligación de analizar y cuantificar todos los recursos de la cuenca, para determinar si existen las disponibilidades correspondientes en el lugar indicado en la solicitud.

5. *Perfeccionar el procedimiento de regularización de títulos contenido en el artículo 1º transitorio del Código de Aguas*

El artículo 1º transitorio del Código de Aguas establece un procedimiento para regularizar e inscribir aquellos derechos de aprovechamiento que en alguna oportunidad hayan sido inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas respectivo, pero que en posteriores transferencias o transmisiones no lo hubieren sido. En virtud de dicho procedimiento, el interesado puede recurrir al Conservador de Bienes Raíces respectivo solicitando la inscripción de los títulos correspondientes desde su actual dueño hasta llegar a la inscripción de la cual proceden.

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

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

En consecuencia, el proyecto propone modificar dicho artículo en el sentido de establecer con carácter de obligatorio, el informe respectivo de la Dirección General de Aguas, estableciéndose además, la obligatoriedad de publicar la solicitud respectiva en el caso del procedimiento judicial, previsto en el inciso 2º de la norma que se propone.

6. *Establecer obligaciones a los Conservadores de Bienes Raíces en relación con el Catastro Público de Aguas*

La Dirección General de Aguas, por mandato del Código de Aguas debe llevar el Catastro Público de Aguas, en el que debe constar toda la información que tenga relación con ellas. Sin embargo, la Dirección General de Aguas carece de los medios necesarios para exigir que la información respectiva le sea remitida, razón por la cual el proyecto propone normas que obligan a los Conservadores de Bienes Raíces a enviar a la Dirección General de Aguas, copias autorizadas de todas las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que practiquen en el Registro de Agua a su cargo, dentro del plazo de treinta días contado desde la respectiva inscripción, subinscripción o anotación, bajo apercibimiento de incurrir en las sanciones que en dichas normas se indican.

7. *Conceder personalidad jurídica a las comunidades de aguas*

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

#### IV. OBSERVACIONES QUE SE HAN FORMULADO AL PROYECTO

El proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas ha sido objeto de diversas observaciones por parte de los distintos sectores usuarios del agua, entre ellos, la minería, empresas hidroeléctricas, empresas sanitarias, organizaciones de usuarios, agricultores, industriales, etc.

En el presente capítulo se efectuará una breve sistematización de las principales observaciones formuladas en contra del proyecto. En particular, aquellas planteadas en las I y II Jornadas de Derecho de Aguas, donde se presentaron diversas ponencias relativas al proyecto. Para una mejor comprensión de este trabajo, las observaciones se dividirán en dos apartados. En un primer apartado me referiré a las observaciones relativas a la inconstitucionalidad del proyecto, y en un segundo apartado me referiré a las demás observaciones formuladas en contra del proyecto.

#### A) *Observaciones relativas a la inconstitucionalidad del proyecto*

Entre dichas ponencias presentadas a la I y II Jornadas de Derecho de Aguas, cabe destacar aquella presentada por el profesor don Raúl Bertelsen Repetto, donde plantea diversas causales de inconstitucionalidad que tendría el proyecto. Ellas son las siguientes:

a) El proyecto vulneraría los atributos o facultades esenciales del dominio que tienen sus titulares sobre sus derechos de aprovechamiento de aguas.<sup>1</sup>

El profesor Bertelsen estima que el proyecto al establecer una patente que sancione el no uso de los derechos de aprovechamiento es inconstitucional, en atención a que las limitaciones del derecho de dominio, para que sean lícitas deben emanar de la ley, y, además, debe respetar los atributos y facultades esenciales del dominio, entre los que se encuentra la posibilidad de utilizar el bien de la manera que estime conveniente su propietario y la libre disposición del mismo.

Además, la facultad que se otorga al Director General de Aguas en el nuevo artículo 149, en el sentido de que en el acto de constitución del derecho la citada autoridad podrá establecer especificaciones técnicas, condiciones, limitaciones u otras modalidades que afecten el ejercicio del derecho, con el objeto de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros, también es inconstitucional, pues confiere a una autoridad administrativa una facultad que de acuerdo al inciso 2º del artículo 19 N° 24 de la Constitución es materia de reserva legal.

b) Infracción de la norma constitucional que prohíbe establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.<sup>2</sup>

La Constitución Política de la República dispone en su artículo 19 N° 20 que en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Pues bien, el proyecto de ley, al establecer el pago de una patente para aquellos derechos que no se utilizan, en todo o en parte, infringe lo previsto en la norma constitucional indicada, por cuanto para los efectos de determinar el monto de la patente en el caso de los derechos no consuntivos se utiliza una fórmula que hace que el tributo sea absolutamente desproporcionado.

Más aún, si se considera que el monto de la patente que ya para los cinco primeros años es desproporcionada, se multiplica por el factor 3, para los años sexto al décimo, y por el factor 9 desde el año undécimo en adelante, hace que la obligación tributaria no sólo sea excesivamente onerosa, sino que tiene el carácter de confiscatoria, y cuya finalidad no es otra que terminar con la propiedad de los derechos de aprovechamiento que no se utilicen en todo o en parte.

Lo anterior, en opinión del profesor Bertelsen, importa una abierta infracción a la norma constitucional indicada, que expresamente prohíbe el establecimiento de tributos manifiestamente injustos y desproporcionados.

c) Se vulneran las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.<sup>3</sup>

En opinión del profesor Bertelsen el proyecto, sin una justificación racional, establece una marcada diferencia entre el valor de la patente por el no uso de los derechos de aprovechamiento, para los derechos no consuntivos respecto de los consuntivos. Así, en el caso de los derechos no consuntivos el valor de la patente es muy superior al de los consuntivos.

<sup>1</sup> BERTELSEN REPETTO, Raúl. "Análisis constitucional de la reforma al Código de Aguas". En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Volumen II N° 1, Enero-Junio 2000, pp. 63-74.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 72-73.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 73-74.

Lo anterior, importa una discriminación grave y arbitraria, que iría en abierto perjuicio de las empresas hidroeléctricas, lo que vulnera las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, igualdad tributaria y no discriminación arbitraria en el trato que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica.

d) Afectación en su esencia y en su libre ejercicio de la propiedad que tienen sus titulares sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.<sup>4</sup>

Finalmente, en el documento indicado se plantea que el proyecto infringe la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, que tiene por objeto proteger los derechos en su esencia y en su libre ejercicio, y en cuya virtud la ley no puede privar a los titulares de un derecho, de aquellos aspectos que le son consustanciales, y con los cuales se desvirtuaría su esencia, como tampoco imponer condiciones, tributos o requisitos que importen exigencias que lo entraben más allá de lo razonable, o lo hagan impracticable.

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

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

#### *B) Otras observaciones formuladas en contra del proyecto*

1. Una primera observación dice relación con la facultad que se confiere al Director General de Aguas para determinar aquellos derechos de aprovechamiento que no se están utilizando en todo o en parte.<sup>5</sup>

Se sostiene por los opositores del proyecto que esta facultad importa entregar al Director General de Aguas excesiva discrecionalidad para determinar aquellos derechos de aprovechamiento que no se utilizan, lo que puede dar lugar a situaciones arbitrarias. Argumentan, además, que la Dirección General de Aguas no cuenta con los medios humanos y materiales para el cumplimiento de dicho cometido

2. Otra observación que se ha hecho al proyecto es aquella referente a las nuevas facultades otorgadas al Director General de Aguas en relación con la limitación o denegación de nuevos derechos de aprovechamiento

Se cuestiona la facultad que el proyecto entrega a la autoridad administrativa para denegar o limitar la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas. A este respecto, y tal como se ha señalado en la observación anterior, esta facultad importa darle a la autoridad administrativa excesiva discrecionalidad. Agregan los detractores, que con ello se entrabará el desarrollo económico del país, ya que quedará al arbitrio de la autoridad determinar los derechos de aprovechamiento que se constituirán, y por los caudales que ella misma determine.

3. También se cuestiona la facultad que se entrega a la autoridad administrativa para determinar caudales ecológicos mínimos en los cauces. Así, opinan los detractores del proyecto que los términos en que está redactada la norma pertinente son ambiguos, lo que deja a la autoridad administrativa un amplio margen de discrecionalidad.<sup>6</sup>

En opinión de los opositores al proyecto, la facultad en estudio debería estar claramente acotada en la ley, de forma tal que en ella se establezcan criterios objetivos, los que además deberán quedar determinados en un cuerpo reglamentario, en el que se establezca la forma de determinar los caudales ecológicos en los distintos cauces naturales del país.

<sup>4</sup> Ibídem, p. 75.

<sup>5</sup> HOCHSCHILD A., Hernán. "Posición del empresario minero frente a la reforma al Código de Aguas". En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Volumen II N° 1, Enero-Junio 2000, pp. 169-174.

<sup>6</sup> Ibídem, pp. 172-173.

4. Finalmente, se ha cuestionado por algunos la modificación que se propone del artículo 1º transitorio del Código de Aguas, que establece un procedimiento para regularizar e inscribir aquellos derechos de aprovechamiento que en alguna oportunidad hayan sido inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas respectivo, pero que en posteriores transferencias o transmisiones no lo hubieran sido, señalando que dicha modificación sólo tiene por objeto crear nuevos trámites y aumentar la burocracia.

## V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Atendida su importancia, me ocuparé finalmente de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional en la causa Rol Nº 260, a requerimiento de algunos Sres. Diputados con fecha 13 de octubre de 1997. En efecto, algunos Sres. Diputados estimaban que el proyecto transgredía en múltiples disposiciones el artículo 19 Nº 23 de la Constitución Política de la República, por cuanto en su opinión establecía limitaciones que afectaban seriamente la adquisición de los derechos de aprovechamiento de aguas, las cuales, en todo caso, debían haber sido votadas de conformidad al quórum establecido para las leyes de quórum calificado, por así indicarlo el inciso final de la norma constitucional indicada.

Así, los Diputados indicaban como normas comprendidas en el inciso 2º del artículo 19 Nº 23 de la Constitución, las siguientes:

- a) El precepto que indica que debe justificarse la cantidad de agua que se necesita extraer, al momento de presentarse la solicitud de derecho de aprovechamiento;
- b) La facultad que se otorga al Director General de Aguas para denegar o limitar las solicitudes de derecho de aprovechamiento en ciertos casos;
- c) La norma que establece que en la resolución en cuya virtud se constituya un derecho de aprovechamiento, debe indicarse el uso o destino inicial que se dará a las aguas;
- d) La facultad que se da al Director General de Aguas para establecer en el acto de constitución del derecho de aprovechamiento, especificaciones técnicas, condiciones, plazos, prohibiciones u otras modalidades y limitaciones que afecten el derecho, y
- e) Finalmente, pedían la eliminación del actual inciso final del artículo 141 del Código de Aguas, que establece condiciones generales para el otorgamiento del derecho de aprovechamiento, esto es, la disponibilidad del recurso y la procedencia legal.<sup>7</sup>

Ahora bien, en la sentencia indicada el Tribunal Constitucional resolvió lo siguiente:

1. Que de las disposiciones del Código de Aguas aparecen de manifiesto las siguientes consecuencias aplicables a la materia sometida a la decisión del Tribunal:

- a) Que las aguas son bienes nacionales de uso público;
- b) Que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es un derecho real que se constituye originariamente por acto de autoridad;
- c) Que antes de dictarse el acto constitutivo del derecho de aguas, de reducirse este a escritura pública e inscribirse en el competente registro, el derecho de aprovechamiento no ha nacido al mundo jurídico, pues precisamente emerge, originariamente, en virtud de la mencionada resolución y su competente inscripción.

2. Que la Constitución Política de la República asegura el dominio no sobre las aguas mismas, que constituyen bienes nacionales de uso público, sino sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley. En consecuencia, mientras tal derecho de aprovechamiento no se constituye de acuerdo a las normas establecidas en la ley, tal derecho no existe.

3. Que analizados los preceptos del proyecto cuestionado por los requirentes fuerza es concluir que ellos no representan limitaciones al derecho de aprovechamiento de aguas una vez constituido, sino disposiciones regulatorias de la adquisición originaria de dicho derecho.

<sup>7</sup> JEAGER COUSIÑO, Pablo. "Aspectos relevantes de la tramitación parlamentaria de la modificación al Código de Aguas". En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Volumen II Nº 1, Enero-Junio 2000, pp. 175-176.

4. Ante la pregunta sobre ¿cuál debe ser la norma jurídica que regule la adquisición originaria del derecho de aprovechamiento dentro de nuestro ordenamiento constitucional?, el Tribunal Constitucional sentenció que “el constituyente con meridiana claridad ha entregado a la ley la regulación o constitución del derecho sobre las aguas y, en consecuencia, el intérprete debe entender que tal ley es la ley común u ordinaria”.

Agrega la sentencia indicada que “a igual conclusión nos conlleva el artículo 60 N° 3, de la Carta Fundamental, al expresar que sólo son materias de ley ordinaria las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra, pues las normas del proyecto en estudio es claro que son propias del Código de Aguas”.

5. Que “cualquier temor que pudiera tenerse frente al hecho que sea una ley común y no de quórum calificado la que legisle sobre la materia en estudio resulta injustificado, habida consideración que tanto una como otra deben estar conformes con la Carta Fundamental para tener plena validez jurídica”.

6. Que, por otra parte, el análisis del artículo 19 N° 23 de la Constitución, supuestamente vulnerado por los preceptos cuestionados, “demuestra con claridad que estos no son, ni razonablemente pueden ser, objeto de ley de quórum calificado”.

7. “Tampoco se aplica la reserva legal de quórum calificado al procedimiento de adquisición del derecho de aprovechamiento, pues este tiene un estatuto jurídico especial propio de la ley común, según lo prescribe el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Por último queda también en claro que una vez constituido el derecho de aprovechamiento de acuerdo a la ley, esto es, cuando el referido derecho de aprovechamiento nace a la vida jurídica, cualquier limitación que quiera imponerse a la adquisición de ese derecho deberá ser regulada por una ley de quórum calificado”.

“Sostener lo contrario conduce a la inconsecuencia, que no es dable suponer al Constituyente, que el precepto estaría expresando que mediante una ley de quórum calificado se puedan imponer limitaciones a la adquisición de bienes nacionales de uso público como tales, en circunstancias que dichos bienes no pueden ser objeto de propiedad privada”.

8. “Que se ha sostenido por los requirentes que, de acuerdo al artículo 71, inciso final de la Constitución Política, toda materia relativa a la tramitación de la ley debe entenderse como de rango constitucional, no es menos cierto que estas normas no por ello dejan de ser de carácter legislativo”.

“Que, si bien es efectivo que el constituyente ha entregado diversas materias a la regulación de la ley orgánica constitucional, ello no implica que estas leyes tengan una jerarquía superior a las otras leyes y mucho menos que puedan asimilarse a la Ley Fundamental”.

“Del estudio de este instituto resulta que las leyes orgánicas constitucionales en Chile no pueden estimarse como preceptos constitucionales y solo son normas complementarias de la Ley Fundamental”.

Que, por todo lo anterior, “deben rechazarse las inconstitucionales sustentadas en no haberse aplicado el artículo 30 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.918, que a juicio de los requirentes deben entenderse con igual jerarquía que la norma constitucional, en razón de la interpretación que le dan al artículo 71 de la Constitución Política y que este Tribunal no acoge por las argumentaciones de los considerandos anteriores”.

9. Finalmente, y en lo referente a las normas sobre el pago de una patente por el no uso de las aguas, el Tribunal Constitucional sentenció lo siguiente:

“Que, como se ha sostenido en los considerandos anteriores de esta sentencia, a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre los problemas de legalidad sino sólo sobre los de constitucionalidad. La disposición que establece que la no aceptación de un artículo que requiere mayoría especial de aprobación importa también el rechazo de las demás que sean consecuencia de aquella, es de rango legal y no constitucional, por lo que no procede que este Tribunal se pronuncie sobre ellas, pues importaría entrar a resolver sobre la legalidad de un artículo de un proyecto de ley y no sobre su constitucionalidad.

“Es de toda lógica que la norma sustantiva es la que establece la patente y no la que señala los procedimientos de cobro de la misma, por lo que lo principal sería la patente y lo accesorio lo que se refiere a su cobro”.

“Si la norma relativa a la patente fue aprobada con el quórum requerido debe entenderse que subsiste”.

“Que, en consecuencia, tampoco procede acoger el requerimiento en la parte que sostiene que la idea de legislar por el no uso del derecho de aprovechamiento ha sido rechazada por no haberse acogido las normas sobre su cobro judicial, y en consecuencia, no merecen reparos de constitucionalidad los artículos 129 bis 4 a 129 bis 10 del proyecto”.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Ibídem, pp. 175-177.