

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA DEL CÓDIGO DE AGUAS

RAÚL BERTELSEN REPETTO

*Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile
Universidad de los Andes*

ANTECEDENTES

1.- El proyecto de ley que modifica el Código de Aguas en lo relativo a la adquisición y uso del derecho de aprovechamiento y al pago de una patente por la no utilización de las aguas surgió de un Mensaje del Presidente de la República de 2 de diciembre de 1992, contenido en el Boletín 876-09, y presentado a la Cámara de Diputados. Posteriormente, con fecha 4 de julio de 1996 el Ejecutivo formuló una indicación sustitutiva total, siendo aprobado el proyecto por la Cámara el 18 de agosto de 1997 y enviado al Senado mediante oficio N° 1.658 donde se encuentra actualmente en discusión, habiendo sido objeto en esta última Cámara de una indicación parcial presentada por el Presidente de la República el 18 de diciembre de 1998 y estando ya informado por la Comisión de Obras Públicas del Senado.

En el presente documento me ocuparé primeramente de precisar el marco constitucional aplicable a los derechos de aprovechamiento sobre las aguas, y luego, examinaré las inconstitucionalidades más salientes que presenta el proyecto en estudio.

MARCO CONSTITUCIONAL APLICABLE A LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO SOBRE LAS AGUAS.

2.- La Constitución Política de 1980, como es sabido, contiene una referencia especial a los derechos de aprovechamiento en el inciso final del N° 24 del artículo 19, al decir: "Los derechos

de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a los titulares la propiedad sobre ellos".

La disposición tiene su origen en la propuesta de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República formulada en 1978, la cual, al ocuparse de la materia en su Memorándum de 16 de agosto de 1978 con "Proposiciones e Ideas Precisas", justificó el criterio seguido que suponía una rectificación de la solución introducida a la Constitución de 1925 mediante la reforma constitucional de la Ley N° 16.615 de 20 de enero de 1967, que sustituyó íntegramente la garantía del derecho de propiedad contenida en el artículo 10 N° 10 de la Carta Fundamental.

El acápite que nos interesa del Memorándum de la Comisión de Estudio de 1978 tiene por título "Propiedad de las Aguas" y se desarrolla en el N° 70 del mencionado documento, punto en el cual se indica primeramente la razón por la cual debía existir con rango constitucional una disposición sobre las aguas:

"El primer tema que se debatió en la Comisión con respecto a las aguas fue el relativo a si los preceptos que regulan esta materia debían o no tener jerarquía constitucional. Dada la importancia que para la vida económica del país tiene el regadío de los predios y en general el uso de las aguas para los distintos menesteres que la ley permite, y la circunstancia de que exista al respecto una norma constitucional vigente, la Comisión estimó necesario y conveniente contemplar un precepto de carácter fundamental relativo al dominio de las aguas".

Luego, el Memorándum recuerda el contenido de la reforma constitucional de 1967 y de la Ley N° 16.640 de Reforma Agraria, que "terminaron con toda forma de dominio privado sobre las aguas", puesto que "con anterioridad a este régimen estaban vigentes las disposiciones del Código Civil y del Código de Aguas primitivo, que reconocían al propietario un verdadero derecho real de aprovechamiento que se inscribía en el registro de propiedad de aguas del Conservador de Bienes Raíces y que tenía las características del dominio".

La Comisión de Estudio señala después la falta de incentivos que entrañaba el régimen sobre las aguas introducido en 1967 y la precariedad de los derechos sobre las aguas que contemplaba, concluyendo que:

"Por todas estas consideraciones, la Comisión estima que hay razones valederas suficientes para que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorguen a sus titulares propiedad sobre ellos, y es esta la idea precisa que contiene el anteproyecto. A este respecto, la Comisión ha dejado expresa constancia en actas de que su espíritu es el de amparar, proteger y darles esta jerarquía, incluso, a los actuales derechos que se han constituido de acuerdo a las disposiciones legales respectivas".

El reconocimiento constitucional de la propiedad sobre los derechos de los particulares sobre las aguas, incluido dentro de la norma -N° 24 del artículo 19- que la Carta de 1980 dedica al derecho de propiedad, hace que sea del máximo interés recordar el pensamiento de la Comisión de Estudio sobre el significado y alcance de esta garantía constitucional.

El N° 68 del Memorándum trata, entre otros, tres aspectos que interesa recordar para el análisis del problema que motiva este estudio. Son: A) Ambito de la Garantía Constitucional, B) Adquisición, Uso y Goce del Dominio, y C) Función Social de la Propiedad. Limitaciones y Restricciones. Conviene citar los pasajes más significativos de cada uno de estos apartados.

Respecto al "Ambito de la Garantía Constitucional" la Comisión expresa:

"El precepto que os proponemos garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes, corporales o incorporales. En este sentido, ampara en forma

amplia este derecho, cualquiera que sea su significación patrimonial o la forma de propiedad, sea esta última individual, familiar, comunitaria, etc.

De manera explícita la garantía constitucional comprende, ahora, a los bienes incorporales, vale decir, a los derechos y acciones, dándole de este modo jerarquía constitucional al principio legal contenido en el artículo 583 del Código Civil, según el cual sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad."

En el pasaje sobre "Adquisición, Uso y Goce del Dominio", la Comisión precisa el significado de la reserva legal que se propone:

"El anteproyecto prescribe al respecto que solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella. De este modo, se establece en forma clara y explícita cuál es el órgano o autoridad facultado para dictar normas sobre la forma de adquirir el dominio o de ejercer sus atributos propios. Pero este mandato al legislador no lo autoriza para imponer exigencias o restricciones arbitrarias a la adquisición, uso, goce y disposición de los bienes, sea por acto entre vivos o por causa de muerte, porque esto significaría afectar el derecho en su esencia y desconocer la garantía constitucional que asegura la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y que consideramos al tratar el derecho a la propiedad".

Sobre la "Función Social de la Propiedad. Limitaciones y Restricciones", el Memorándum aborda primero el significado de la función social, y lo hace en los siguientes términos:

"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.

En este sentido, el anteproyecto contiene también una modificación importante a la preceptiva anterior, ya que dispone que "solo" la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar la función social de la propiedad.

Estas restricciones 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.

La disposición constitucional anterior permitía que las limitaciones y obligaciones a la propiedad tuvieran por objeto hacerla accesible a todos, concepto que contenido en la preceptiva del derecho del dominio adquirido resultaba profundamente equívoco, ya que hasta permitía sostener que podía privarse a una persona de todo o parte de su derecho para hacer accesible la propiedad a los demás. Por esta razón, y como se señaló oportunamente, la Comisión consideró este concepto al tratar del derecho a la propiedad¹.

Más adelante y luego de mencionar los elementos que configuran la noción de función social de la propiedad, precisa el alcance que pueden tener las limitaciones y obligaciones que la ley establezca:

“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 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 solo podría tener lugar a través de la expropiación.

Lo dicho guarda armonía con otro precepto del anteproyecto al que nos referiremos más adelante, 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”.

Es inequívoco, por consiguiente, que conforme a las normas del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de 1980 sobre el derecho de propiedad, este derecho, que el inciso primero de la disposición mencionada reconoce “en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”, existe –inciso final– sobre “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley”. La propiedad sobre estos derechos, entre los cuales están los derechos de aprovechamiento, queda sujeta entonces a las disposiciones que otros incisos del mismo N° 24 dedican a la adquisición, uso, goce y disposición de la propiedad, a las limitaciones y obligaciones derivadas de su función social, y a la privación de la propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio.

La amplitud del reconocimiento y protección constitucional del derecho de propiedad no se manifiesta solo en cuanto a los bienes susceptibles de ser adquiridos en dominio, sino, también, en lo relativo a la esfera de acción inherente a la calidad de propietario o titular de un bien o derecho en propiedad. Deliberadamente, porque fue una de las innovaciones introducidas en la Constitución de 1980 para reforzar la garantía de la propiedad, la Ley Fundamental asegura también los atributos y facultades esenciales del dominio, debiendo incluirse entre los primeros la exclusividad y, la perpetuidad (salvo respecto a este atributo la propiedad intelectual y la industrial, que son temporales), y entre las segundas: el uso, el goce, la disposición y la facultad de administrar.

Evans de la Cuadra, aunque con una terminología diversa, resume el contenido esencial del derecho de dominio en los siguientes términos¹.

“La propiedad cuyos titulares son las personas naturales o jurídicas es absoluta (se ejerce respecto de todos), exclusiva (sus atributos solo pertenecen al dueño), perpetua (termina por fallecimiento o voluntad del propietario) e inviolable (nadie puede ser privado del dominio o de sus atributos sino en la forma y con los resguardos prescritos por la ley).

Este derecho tiene tres atributos, que constituyen su esencia: el dueño puede usar el bien de su dominio de modo exclusivo y excluyente y utilizarlo de la manera que desee, transformarlo, modificarlo...; el dueño puede gozar de su propiedad, vale decir, adquirir para sí sus frutos o rentas, y, finalmente, el propietario dispone a su arbitrio de los bienes de su dominio, pudiendo transferirlos a título oneroso, donarlos y desprenderse de ellos haciendo que pasen a otro titular. El uso, goce y disposición de los bienes los ejerce el propietario mediante los actos de administración y los actos de enajenación, de transferencia a terceros, total o parcial, y que solo los puede ejecutar válidamente el dueño, de acuerdo a su interés o deseo personal”.

La jurisprudencia, tanto la emanada de la Corte Suprema como la del Tribunal Constitucional, ha reconocido la protección amplia que la Constitución Política asegura al derecho de propiedad.

¹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique: “Los derechos constitucionales”, Santiago de Chile 1986, tomo II, pág. 375.

Así, en sentencia de 19 de agosto de 1994 la Corte Suprema acogió el recurso de inaplicabilidad interpuesto por Beatriz Puelma Accorsi y otros contra el artículo 5° de la Ley N° 18.900 por estimar que la conversión de una obligación pura y simple en condicional privaba al acreedor de las facultades esenciales de obtener oportunamente los frutos que el bien produzca y de disponer de él, por lo que vulneraba el N° 24 del artículo 19 de la Constitución. "Siendo de advertir —dijo la Corte— que nuestra actual Carta Fundamental, al referirse a la garantía del derecho de propiedad no lo hace en forma genérica sino que, cuidando de asegurarlo en forma íntegra, prohíbe no solo la privación del derecho de dominio, sino también la de "algunos de sus atributos o facultades esenciales".

Igualmente interesante por la doctrina que contiene es la sentencia de 30 de octubre de 1995 del Tribunal Constitucional. En ella, el Tribunal tuvo en cuenta, entre otras razones, para declarar inconstitucional un precepto que obligaba a los medios de comunicación social a difundir ciertos hechos, lo siguiente²:

"Que, afecta, asimismo, el artículo 20, inciso segundo del proyecto, el derecho de propiedad de los medios de comunicación social reconocido por el artículo 19, N° 24, de la Constitución, en cuanto vulnera las facultades esenciales de uso y goce que tal derecho comprende, al interferir gravemente sus atribuciones de administración referente a lo que se ha de informar o no, la oportunidad de divulgación o difusión, y su forma, extensión o alcance. Desde que se interfiere en sus facultades de administración, ello significa en el mismo momento, violar la autonomía de este ente asociativo y, por tanto, el artículo 1°, inciso tercero, de la Carta Fundamental. Cabe agregar aún que se da también una clara vulneración de un atributo esencial del derecho de propiedad, como es su exclusividad, desde que esta interferencia que plantea el proyecto permite la intervención de un tercero ajeno en las decisiones del medio de comunicación sin que tenga título jurídico válido para ello".

3.- Además de las normas de la Carta Fundamental relativas a la garantía del derecho de propiedad, la legislación que regule la adquisición,

uso, goce y disposición del derecho de aprovechamiento de las aguas, debe respetar otros derechos constitucionales de los propietarios de estos derechos de aprovechamiento, entre los cuales los más relevantes son: las garantías de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; la interdicción de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, y la protección de los derechos en su esencia y en su libre ejercicio.

Interesa referirse a ellos por separado:

a) Igualdad ante la ley e interdicción de diferencias arbitrarias

La Constitución Política de 1980 garantiza a toda persona en el N° 2 del artículo 19 "La igualdad ante la ley", y entre otras consecuencias de la misma, prescribe que "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Ello significa que en los casos en que una ley tiene competencia para regular una materia, como ocurre con la regulación de una actividad económica o el establecimiento de un estatuto jurídico, la ley, al hacerlo, no puede contemplar diferencias caprichosas o antojadizas, sin fundamento objetivo, pues aunque igualdad no significa uniformidad y no se opone a la existencia de diferencias de trato, sí exige que las diferencias tengan una justificación racional.

En otras palabras, el factor de diferenciación que tome en cuenta la ley ha de ser relevante para la diversidad de trato, y las diferencias que contemplen las normas legales han de ser proporcionales a la situación de diversidad en que se encuentren las personas o cosas objeto de regulación.

La garantía de igualdad ante la ley es uno de los derechos constitucionales contemplados con anterioridad a la Constitución Política de 1980, pero que esta amplió y perfeccionó como la propia Comisión de Estudio lo puso de manifiesto en su Memorándum de agosto de 1978:³

"Cabe destacar en general la trascendencia de consagrar el precepto de que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

Es indudable que tanto el legislador como la autoridad administrativa realizan y deben realizar discriminaciones en las normas que

² Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de octubre de 1995, considerando 36.

³ Memorándum con "Proposiciones e Ideas Precisas", N° 58.

dictan, en el sentido de establecer diferencias entre categorías de personas cuando así lo reclama la justicia. Lo que se prohíbe es que tales discriminaciones sean arbitrarias, es decir, que carezcan de fundamento justo.

Lo importante es que el establecimiento de este precepto faculta inequívocamente a los órganos jurisdiccionales para ponderar la naturaleza de la discriminación, en conformidad a los recursos que para cada norma hayan establecido la Constitución o las leyes, evitando que el legislador o cualquier otra autoridad pretendan una potestad irrestricta para establecer diferencias o discriminaciones entre los ciudadanos, por arbitrarias que fueren, criterio que en el pasado ha dejado muchas veces en letra muerta a la disposición constitucional de la igualdad ante la ley".

b) No discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica

La intervención de los órganos del Estado en la vida económica, en la medida que sea procedente en aquellas materias en que la Constitución y la ley les hayan otorgado alguna atribución, ha de ser respetuosa de los derechos de las personas que actúan en las diversas áreas de la economía y que la propia Carta Fundamental reconoce. Entre tales derechos se encuentra el que asegura a toda persona el inciso primero del N° 22 del artículo 19 de la Constitución Política: "La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica". De modo restrictivo y dentro de los límites que señala, el inciso segundo del mismo precepto admite, sin embargo, ciertas diferencias de trato: "Solo 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".

El derecho mencionado no es sino la aplicación específica a la actividad económica de la garantía general de igualdad ante la ley contemplada en el N° 2 del artículo 19, que prohíbe a la ley y a toda autoridad establecer diferencias arbitrarias, y significa que todo órgano del Estado, sea el Estado-Legislador o los que forman parte de la Administración del Estado,

en el ejercicio de sus funciones no pueden dar a los agentes económicos un trato diferente carente de justificación racional.

Evans de la Cuadra señala con agudeza las consecuencias de la garantía de no discriminación arbitraria en materia económica por parte del Estado y sus organismos. El derecho del N° 22 del artículo 19 de la Constitución Política dice⁴: "limita la acción y la intervención del Estado en la vida económica nacional. La Constitución prohíbe otorgar privilegios o crear o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas que no tengan como sustento intelectual una clara connotación de racionalidad". Más adelante agrega: "cualquier intento del Estado, de cualquier organismo o autoridad, aunque ejerza, como dijimos, funciones encomendadas por ley, o del legislador, por imponer gravámenes, restricciones o cargas que no tengan una clara e indiscutible justificación objetiva, fundada en hechos y no en temores o en suspicacias administrativas de connotación subjetiva, constituye una discriminación arbitraria e inconstitucional. Hay implícita, en consecuencia, en el N° 22 del artículo 19, una limitación a la discrecionalidad administrativa, lo que constituye un saludable instituto en un Estado de Derecho". Y por último, reitera y precisa el alcance de la norma citada: "Como una síntesis del objetivo de esta garantía, podemos establecer que la Constitución ha querido asegurar a todas las personas *la igualdad en el trato* que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica. Que no haya, en situaciones idénticas, ni personas, grupos o sectores perjudicados en relación con sus competidores o con otros grupos o sectores".

Existen ejemplos en que los órganos encargados de velar por el efectivo acatamiento de la supremacía constitucional han hecho respetar, sea frente al legislador o a la Administración, la garantía contenida en el N° 22 del artículo 19 de la Constitución Política.

De ellos, los casos más interesantes son las sentencias en que la Corte Suprema ha fundamentado la aceptación de recursos de inaplica-

⁴ EVANS DE LA CUADRA, Enrique: "Los derechos constitucionales", Santiago de Chile 1986, tomo II, pág. 354; las cursivas son del autor.

bilidad en la existencia de discriminaciones arbitrarias entre diversos agentes económicos en que ha incurrido el legislador. Tal ocurrió en diversos recursos interpuestos por Endesa en juicios que seguía contra autoridades administrativas y empresas eléctricas distribuidoras de energía, en los cuales solicitó que no se aplicara el artículo 37 de la Ley N° 18.959.

La norma en cuestión, que modificó la responsabilidad de las empresas generadoras en los contratos de suministro de energía eléctrica, fue declarada inaplicable por ser contraria a varios preceptos de la Constitución Política. De estas diferentes inconstitucionalidades de fondo, la que interesa mencionar en esta ocasión es la que consideró vulnerada la garantía de no discriminación arbitraria por parte del Estado y sus organismos en materia económica.

La Corte Suprema estimó que la norma impugnada vulneraba la garantía del N° 22 del artículo 19 de la Constitución Política, "porque discrimina en el proceso de producción, distribución y consumo de la energía eléctrica en desmedro del generador y porque impone a este último un gravamen que pugna con el sentido de equidad que debe orientar la regulación jurídica de una determinada actividad productiva". La Constitución –añadió– "al consagrar la garantía del artículo 19 N° 22, ha pretendido que una misma actividad esté sujeta a un estatuto jurídico, si no idéntico, al menos semejante, entre todos quienes intervienen en ella"⁵.

c) Interdicción de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos

Una de las innovaciones más importantes en materia tributaria de la Constitución de 1980 es la contenida en el inciso segundo del N° 20 de su artículo 19, el cual dispone que "En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos". La norma, como se aprecia de su lectura, representa un límite a la potestad del legislador para fijar tributos, y a esa misma conclusión se llega al examinar la historia de su establecimiento, aunque es muy difícil señalar con precisión cuál es la barrera que la ley no puede franquear sin devenir inconstitucional.

La sentencia de 20 de octubre de 1998 del Tribunal Constitucional es la última oportunidad en que este órgano jurisdiccional se ha pronunciado sobre el concepto de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. En síntesis el Tribunal expresó lo siguiente⁶:

"La palabra "manifiestamente" se define como "descubierto, patente, claro", y la expresión "desproporcionado" significa que no es proporcionado. El Constituyente prohíbe que el tributo sea "manifiestamente desproporcionado" con lo cual reconoce que la desproporción justificada no violenta el principio de igualdad tributaria.

El Constituyente se guardó de restringir en exceso la autonomía del legislador, y le impuso un límite que solo impide las desproporciones o injusticias "manifiestas", esto es, aquellas que resultan burdas, exageradas e injustificables. Las restricciones al legislador en esta materia son, entonces, particularmente excepcionales. Ello implica que la defensa de la supremacía constitucional en este ámbito ha de circunscribirse a evitar las desproporciones o injusticias tributarias que traspasen todos los límites de lo razonable y prudente. La desproporción o injusticia tiene que ser tan evidente que, cualesquiera que sean los hechos, ella resulte patente y clara en la propia disposición legal.

Cabe tener presente que al no encontrarse contemplado por la Constitución o la ley un concepto de lo que se entiende por manifiestamente desproporcionado o injusto, tal determinación debe quedar entregada a lo que la justicia constitucional decida, caso a caso, en materia de proyectos de ley o de leyes".

Puede apreciarse que la posición del Tribunal Constitucional es más bien restrictiva –y lo mismo ha ocurrido en la jurisprudencia de la Corte Suprema– en torno a lo que ha de entenderse como un tributo manifiestamente desproporcionado o injusto. Pero no niega la posibilidad de que ellos existan, y tal ocurrirá, como dice la sentencia a que antes me he referido, cuando las desproporciones de un tributo resulten "burdas, exageradas e injustificables" o cuando "traspasen todos los límites de lo razonable y prudente". En todo caso, la determinación de la condición de manifiestamente desproporcionado o injusto de un tributo co-

⁵ Corte Suprema, sentencia de 28 de julio de 1992, considerando 17° y 18°.

⁶ En "Informe Constitucional" N° 1.935.

responde a los tribunales encargados de aplicar la Constitución, los que deberán efectuarla cuando ella sea notoria puesto que no existe un monto o rango máximo.

d) Protección de los derechos en su esencia y en su libre ejercicio

El último de los derechos a examinar y que se relaciona con todos aquellos derechos y libertades que pueden ser afectados por la actividad del legislador, es el contenido en el N° 26 del artículo 19 de la Constitución Política que protege a los derechos en su esencia y en su libre ejercicio.

Esta garantía corresponde a una de las grandes innovaciones del constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial, aunque sería recibida en Chile solo en 1980. Se trata de una garantía establecida frente al legislador, el cual, en virtud del principio de reserva legal, tiene competencia en ciertos casos para regular, e incluso en determinados supuestos para limitar, derechos constitucionales.

Aunque necesaria, la actividad legislativa de desarrollo de los derechos constitucionales puede generar abusos. La ley, sobre todo al ocuparse de regular un derecho cuya normativa constitucional es incompleta, o al limitarlo porque la Constitución permite hacerlo, puede ir muy lejos y adoptar un conjunto de disposiciones que restrinjan notablemente su reconocimiento, e incluso, que le priven de toda eficacia jurídica. Para defenderse frente a este ejercicio abusivo de la potestad legislativa y facilitar el control de constitucionalidad de las leyes es que algunas constituciones emplean la técnica de la protección de los derechos en su esencia.

Es esta, como he dicho, una figura jurídica que surge en el constitucionalismo europeo posterior a la II Guerra Mundial, concretamente en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 y que luego ha sido recibida en otros países, como es el caso de España en la Constitución de 1978 y de Chile en la Carta de 1980.

El artículo 19 de nuestra Constitución Política, en su encabezamiento, emplea la frase "La Constitución asegura a todas las personas", y luego a lo largo de veinticinco números va enunciando diversas libertades públicas, derechos sociales y garantías específicas, pero antes de terminar, en el N° 26, añade un último dere-

cho: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni tampoco imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Se trata, como puede apreciarse, de una garantía de orden general destinada a cautelar frente al legislador los diferentes derechos que la Carta Fundamental asegura a todas las personas en los N°s 1 a 25 del artículo 19, en la medida que esos derechos pudieran ser indebidamente afectados por la actividad legislativa.

En la génesis de la Constitución de 1980 este propósito aparece claramente de manifiesto. En el memorándum con proposiciones e ideas precisas relativas al futuro texto constitucional de agosto de 1978, la Comisión de Estudios de la Nueva Comisión, o Comisión Ortúzar, fue particularmente explícita⁷:

"Es obvio que el legislador, a pretexto de interpretar, regular o complementar un derecho constitucional o de limitarlo en los casos en que la Constitución lo autoriza, no puede afectar los derechos en su esencia, porque ello equivaldría a desconocer la garantía y violar la voluntad del constituyente.

Preceptuarlo expresamente reviste singular trascendencia jurídica, ya que exige de modo inequívoco que los órganos jurisdiccionales encargados de velar por la supremacía constitucional eviten, en conformidad a los procedimientos y normas pertinentes, la aprobación o aplicación de un proyecto o de un precepto legal que incurra en el exceso antes señalado, sin que ello signifique estar invadiendo la órbita del legislador".

El Tribunal Constitucional, bien al ejercer el control de constitucionalidad preventivo y obligatorio de las leyes orgánicas constitucionales, o al fallar diversos requerimientos que planteaban cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de proyectos de ley, ha tenido ocasión de precisar diversos aspectos de la garantía que protege los derechos en su esencia y en su libre ejercicio. De los diversos temas tocados en esas sentencias, los que más interesan a los efectos de este estudio son el relativo a los conceptos de esencia y li-

⁷ Memorándum con "Proposiciones e Ideas Precisas", N° 81.

bre ejercicio de los derechos, y el de las características que deben revestir las leyes que limitan derechos reconocidos constitucionalmente.

El concepto de esencia de los derechos y de su libre ejercicio fue tratado con detenimiento por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 24 de febrero de 1987, dictada al ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional sobre partidos políticos, luego convertido en Ley N° 18.603, y posteriormente, ese concepto ha sido utilizado de modo uniforme en la jurisprudencia del Tribunal.

En la sentencia mencionada, que redactara el Ministro Valenzuela Somarriva, el Tribunal, después de advertir que "mucho podría decirse sobre la "esencia" de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho", perspectiva que no le corresponde, formuló el siguiente concepto de esencia de los derechos y de su libre ejercicio⁸:

"La esencia del derecho debemos conceptualizarla desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no solo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el 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".

El criterio adoptado por el Tribunal Constitucional para definir la esencia de un derecho requiere que para cada uno de los derechos se analice cuál es el contenido que le singulariza o permite reconocerlo, "que le es consustancial", puesto que será ese contenido mínimo el que tiene que ser respetado por el legislador al ejercer sus competencias normativas. Hasta la fecha, sin embargo, no ha habido ocasión para que los órganos que ejercen el control de constitucionalidad determinen el contenido esencial de todos los derechos reconocidos en la Constitución, siendo el derecho de asociación el que más veces ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional.

Por su parte, la conceptualización que se hace del libre ejercicio de los derechos como las "exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica", obliga a una ponderación de las circunstancias específicas que concurren en el caso objeto de análisis, para determinar si caen dentro de alguno de los supuestos que para el Tribunal constituyen una afectación al libre ejercicio de un derecho constitucional.

La sentencia en que el Tribunal Constitucional ha analizado con mayor detenimiento la normativa legal reguladora de un derecho como obstáculo a su libre ejercicio es, seguramente, la de 14 de noviembre de 1994, que es la que falló el segundo requerimiento presentado contra el proyecto de ley que modificaba la Ley sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias Funcionales. En esa oportunidad, el Tribunal consideró que la "razonabilidad y prudencia" de las exigencias legales reguladoras de un derecho son las que permiten entender que su libre ejercicio no se encuentra entorpecido y que "se guarde armonía y coherencia con lo establecido en el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental" (considerando 5°). El mismo criterio es, por cierto, aplicable a los tributos que afectan el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente, el cual debiera entenderse impedido en su libre ejercicio si se concluyera que esos tributos no son razonables ni prudentes.

PRINCIPALES INCONSTITUCIONALIDADES QUE PRESENTA EL PROYECTO

4.- Teniendo en consideración el alcance de los derechos y garantías constitucionales que acabo de examinar, a mi juicio, el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas resulta inconstitucional por diversas razones, siendo las inconstitucionalidades más llamativas respecto a la adquisición y uso del derecho de aprovechamiento y al pago de una patente por la no utilización de las aguas, las siguientes:

- i) *Vulneración de los atributos o facultades esenciales del dominio que tienen sus titulares sobre sus derechos de aprovechamiento de aguas.*

Como toda propiedad, la que se tiene sobre el derecho de aprovechamiento es susceptible de ser limitada solo por la ley y también es

⁸ Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de febrero de 1987, considerando 21°.

procedente que esta le imponga obligaciones, derivadas unas y otras de la función social que es inherente a la propiedad. Pero esas limitaciones y obligaciones, para ser lícitas y no infringir la Constitución, deben emanar únicamente de la ley y respetar los atributos y facultades esenciales del dominio, entre los cuales están –como lo ha puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia– la posibilidad de utilizar el bien de la manera que desee su propietario y la libre disposición del mismo.

El proyecto presentado por el Presidente de la República y el texto aprobado por la Cámara de Diputados, en cambio, condicionaban el otorgamiento del derecho de aprovechamiento a un uso específico. Así se desprendía del nuevo artículo 149 del Código de Aguas, el cual, en su N° 4 señalaba que la resolución en cuya virtud se constituyera el derecho de aprovechamiento contendría “El uso o destino inicial que se dará al agua”.

Esa disposición, conforme a su tenor literal, prescribía un único uso al que el dueño inicial del derecho de aprovechamiento podía destinar las aguas sobre las que recayera aquel. Esa vinculación del derecho de aprovechamiento a un uso específico, debía entenderse que privaba a su propietario de la facultad de goce ya que no podría arrendarlo ni entregarlo en usufructo, lo que inequívocamente es inconstitucional porque priva de una de las facultades esenciales del dominio. Obstaculizaba, además, la entrega del mismo derecho en garantía hipotecaria, y planteaba la duda en torno a la subsistencia de la facultad de disposición del dueño inicial del derecho de aprovechamiento, puesto que no era claro si el tercero adquirente podía hacer un uso de las aguas diverso del que motivó el otorgamiento del derecho.

El Ejecutivo, mediante la indicación formulada el 18 de diciembre de 1998 propuso, y la Comisión de Obras Públicas del Senado aceptó, la eliminación en la resolución que constituye el derecho de aprovechamiento de aguas de la obligación de indicar el uso o destino inicial que se dará al agua. Esa eliminación, destinada a disipar cualquier posible duda acerca de la libre transferencia de los derechos de aprovechamiento según lo señalaron los representantes del Ejecutivo durante la discusión del proyecto en la Comisión de Obras Públicas del Senado (págs. 20 y 119 del informe de la mencionada Comisión), no es suficiente, sin embar-

go, para eliminar las inconstitucionalidades que afectan al proyecto en lo relativo a las facultades y atributos esenciales de los dueños de derechos de aprovechamiento de aguas.

En efecto, se mantiene en el proyecto el nuevo artículo 149 del Código de Aguas, norma esta última relativa al contenido de la resolución que constituye el derecho de aprovechamiento y que prescribe en su inciso final: “El Director General de Aguas estará facultado para establecer, en el acto de constitución, especificaciones técnicas, condiciones, plazos, prohibiciones u otras modalidades y limitaciones que afecten el derecho”. Esa facultad otorgada a un órgano administrativo es inconstitucional.

Y lo es, no solo porque directamente infringe la Carta Fundamental al no respetar la reserva legal establecida en favor de la ley en el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 para establecer limitaciones a la propiedad, transfiriendo a un órgano de la Administración del Estado el poder de imponerlas, sino porque ha puesto en peligro el goce efectivo de un derecho reconocido constitucionalmente al conferir al Director General de Aguas atribuciones de tal amplitud que, al ser ejercitadas discrecionalmente, pueden menoscabar un derecho que el Estado se encuentra obligado a respetar plenamente.

No hay que olvidar, en efecto, que reiteradamente en el capítulo I “Bases de la institucionalidad”, la Constitución establece el deber que tienen el Estado y sus órganos de respetar siempre los derechos fundamentales. Así, el artículo 1°, inciso cuarto, cuando enuncia la misión servicial del Estado y orienta su actuación a la promoción del bien común y a la creación de las condiciones sociales que permitan a todas las personas su mayor realización espiritual y material, precisa que debe hacerlo “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Luego, en el artículo 5°, inciso segundo, prescribe que el ejercicio de la soberanía –una de cuyas manifestaciones más importantes es precisamente la creación de leyes–, “reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y consecuentemente, que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Y por último, el artículo 6° somete la acción de los órganos del Estado a la Constitución, la cual, entre

sus preceptos incluye los diversos números del artículo 19 que aseguran otros tantos derechos a las personas, derechos cuyo respeto es, entonces, obligatorio para los titulares de los órganos del Estado como lo es también para toda persona, institución o grupo.

En sentencia de 4 de enero de 1995, dictada por el Tribunal Constitucional al examinar la nueva ley sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, el mismo Tribunal tuvo ocasión de precisar cómo el respeto a los derechos de las personas es condición ineludible para la validez de toda actuación de los órganos legislativos.

Sostuvo en esa oportunidad el Tribunal, luego de citar el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, que "la Constitución está señalando al legislador que su labor fundamental debe realizarla desde la perspectiva que los derechos de las personas están antes que los derechos del Estado y que este debe respetar y promover los derechos esenciales garantizados por ella conforme al inciso segundo del artículo quinto, y en consecuencia *toda legislación que se aparte o ponga en peligro el goce efectivo de las libertades y derechos que la propia Carta Fundamental reconoce y asegura, adolece de vicios que la anulan al tenor de sus artículos sexto y séptimo*" (considerando 10º, letra a), el destacado es mío).

Es, pues, inequívoco que toda ley, al regular una materia, debe hacerlo de tal modo que respete los distintos derechos, libertades y garantías que están en juego y que la Constitución garantiza, ya que no es suficiente la existencia de una razón de bien común o de interés general –si es que ella existe realmente– para que la legislación que se dicte sea inatacable. De ahí que si una ley infringe directamente un derecho, pero también si lo pone en peligro de ser desconocido con la regulación que contempla, ella es inconstitucional, y tal es lo que ocurre con el derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas en el proyecto que se discute en el Senado, en el que se otorga atribuciones tan amplias y discrecionales a un órgano administrativo –el Director General de Aguas– que con su actuación puede privarlo de significación jurídica.

Por último y en lo relativo a la facultad de uso de los dueños del derecho de aprovechamiento –que es otra de las facultades esenciales del dominio–, su ejercicio deja de ser libre

desde el momento que el no uso, que es una posibilidad inherente a la calidad de propietario, para algunos derechos de aprovechamiento queda afectado en el proyecto a un tributo de tal cuantía que significa prácticamente la privación de la propiedad sobre ese derecho.

ii) *Infracción de la norma constitucional que prohíbe establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.*

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

Diversos autores –Cea Egaña, Figueroa Valdés, y Evans de la Cuadra y Evans Espiñeira en una obra conjunta–, al ocuparse del significado de las disposiciones de la Constitución Política sobre tributos, han tenido oportunidad de precisar lo que se entiende por tributo y lo han hecho de modo coincidente.

Cea Egaña, en su reciente obra⁹, hace suyo el concepto expuesto por la Corte Suprema en una sentencia de 1992 en que admitió que "el vocablo tributo significa obligaciones pecuniarias que la ley impone a las personas para el cumplimiento de los fines de Bien Común propios del Estado", y acepta igualmente la distinción hecha por el Tribunal Constitucional respecto de las tasas, cuyos elementos esenciales son la no obligatoriedad y la contraprestación efectiva de una actividad por parte del Estado hacia quien la paga.

Figueroa Valdés¹⁰, cita el concepto de tributo de un autor argentino –Carlos Giuliani– y el expuesto en el modelo de Código Tributario para América Latina. Para el primero, tributo es "una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de

⁹ "El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica", Universidad Austral de Chile 1999, pág. 131.

¹⁰ "Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980", Editorial Jurídica de Chile 1985, pág. 24.

imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público”, mientras que el artículo 13 del Código modelo lo define como “las prestaciones en dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines”.

En “Los tributos ante la Constitución” de Enrique Evans de la Cuadra y Eugenio Evans Espiñeira¹¹, sus autores dan la siguiente definición de tributo: “obligaciones pecuniarias que la ley impone a las personas para el cumplimiento de los fines de bien común propios del Estado”.

El Tribunal Constitucional, a su vez, en dos sentencias, una de 17 de mayo de 1994 sobre peajes camineros, y otra de 14 de octubre de 1996 sobre tasas aduaneras, ha tenido oportunidad de perfilar el significado de los tributos y su diferencia con otras prestaciones pecuniarias que recibe el Estado. Los peajes que cobre el Estado fueron considerados tributos, aunque afectos a un destino determinado, y lo mismo las tasas que se autorizaba cobrar al Servicio Nacional de Aduanas. Y ello porque las tasas a pagar por las actuaciones del mencionado Servicio, aunque se pretendía diferenciarlas de los tributos, no entrañaban la prestación de un servicio efectivo del cual las personas libremente pudieran prescindir.

La jurisprudencia, como he expuesto anteriormente en este documento, entiende que las desproporciones burdas, exageradas e injustificables, o que traspasen los límites de lo razonable y prudente, y cuya desproporción o injusticia sea tan evidente que resulta clara en la propia disposición legal, son inconstitucionales.

Tal ocurre, a mi juicio, de modo especial con la patente sobre derechos no consuntivos que no se utilicen, establecida en el artículo 129 bis 4 del Código de Aguas contenido en el proyecto de ley que conoce el Senado. La norma propuesta, en efecto, luego de determinar la suma inicial a pagar por concepto de patente en base al valor de esta, multiplicada por el volumen de agua y el desnivel entre los puntos de captación y restitución al cauce, multiplica después por cinco el valor de la patente por derechos de aprovechamiento de aguas

no consuntivos entre el año sexto al décimo desde la fecha de su otorgamiento, y luego por veinticinco a partir del año once. Ello determina, según cálculos que he tenido a la vista para algunos proyectos hidroeléctricos, el pago anual de patente por derechos no consuntivos de varios centenares de millones de pesos en los cinco primeros años, luego entre los años seis a diez cantidades del orden de mil quinientos o algo más de dos mil millones de pesos, y a partir del año once cifras que en algún caso superan los diez mil millones de pesos anuales.

Tan desmesurada resulta la patente a pagar por ciertos derechos de aprovechamiento de aguas, que esa obligación tributaria onerosísima cuyo carácter confiscatorio es evidente y que no encuentra asidero constitucional, forzará a sus propietarios a renunciar a los mismos para no seguir soportando el tributo que entraña su titularidad. Es evidente, por lo demás, que el propósito perseguido en el proyecto es el de acabar con la propiedad que se tiene sobre estos derechos de aprovechamiento no utilizados, y ello se aprecia en las normas que contempla sobre la renuncia de tales derechos, situación por cierto inédita en la legislación chilena para los derechos reales porque es extraño que alguien quiera desprenderse de un bien existente en su patrimonio y del que puede beneficiarse.

iii) Vulneración de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y, especialmente, de no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

La Constitución Política no prohíbe que una ley dé un trato diverso a distintos sectores, pero exige que esas diferencias de trato tengan una justificación racional. De no existir esta justificación tales diferencias merecerán el calificativo de arbitrarias y resultan contrarias a la Carta Fundamental, como la doctrina lo ha señalado y la jurisprudencia lo ha admitido, habiendo declarado incluso la Corte Suprema la inaplicabilidad de disposiciones legales que discriminaban arbitrariamente en contra de las empresas generadoras de energía eléctrica.

El proyecto en análisis establece, sin embargo, diferencias de tal entidad en el pago de la patente por el no uso de las aguas de un mis-

¹¹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique y EVANS ESPÍÑEIRA Eugenio, “Los tributos ante la Constitución”, Editorial Jurídica de Chile 1997, pág. 64.

mo caudal entre los derechos consuntivos y los no consuntivos, gravando considerablemente a estos últimos sobre los primeros, sobre todo para ciertos caudales, que no existe explicación lógica o racional para esa diversidad de trato. De esta forma, se configura un trato jurídico que discrimina de modo grave y arbitrariamente en perjuicio de las empresas hidroeléctricas de cierta magnitud, lo que vulnera inequívocamente las garantías 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.

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

Tal como he expuesto anteriormente en este documento, la Constitución Política de 1980 contempla en el N° 26 de su artículo 19 una garantía de la que gozan los titulares de todo derecho reconocido constitucionalmente frente a posibles excesos del legislador en los casos en que la ley puede regular o limitar ciertos derechos. Dicha garantía es la que se conoce con el nombre de protección de 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 lo que a este le es consustancial de modo que deje de ser reconocible, ni tampoco imponerle condiciones, tributos o requisitos que impliquen exigencias que lo vuelven irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo priven de tutela jurídica.

La ley puede, naturalmente, alterar la regulación jurídica sobre constitución y contenido de los derechos de aprovechamiento de aguas, pues tiene competencia para ello según lo dis-

puesto en el inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política. Pero lo que está impedido de hacer constitucionalmente es desconocer los actuales derechos de propiedad sobre derechos de aprovechamiento, pues tal propiedad goza, como hemos visto, del mismo reconocimiento y protección que sus dueños tienen sobre todo otro derecho de propiedad adquirido.

De ahí, entonces, que aunque la legislación modifique a futuro los derechos de aprovechamiento de aguas, esos cambios no pueden menoscabar los actuales derechos de aprovechamiento pues sobre estos derechos sus titulares tienen una propiedad protegida constitucionalmente con todos sus atributos y facultades esenciales.

Es improcedente, entonces, sea por los cambios que se introduzcan en el estatuto jurídico de los derechos de aprovechamiento, sea por los tributos que en adelante los afecten, transformar en algo diverso los actuales derechos de aprovechamiento de modo que su contenido jurídico esencial, aquello que los distingue, desapareciera y diera paso a otra figura jurídica, o bien, que su libre ejercicio –no solamente su ejercicio– resultara entrabado por exigencias o tributos que no sean razonables o prudentes, que es precisamente lo que ocurre con la patente que se propone introducir por el no uso de derechos no consuntivos de aguas.

Tal es una razón más, que se añade a las que anteriormente he examinado en este documento, para mostrar la inconstitucionalidad del proyecto, y que se aplica especialmente a la propiedad existente a la fecha sobre derechos de aprovechamiento de aguas, la cual no puede dejar de presentar las características que singularizan un derecho de propiedad que se ejercita libremente sin infringir la Constitución Política.