

LA CADUCIDAD DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS POR CAUSA DE DESAMPARO: CONSTITUCIONALIDAD DE DICHA FORMA DE EXTINCIÓN INTRODUCIDA POR EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE AGUAS

HIPÓLITO ZAÑARTU ROSSELOT

Abogado

El texto del Proyecto de Reforma al Código de Aguas, que actualmente se tramita en el H. Congreso Nacional (en adelante "El Proyecto"), establece una causal de extinción del derecho de aprovechamiento de aguas consistente en su caducidad por no pago de la patente que establece el mismo Proyecto.

Tal forma de extinción del derecho, que es una verdadera caducidad, en la medida que pretenda (expresa o implícitamente) hacerse aplicable a derechos de aprovechamiento ya constituidos o reconocidos en conformidad a la ley, pugna abiertamente con las normas constitucionales que garantizan la propiedad sobre los derechos de aguas en particular y con aquellas que en general amparan el derecho de propiedad sobre todo tipo de bienes, a saber:

1. TEXTO DEL ARTICULADO DEL PROYECTO QUE CONSAGRA LA CAUSAL DE CADUCIDAD DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR NO PAGO DE PATENTE

El indicado Proyecto consagra un artículo 129 bis 18 que dispone:

Artículo 129 bis 18: "*Si no hay postor por algún derecho de aprovechamiento, el juez lo declarará extinguido y ordenará cancelar las correspondientes inscripciones en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces. Dicha resolución se notificará por el estado diario*" (énfasis agregado).

En consecuencia, si en el procedimiento ejecutivo derivado del no pago de la patente por no uso de las aguas, que el mismo Proyecto establece, ocurre que en la respectiva subasta no se presentan postores que deseen adquirir el mismo derecho objeto de esta venta judicial forzada,

dicho derecho sencillamente se extingue por resolución judicial, de manera similar a lo que ocurre con la declaración de "terreno franco" que se produce, eventualmente, como efecto del desamparo de una concesión minera.

Enseguida, el juez que conoce del procedimiento compulsivo debe ordenar se cancele la respectiva inscripción del derecho de aguas declarado extinguido en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, con lo cual se completa el circuito, toda vez que la inscripción que sujetó el mismo derecho —ya declarado extinto— a la teoría de la posesión inscrita conforme el Art. 20 del Código de Aguas (requisito, garantía y prueba de posesión [y de dominio, conforme la intención de don Andrés Bello esbozada en el Mensaje de nuestro Código Civil]), se cancela.

Por lo tanto, no cabe duda alguna que en el artículo 129 bis 18 del Proyecto, ya transcrito, se encuentra una causal de extinción del derecho de aprovechamiento de aguas, extinción totalmente inconstitucional, como se demostrará *infra*, en la medida que pretenda hacerse extensiva a derechos de aprovechamiento de aguas ya constituidos o reconocidos en conformidad a la ley a la fecha de la presunta entrada en vigencia del Proyecto.

2. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD (*IUS IN REM*) RESPECTO DE LOS DERECHOS SOBRE LAS AGUAS

En términos generales, nuestra Constitución Política consagra una fuerte protección a la propiedad sobre toda clase de bienes, sean corporales o incorporales. Esta protección, o *garantía del derecho de propiedad*, se encuentra fundamentalmente en los incisos 1°, 2° y 3° del Art. 19 N° 24 de la Constitución, recibiendo aplicaciones concretas en el inciso 9° (dominio

sobre concesión minera), 11° (propiedad sobre derechos constituidos o reconocidos sobre las aguas), ambos del citado artículo 19 N° 24 y en el Art. 19 N° 25, referido a la propiedad intelectual y artística.

Interesa destacar, pues fijan el marco general de la garantía del derecho de propiedad, los primeros tres incisos del Art. 19 N° 24 de la Constitución.

Dichos preceptos básicamente indican:

- a) Que la Constitución asegura a todas las *personas* el derecho de propiedad en sus diversas *especies* sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.
- b) Que solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que se deriven de su función social. Esta garantía debe necesariamente complementarse con el límite establecido al legislador por el N° 26 del mismo artículo 19 de la Constitución.
- c) Que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que 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.

Consideramos necesario repetir que la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas encuentra concreta aplicación de la garantía del derecho de propiedad en virtud de constituir dicho derecho *un bien incorporal* y, además, por la aplicación concreta de la misma garantía que estatuye el inciso 11° del Art. 19 N° 24 de la Constitución, conforme se indicó *supra*.

En consecuencia, y para el caso que nos interesa (propiedad sobre derechos de aprovechamiento de aguas, constituidos o reconocidos en conformidad a la ley), nuestro Texto Fundamental y siguiendo las palabras de Guzmán Brito ("Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo", edit. Jurídica de Chile, 1ª edición, 1995, págs. 245 y ss) establece:

- a) La garantía (del derecho de propiedad) cubre la titularidad misma de los derechos reales y personales [no debe olvidarse que el derecho de aprovechamiento de aguas es un *derecho real* conforme el Art. 6 del Código de Aguas], es decir, el *cuasi dominio* (dominio sobre cosas incorporales) considerado en sí. Por lo tanto, nadie puede ser privado, sino en virtud de ley expropiatoria, de ese *cuasi dominio* en cuanto tal. Por *pri-*

vación de la titularidad de un derecho se debe entender todo acto de confiscación, de transferencia por ley, decreto u otro acto de autoridad a terceros y de extinción inmediata o después de un tiempo por el solo ministerio de la ley, decreto u otro acto de autoridad (caducidad), siempre y cuando esta caducidad opere respecto de derechos adquiridos a perpetuidad, pues en el caso que la caducidad se encuentre incorporada al título de adquisición de un derecho nuevo, el derecho nace entonces caducable y aquí no hay pugna con la Constitución.

- b) La garantía cubre la *cuasi posesión* (posesión de cosas incorporales) de los derechos reales y personales, la que no puede ser quitada legítimamente sin previa ley expropiatoria (*cf. inciso 5° Art. 19 N° 24 Constitución*).

En efecto, la Constitución indica que nadie puede ser privado "*del bien sobre que recae*" (la propiedad), queriendo decir *de la cosa*. Dicha norma, aplicada respecto de las cosas corporales, significa garantizar no solo la propiedad de ellas en sí, sino su posesión, para evitar que, aun respetándose formalmente el derecho de propiedad, se sustraiga la cosa misma al poder de hecho de su dueño. Aplicada la misma norma a las cosas incorporales, significa que nadie puede ser privado del derecho real o personal de que se trate, aunque no sea privado de la propiedad que sobre ellos recae, para evitar que se pretendiera, por un lado y por ejemplo, respetar la propiedad de un usufructo, pero privar por otro del usufructo mismo, como cosa incorporal en que incide aquella propiedad; aquí el usufructo sería "el bien (la cosa) sobre que recae (la propiedad)".

Por otra parte, no obstante que el inciso 11° del Art. 19 N° 24 de la Constitución reza que: "*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*", tal disposición no es sino concretar la protección general que el constituyente otorga al derecho de propiedad en los primeros incisos del citado Art. 19 N° 24 de la Constitución. En efecto, la propiedad de los derechos de aguas ya queda, asimismo, garantizada en el inciso 1° del Art. 19 N° 24, toda vez que los derechos sobre aguas son bienes incorporales, ya protegidos entonces por el citado inciso 1°.

Como la norma (Art. 19 N° 24, inciso 11° de la Constitución) tutela la propiedad de "los derechos sobre las aguas" y la forma de expresarse es genérica, no cabe duda, entonces, que cubre

al *derecho real de aprovechamiento de aguas* como a cualquiera otro derecho que pueda decirse que es sobre las aguas (v. gr. servidumbres). Además, no puede discutirse que el contenido de la misma garantía abarca tanto la titularidad exclusiva como la cuasi posesión.

3) EL ARTÍCULO 129 BIS 18 DEL PROYECTO

No obstante haber sido dicha norma ya transcrita, solo por fines académicos conviene que la misma sea reproducida:

Dispone la norma en comentario:

Artículo 129 bis 18: "*Si no hay postor por algún derecho de aprovechamiento, el juez lo declarará extinguido y ordenará cancelar las correspondientes inscripciones en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces. Dicha resolución se notificará por el estado diario*" (énfasis agregado).

Si se pretende hacer extensiva dicha norma a aquellos derechos sobre aguas constituidos o reconocidos en conformidad a la ley con anterioridad a la fecha en que entre en vigencia la misma norma, se estaría entonces a una inconstitucionalidad patente y expresa, toda vez que sobre la titularidad sobre derechos de aguas ya constituidos o reconocidos en conformidad a la ley y sobre el derecho mismo existe propiedad protegida por la Constitución y en consecuencia la única manera de ser privada sobre la misma o sobre el bien en que esta recae es solo *por ley general o especial de expropiación que la autorice por causa de utilidad pública o interés nacional calificada por el legislador*. Toda otra forma de privación será inconstitucional. En efecto, fuera de lo expuesto *supra*, es del caso traer a colación lo indicado por Evans de la Cuadra en su obra "Los Derechos Constitucionales", Tomo III (Edit. Jurídica de Chile, 2ª edición, 1999), quien en la página 366 señala: "*El único procedimiento permitido por la institucionalidad chilena para privar del dominio es la ley, general o especial, que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por la misma ley*". "*La Constitución fue extremadamente cuidadosa al consagrar ese sistema y le dedicó tres incisos en el N° 24 de su artículo 19*".

Además, en la página 417 y ss. de la citada obra de Evans, se deja claramente establecido que la intención de la Comisión fue sujetar expresamente a los derechos sobre las aguas cons-

titudos o reconocidos en conformidad a la ley a idéntica protección y por ello se consagró el inciso 11° del mismo Art. 19 N° 24.

A lo anterior, debe recalcar que la Constitución no solo consagra la garantía del derecho de propiedad respecto de la propiedad misma, sino que además del bien sobre la cual esta recae, por lo que pugna con la Constitución no solo la pérdida del derecho mismo, sino que también la pérdida del bien (aunque ello acarree la pérdida del derecho) en la medida que ello suceda al margen de las disposiciones constitucionales.

En consecuencia, no debe quedar duda alguna que una causal de pérdida del derecho o de la cosa misma que sea sobreviniente al tiempo que el mismo derecho fue constituido o reconocido y que no se fundamente en ley expropiatoria es claramente inconstitucional.

A fin de despejar toda duda al respecto y considerando la permanente intención de justificar, por parte de algunos sectores, la legitimidad de causales de caducidad o extinción sobrevinientes en base a las normas establecidas en la Ley de Efecto Retroactivo de la Leyes (Ley de 7 de octubre de 1861), conviene recalcar que tal tema ya fue zanjado y discutido en las Sesiones de la Comisión Constituyente celebradas en 1975 (*vid.: Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II, año 1991, págs. 240 y ss.*).

Sin embargo, conviene recalcar algunos aspectos, a saber:

Regulación respecto al goce, cargas y extinción de los derechos reales que consagra la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes.

De esta materia se ocupa el artículo 12 de la citada ley, el cual dispone 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.

Bajo el prisma de la norma citada, puede parecer totalmente procedente sujetar un derecho real adquirido bajo una determinada ley, a las normas que una ley posterior establezca respecto de su goce, carga y extinción, justificando con ello, para el caso que nos interesa, la imposición de gravámenes que incluso conlleven a la extinción del derecho o del bien mismo.

Sin embargo, tal interpretación, a la luz de las normas constitucionales vigentes, es del todo improcedente, toda vez que los términos de la actual garantía de la propiedad consagradas en nuestra Constitución, impiden privar de la propiedad o del bien sobre que recae por una forma

diversa a la ley, general o especial, que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés general, idea que incluso ya venía del Art. 10 N° 10 de la Constitución de 1925 (cfr. Guzmán Brito, ob. cit., págs. 235 y ss.).

En efecto, al respecto conviene transcribir las páginas pertinentes de la Sesión 175ª de la Comisión Constituyente, celebrada el jueves 18 de diciembre de 1975 (vid. Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol II, 1991, pág. 245), en el cual, dentro de su intervención, el señor y profesor don Carlos Ruiz Bourgeois (Miembro de la Subcomisión del Derecho de Propiedad) señalaba:

“En el año 1966, era Ministro de Justicia don Pedro Jesús Rodríguez - surgió la inquietud sobre la inconveniencia del sistema de amparo por el pago de patente, que había degenerado totalmente porque la desvalorización monetaria determinaba que nadie tuviera que hacer esfuerzos de especie alguna para conservar las minas en su patrimonio absolutamente improductivas. Se pensó, entonces, sustituir el sistema de amparo por pago de patentes por otro que apuntara a la idea de producción y surgió el primer problema de tipo jurídico derivado, si era lícito cambiar las reglas del juego estando pendiente este último, si era o no constitucional modificar el sistema de amparo, o de si se otorgaba una pertenencia minera bajo condición del pago de una patente o canon ¿puede la ley cambiar por la de producción mínima? Surgió, agrega, una duda razonable sobre el particular. Se consultó a algunos profesores de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, quienes también participaron de esta duda”.

“Particularmente la inquietud se relacionaba con el artículo 12 de la ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, en la medida que esa disposición establece que el derecho adquirido bajo el imperio de una antigua ley subsiste bajo el imperio de la nueva, pero en lo tocante a su goce, cargas y extinción se estará a lo dispuesto en la última”.

“Esto permitiría aparentemente a la ley establecer sistemas de amparo diferentes y, en consecuencia, las cargas y la extinción deberían regirse por el sistema nuevo, pero resultaba que el Texto Constitucional decía que nadie puede ser privado de su propiedad “o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por ley”, de donde ocurría que cualquier derecho real podía ser regido por el artículo 12 de la ley de Efecto Retroactivo de las

Leyes, pero en lo relativo al dominio, las causales de extinción estaban señaladas en el Texto Constitucional y la ley no podía entonces pasar por encima de ellas”.

En consecuencia, viendo las actuales disposiciones que aseguran la garantía del derecho de propiedad en nuestra Constitución vigente, no puede caber duda alguna respecto de la inaplicabilidad del Art. 12 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes en cuanto a que una ley posterior pueda establecer causales de extinción sobrevinientes a un derecho real adquirido bajo el imperio de una antigua ley, toda vez que la propiedad solo puede perderse por ley expropiatoria. Y, en cuanto a las cargas que la ley nueva establezca, no debe nunca perderse de vista el Art. 19 N° 26 de nuestra Constitución, cuyo contenido y alcances pueden estudiarse en Evans de la Cuadra y Evans Espiñeira en “Los Tributos ante la Constitución”, Edit. Jurídica de Chile, 1ª edición, 1997.

CONCLUSIONES

1. Nuestra normativa constitucional referente al derecho de propiedad solo permite que el mismo o el bien sobre que este recae sean privados por ley, general o especial, que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional calificada por el legislador.
2. La extinción de un derecho o del bien sobre que recae por causales que no estaban contempladas en el respectivo título del mismo es inconstitucional, pues se trata de una privación sin mediar ley expropiatoria conforme lo exige la Constitución.
3. La consagración de gravámenes respecto de un derecho cualquiera debe hacerse por el legislador cuidando necesariamente de no afectar el derecho en su esencia ni de imponer tributos o condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio (Art. 19 N° 26 de la Constitución)
4. En consecuencia, la norma del artículo 129 bis 18 del Proyecto, en cuanto pretende sujetar a la extinción que establece a derechos ya constituidos o reconocidos conforme a la ley, sería abiertamente inconstitucional, pues envuelve una extinción sin mediar ley expropiatoria. Lo mismo vale para aquellos casos en que sin mediar extinción del derecho se produce extinción del dominio del titular por pasar el derecho a otras manos, toda vez que la Constitución asegura a todas las personas que no serán privados de la propiedad ni respecto del bien sobre el cual ella recae, sino en virtud de expropiación por ley.

5. Creemos que pierde todo sentido un proyecto de reforma que establece patentes y que, sin embargo, no pueda afectar los derechos ya constituidos o reconocidos en lo que dice relación con la extinción del mismo derecho o de su dominio. Por lo menos, todas aquellas argumentaciones que han pretendido justificar una patente "por no uso de las aguas" y que dicen relación a la falta de un catastro de derechos antiguos caen por su propio peso, toda vez que si la patente solo podría eventualmente provocar extinción de derechos o

de su dominio respecto de aquellos que se constituyan con posterioridad a la entrada en vigencia del Proyecto, no va a existir ningún problema de "catastro", puesto que se tratará, precisamente, de derechos nuevos.

Finalmente cabe hacer presente que las dudas de constitucionalidad que genere el Proyecto pueden ser absueltas por el Excmo. Tribunal Constitucional por la vía de una *cuestión de constitucionalidad*, promovida conforme el Art. 82 N° 2 de la Constitución y el inciso 4° del mismo Artículo.