

Santiago, octubre 13 de 1997

Oficio N° 1326

Excelentísimo señor Presidente  
de la Cámara de Diputados:

Tengo el honor de remitir a V.E., copia autorizada de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en los autos Rol N° 260, referidos al requerimiento formulado en contra determinados preceptos del proyecto de ley que modifica el Código de Aguas.

Dios guarde a V.E.

(Fdo.): OSVALDO FAÚNDEZ VALLEJOS, Presidente; RAFAEL LARRAÍN CRUZ, Secretario.

Santiago, trece de octubre de mil novecientos noventa y siete.

Vistos:

Con fecha 16 de septiembre de 1997, 30 señores diputados, que representan más de la cuarta parte de esa Corporación, han presentado un requerimiento con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los preceptos que señalan del proyecto de ley modificatorio del Código de Aguas.

La nómina de los diputados requirentes es la siguiente: Víctor Pérez Varela, Juan Masferrer Pellizzari, Darío Paya Mira, Francisco Bayo Veloso, Jaime Orpis Bouchón, Patricio Melero Abaroa, Francisco Bartolucci Johnston, René Manuel García García, Claudio Rodríguez Cataldo, Juan Antonio Coloma Correa, Carlos Cantero Ojeda, Baldo Prokurica Prokurica, Harry Jürgensen Caesar, Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Büchi, Pablo Longueira Montes, Juan Taladriz García, Luis Valentín Ferrada Valenzuela, Osvaldo Vega Vera, Eugenio Munizaga Rodríguez, Carlos Bombal Otaegui, Marina Prochelle Aguilar, Cristián Leay Morán, Andrés Allamand Zavala, Evelyn Matthei Fornet, Carlos Caminondo Sáez, Iván Moreira Barros, Carlos Vilches Guzmán, Arturo Longton Guerrero, Alberto Cardemil Herrera y Jorge Ulloa Aguillón.

Señalan los requirentes que el Presidente de la República envió a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que tenía por objeto modificar el Código de Aguas, el cual, en algunas de sus normas de carácter orgánico constitucional fue rechazado. Sin embargo, en forma irregular e inconstitucional el Ejecutivo formuló una indicación, por medio de la cual repone en su integridad ante la Comisión Especial las normas cuya idea de legislar habían sido rechazadas en la votación general por la Sala.

La Cámara discutió y aprobó el proyecto en particular, procediéndose a votar por separado las normas consideradas de carácter orgánico constitucional que no alcanzaron el quórum requerido.

Señalan los requirentes que el resto de las normas del proyecto fueron votadas como propias de ley común.

Plantean los requirentes que todo lo que se refiere a la tramitación de la ley en el

Congreso Nacional está contemplado no sólo en la propia Constitución, sino que también en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso por expresa delegación de la Carta Fundamental. En consecuencia, puede afirmarse que jurídicamente toda infracción a las normas sobre esta materia comprendidas en dicho cuerpo legal, constituye una infracción a la Constitución.

Expresan los requirentes que las normas del proyecto de ley que deben declararse inconstitucionales pueden agruparse en tres grupos diversos, a saber:

A) Normas respecto a la adquisición y uso del derecho de aprovechamiento de aguas.

I. El proyecto contiene diversas disposiciones que limitan la adquisición del derecho de aprovechamiento sobre las aguas:

Artículo 1º, Nº 9, que reemplaza el artículo 140 del Código de Aguas.

Artículo 1º, Nº 10. Elimina el inciso final del artículo 148 del mismo Código.

Artículo 1º Nº 12. Intercala un nuevo artículo 147 bis en el mismo Código.

Artículo 1º Nº 14. Reemplaza el artículo 149 del Código de Aguas. Esta disposición se refiere al contenido de la resolución en virtud de la cual se constituye el derecho de aprovechamiento.

Plantea el requerimiento que, de acuerdo con las normas actuales del Código de Aguas, toda persona puede solicitar la constitución de un derecho de aprovechamiento sobre aguas determinadas y la Dirección debe necesariamente constituirlo, si existe disponibilidad de este recurso y éste es legalmente procedente, es decir, si se han cumplido los procedimientos legales y no se afecta el derecho ajeno.

De esta forma, la Dirección de Aguas no tiene hoy en día facultad alguna para calificar la procedencia del uso del agua que se solicita ni puede negar la constitución del derecho si hay disponibilidad y éste procede legalmente. En este sentido las normas en vigencia permiten un amplio e irrestricto acceso a la constitución y, por lo tanto, a la propiedad de un derecho de aprovechamiento sobre las aguas.

El proyecto innova substancialmente en el sistema existente y establece un régimen restrictivo y discrecional en la constitución y acceso al dominio del derecho de aprovechamiento.

El proyecto, por lo tanto, limita, a juicio de los requirentes, en términos virtualmente absolutos la libertad para adquirir el derecho de aprovechamiento que hoy está consagrado en forma amplia. De hecho se la elimina, porque ninguna libertad de esta naturaleza puede subsistir si queda a merced de la apreciación discrecional de un funcionario público.

Agregan que el propio Mensaje del Ejecutivo que contiene la indicación substitutiva del proyecto reconoce que las normas propuestas implican una limitación al derecho de adquirir el dominio puesto que expone: "al respecto se propone establecer límites razonables a la concesión de los derechos de aprovechamiento de aguas".

II. Por otra parte, el requerimiento expone que el artículo 19, Nºs 23 y 24, de la Constitución Política, es aplicable al derecho de aprovechamiento sobre las aguas, al fijar que el derecho a adquirir el dominio de un derecho de aprovechamiento sobre las aguas sólo puede ser restringido en virtud de una ley de quórum calificado y cuando lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Debe destacarse que el interés nacional tiene que exigir, de suyo, la limitación y, además, en tal forma debe declararlo la misma ley. En consecuencia, ambos requisitos son copulativos y no basta, por lo tanto, una simple

declaración legal.

En estas circunstancias, las disposiciones que antes se han mencionado, contenidas en el proyecto en actual tramitación, por su propia naturaleza debieron aprobarse como normas propias de ley de quórum calificado.

III. Agregan los requirentes que dichos preceptos, en la aprobación en general, debieron ser objeto de una votación especial y separada, sin embargo, dicha votación no se realizó, llevándose a cabo sólo dos votaciones, una respecto de las normas propias de ley común de la iniciativa, y otra, respecto de las normas propias de ley orgánica constitucional.

Añaden, los requirentes, que en la discusión en particular, los preceptos que se analizan recibieron el trato de disposiciones propias de una ley común, razón por la cual nuevamente se infringió el artículo 30 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Concluyen este capítulo de su presentación expresando que al no haberse aprobado las disposiciones en análisis como normas propias de ley de quórum calificado, tanto en general como en particular, debe concluirse que fueron rechazadas y que no pueden renovarse sino hasta después de un año.

B) Normas sobre el pago de una patente por el no uso del derecho de aprovechamiento sobre las aguas de que se es titular.

La Cámara de Diputados al conocer del proyecto en general, rechazó la idea de legislar respecto de las normas sobre el procedimiento judicial de remate de un derecho de aprovechamiento por el no pago de la patente correspondiente. Las normas sobre el establecimiento de la patente, en cambio, fueron aprobadas con el quórum propio de normas de ley común, toda vez que no se requería una mayoría distinta.

Sin embargo, en un sentido lógico es imposible establecer un tributo que tiene especiales alcances, sin contemplar también las normas específicas destinadas a obtener el cumplimiento forzado de la correspondiente obligación de pago. Se observa así, que las normas sobre la patente y las de remate judicial del derecho de aprovechamiento por su no pago forman un todo indisoluble, existiendo entre ellas correspondencia y unidad lógica, esto es, se trata de hechos o acontecimientos que conceptualmente se siguen unos de otros, en términos tales que negado uno es ineludible negar el otro. En resumen, la patente no puede “subsistir” o “funcionar” si no existen normas que permitan la ejecución consiguiente. No se puede aceptar que la patente pueda existir en forma autónoma, aunque no haya normas que permitan cobrarla, por cuanto no es admisible que se dicten disposiciones que no estén destinadas a tener un efecto práctico. En tal caso, se estaría admitiendo la existencia de una ley que lleva en sí misma el germen de su propio incumplimiento.

En relación con lo anterior, se expone en el requerimiento lo siguiente:

- a) La Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional jamás utiliza a este respecto las categorías de “lo principal” o “lo accesorio”.
- b) No es admisible sostener que en el ordenamiento jurídico existen otros procedimientos para cobrar el tributo, como es el juicio sumario.
- c) Por último, se agrega que si ambas materias, tanto la patente cuanto el procedimiento para ejecutarla no estuvieren estrictamente relacionadas, no sería posible entender por qué razón el Presidente propuso un procedimiento ejecutivo especial para la cobranza de las patentes mineras y, todavía más, rechazado éste, insistió en el mismo por la vía de la indicación.

Terminan este capítulo afirmando que la idea de legislar sobre la patente por no

uso del derecho de aprovechamiento ha sido rechazada, por consecuencia de haberse rechazado las normas sobre su cobro judicial.

C) Otras normas que deben considerarse rechazadas en forma consecucional.

Exponen los requirentes que el proyecto contempla otras normas que deben considerarse no aprobadas en general, por ser consecuencia de otros preceptos del proyecto, con los cuales se relacionan lógicamente, que tampoco, a su vez, fueron aprobados en general, y que detallan extensamente.

5. Normas constitucionales transgredidas.

Plantea el requerimiento que con ocasión de los hechos descritos se han transgredido, al menos, los siguientes preceptos constitucionales:

- a) El artículo 63, en relación con los incisos primero y segundo del artículo 30 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.
- b) El artículo 30, inciso final, de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.
- c) El artículo 71, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Concluyen los requirentes solicitando que se tenga por interpuesto este requerimiento y, en definitiva, se declare que deben ser excluidos del proyecto de ley que modifica el Código de Aguas los preceptos mencionados según expresan textualmente "Por haber sido rechazada su aprobación, según los casos, en general y, en subsidio, en particular...".

El Tribunal, por resolución de 23 de septiembre del presente año, admitió a tramitación el requerimiento, ordenando ponerlo en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en sus calidades de órganos constitucionales interesados.

Con fecha 30 de septiembre de este año, el Presidente de la República, ha formulado sus observaciones al requerimiento.

En una dilatada exposición, el Ejecutivo, primeramente hace una descripción de las normas que han sido objeto del requerimiento.

A continuación, el Presidente de la República, señala que los requisitos de validez de los actos de los órganos del Estado son la investidura regular de sus integrantes, el que actúen dentro de su competencia y que lo hagan en la forma que prescriba la ley, según lo dispone el artículo 7° de la Constitución Política. En relación con éste último, expone que comprende el procedimiento, esto es, el conjunto de trámites que van preparando la manifestación final de la voluntad. En este sentido, el procedimiento no es sino un conjunto de formalidades previas que conducen a una declaración final.

Agrega que el propio artículo séptimo establece como sanción genérica para el caso de contravención de sus disposiciones la nulidad.

Luego de describir las fases del procedimiento legislativo que son la inicial o de iniciativa, la central o constitutiva y la final o perfectiva, el Presidente entra a analizar los principios que informan el procedimiento de elaboración de la ley, en particular aquellos comprendidos en las normas constitucionales sobre la materia y que, según señala, son el principio democrático, de la finalidad o proformación de la ley, de la oficialidad o impulso progresivo, del perfeccionamiento progresivo de la discusión gradual, de la simple mayoría, del control interno y de la economía del derecho.

Más adelante, expresa que los supuestos vicios que afectan a algunas disposiciones del proyecto en estudio consiste en eventuales infracciones a preceptos constitucionales que regulan el procedimiento de formación de la ley, las cuales quedan

comprendidas en los vicios denominados de inconstitucionalidad de forma. Agrega que si bien en una primera aproximación a los vicios de procedimiento puede considerarse que éstos provocan siempre la invalidez de la ley, existen categorías que escapan a esta regla, que carece de efectos invalidantes, o en que éstos no alcanzan a la ley, o en que los mismos pueden ser eliminados como consecuencia de actos posteriores.

Entra luego a analizar las diversas clasificaciones de los distintos tipos de vicios que pueden afectar un precepto legal, para concluir que no existe inconveniente para considerar que los efectos de los vicios de procedimiento pueden, en principio, generar la invalidez de la ley, o más propiamente su inconstitucionalidad, lo que no significa, sin embargo, que todos los vicios de forma conlleven necesariamente tal sanción.

La aplicación de dichos criterios lleva consigo la posibilidad eventual de sanación del o de los vicios que afecten a una o más normas jurídicas. Cobran importancia al respecto los denominados remedios jurídicos que tienen como características común su capacidad para reparar la invalidez, efecto que puede materializarse de diferentes modos. En relación con el presente requerimiento es conveniente destacar entre ellos, la consecución del fin, la aquiescencia y la convalidación. La regla de la consecución del fin determina que, aunque haya graves desviaciones procedimentales, éstas no afectan a la validez del acto cuando se ha alcanzado el fin perseguido. Dicho de otro modo, la ausencia de requisitos esenciales de procedimientos sólo produce invalidez cuando, por esta causa, no se logra alcanzar la finalidad a la cual tiende la actividad.

Citando diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sostiene que no todo vicio de inconstitucionalidad de forma da origen a una declaración de inconstitucionalidad.

En relación a que las normas impugnadas son propias de ley común, el Ejecutivo expone que la Constitución de 1980 estableció, como una manera de restringir el ámbito del legislador, el dominio máximo legal, en cuya virtud, sólo son materias de ley aquellas que la Constitución expresamente señala como tales. Las leyes de quórum calificado, en cuanto son leyes, sólo pueden abarcar aquellas materias que la Carta Fundamental expresamente entrega a su consideración. Sin embargo, no se encuentran en un rango intermedio entre la Constitución y la ley, no hay una diferencia jerárquica, de subordinación entre las leyes de quórum calificado y las leyes comunes, puesto que se definen no sobre la base del principio de jerarquía, sino que sobre la base del principio de competencia, lo que implica que una ley orgánica no puede invadir el ámbito que les es propio. De aquí surge su primera excepcionalidad, la de ser leyes.

Por otra parte, la ley de quórum calificado requiere para su aprobación, modificación o derogación de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. La regla general es que las leyes sean comunes, esto es, que requieran, con el mismo objeto, sólo de la mayoría de los diputados y senadores presentes. De aquí surge su segunda excepcionalidad, esto es, que necesiten de un quórum especial.

De esta doble excepcionalidad se desprende:

- a. Que no es lícito extender una ley de esta naturaleza más allá de aquello que la propia Constitución expresamente determinó que fuera regulado por esta clase de normas.
- b. Su criterio de interpretación debe ser de derecho estricto, no pudiendo nunca ir más allá de su propio ámbito de competencia.

Señala el Presidente de la República que las normas que se impugnan en el requerimiento no requieren quórum calificado, desarrollando un exhaustivo análisis del

artículo 19, N° 23, de la Constitución.

El Ejecutivo señala la relación existente entre el derecho de aprovechamiento de aguas con el artículo 19, N° 23, de la Carta Fundamental, puesto que, las aguas se encuentran comprendidas entre aquellos bienes denominados bienes “que deban pertenecer a la nación toda”, comprensivos de los nacionales de uso público y de los fiscales, estando exentas de la apropiabilidad general.

Ahora bien, el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es un derecho real que recae sobre las aguas y que consiste en el uso y goce de ellas. Expresamente señala nuestro ordenamiento jurídico que dicho derecho es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

Se expresa que se trata de un derecho real administrativo porque, por una parte, los bienes sobre los que recae son bienes nacionales de uso público y su titular debe atenerse a las normas de derecho público y a la supervigilancia del organismo administrador del recurso y, por la otra, porque el uso y goce tiene limitaciones intrínsecas dadas por la calidad antes señalada y por el interés público involucrado.

Según el Presidente, el artículo 19, N° 23, no es aplicable a los derechos de aprovechamiento de aguas, debido a las siguientes razones:

A. Porque las situaciones que en opinión de los recurrentes deben ser cubiertas por el artículo 19, están reguladas por el artículo 60, N°s. 3 y 10, de la Constitución Política.

Respecto del artículo 60, N° 10, de la Constitución, el Presidente señala que las normas relativas a la enajenación, arrendamiento o concesión de bienes del Estado son, propias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y, además, de ley común, puesto que no tienen establecido un quórum especial.

Las razones para considerar que los actos constitutivos de derechos de aprovechamiento deben considerarse como actos propios del artículo 60, N° 10, son, en primer lugar, porque los derechos de aprovechamiento permiten la utilización de un bien nacional de uso público, y, en segundo, porque los derechos de aprovechamiento otorgan a su titular el dominio sobre ellos, lo que determina que los modos de adquirir, tanto originario (un acto de autoridad), como derivativos de un derecho de este carácter son actos de enajenación por los cuales se constituye el dominio sobre ellos lo que permitirá el uso y goce exclusivo sobre las aguas.

Refiriéndose al artículo 60, N° 3, de la Constitución expone el Presidente que el proyecto de ley en análisis modifica el Código de Aguas, abarca, por tanto, materias objeto de codificación, que son propias de ley común, pues no tienen un quórum especial de aprobación, modificación o derogación.

B. Por que el proyecto no establece ninguna limitación o requisito para la adquisición del dominio de algunos bienes, dado que mientras el derecho de aprovechamiento no se constituya, no existe jurídicamente como bien.

La adquisición de un derecho de aprovechamiento sobre las aguas involucra un proceso complejo, que se inicia con el acto de petición a la autoridad y concluye cuando el funcionario competente dicta una resolución, constituyendo el derecho. Es decir, el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. De este modo, antes de la resolución que constituye el derecho, éste no existe jurídicamente. El derecho de aprovechamiento se constituye con la resolución que lo otorga.

Como se aprecia, a simple vista, todos los preceptos que se impugnan se refieren

a las condiciones que permiten a la autoridad administrativa constituir un derecho de aprovechamiento de aguas. No es lícito ni razonable, entender que dichas condiciones coarten la libertad para adquirir un derecho de aprovechamiento. Esta libertad sólo será ejercitable en una etapa posterior, después del acto de autoridad que da origen al mismo como bien, es decir, como cosa susceptible de apropiación.

Las normas que se impugnan establecen requisitos o condiciones para el ejercicio de la potestad reglada de la administración.

Señala el Presidente que la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas es un acto administrativo. A través de él, la administración le atribuye al particular el uso exclusivo de una porción de las aguas. En la etapa previa a la constitución del derecho, el rol del particular se limita a solicitar a la administración el ejercicio por parte de ésta de una potestad que es eminentemente reglada atendido el interés público que se encuentra en juego.

Es en el ámbito del ejercicio de esta potestad, donde se enmarca la regulación contenida en el proyecto de ley. Así, ésta se refiere a las condiciones bajo las cuales la Dirección de Aguas puede constituir el derecho. Dichas condiciones no regulan el derecho subjetivo de ningún sujeto, sino la potestad de la administración. Constituyen el antecedente o presupuesto escenario para que la administración esté habilitada para conceder el uso privativo de un bien cuya tutela se le ha confiado en razón de su carácter público.

De esta manera, las normas que se impugnan regulan el estatuto jurídico de la potestad que corresponde a la Dirección de Aguas para otorgar el derecho de aprovechamiento. Sólo una vez que la ejerce, constituyendo el derecho, nace en el particular un derecho subjetivo. Sólo entonces, después de concluido el ejercicio de la potestad de la Administración los roles de ésta y de el beneficiario del derecho se alteran, predominando el derecho subjetivo de éste y restringiéndose la potestad de la Administración a las actividades propias de policía o vigilancia.

Expresa el Presidente de la República que la calificación de la naturaleza normativa de los preceptos es una atribución privativa de las Cámaras, controlable por el Tribunal Constitucional.

Indica el Ejecutivo que la infracción del artículo 30 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional es un vicio de legalidad.

Señala el Presidente que el Tribunal Constitucional no conoce de toda infracción que se produzca al ordenamiento jurídico, sino sólo de aquellas infracciones que la Constitución taxativamente le indica. Entre ellas no se encuentran las violaciones a las leyes vigentes, pues se ejerce un control preventivo y obligatorio de constitucionalidad, no ejerce un control a posteriori.

Expresa el Presidente que las leyes orgánicas constitucionales son leyes. No están en un rango intermedio entre la Constitución y la ley. Se diferencian de las leyes comunes no en base al principio de jerarquía sino en base al principio de competencia. Leyes ordinarias y leyes orgánicas constitucionales tienen así una misma jerarquía.

Agrega que las leyes orgánicas constitucionales se dictan en ejercicio del poder legislativo, no del poder constituyente. Por lo mismo, no se les puede atribuir una naturaleza jurídica distinta a la legislativa.

La posible infracción de una ley orgánica constitucional, específicamente del artículo 30 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, puede constituir un

vicio de legalidad, cuya sanción no está entregada al Tribunal Constitucional, sino a otros órganos del Estado. La ley orgánica constitucional, una vez que ha entrado en vigencia deja de ser controlable por el Tribunal.

Reitera el Presidente que la Constitución no contempla el procedimiento, la forma ni la oportunidad en que corresponde aprobar o rechazar normas legales propias de Ley Orgánica Constitucional o de Quórum Calificado. Eso lo hace la Ley Orgánica del Congreso Nacional en su artículo 30.

Por todo lo anterior, la eventual infracción de dicho artículo 30 no pasa de ser una infracción de una norma legal que no puede servir de parámetro de referencia para ejercer el control que corresponde al Tribunal Constitucional, pues no tiene rango de Constitución.

Concluye el Presidente de la República solicitando el rechazo del requerimiento y que se declare la plena concordancia de los preceptos impugnados del proyecto de ley que modifica el Código de Aguas con la Constitución Política de la República.

Ni la Cámara de Diputados como el Senado formularon sus observaciones al requerimiento.

Por resolución de 30 de septiembre, se ordenó traer los autos en relación:

El Tribunal, por resolución de 1º de octubre prorrogó el plazo constitucional para resolver.

Considerando:

- 1º Que treinta señores diputados han requerido a este Tribunal para que, en uso de las atribuciones que le otorga el artículo 82, N° 2º, de la Constitución Política de la República, declare la inconstitucionalidad de las modificaciones al Código de Aguas que se indican más adelante, por no haberse cumplido en su tramitación con los quóruns establecidos por la Ley Fundamental y la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Solicitan, también, que se rechacen las disposiciones que sean consecuencia de las normas declaradas inconstitucionales, aplicando al efecto el artículo 30 de la referida Ley Orgánica Constitucional:
- 2º Que a continuación se tratarán separadamente las modificaciones que se introducen al Código de Aguas, y que constituyen los siguientes capítulos: a) normas relativas a la adquisición originaria del derecho de aprovechamiento de aguas; b) normas sobre aplicación del artículo 71 de la Constitución Política, y c) normas sobre el pago de una patente por el no uso de las aguas;
- A) Normas relativas a la adquisición originaria del derecho de aprovechamiento de aguas.
- 3º Que se sostiene por los requirentes que las modificaciones a los artículos 140, especialmente su número 5º, 141 y los nuevos artículos 147 bis y 149 del Código de Aguas, constituyen limitaciones a la adquisición del derecho de aprovechamiento de aguas y, por ende, exigen para su aprobación una ley de quórum calificado, de conformidad a lo prescrito en el artículo 19, N° 23, de la Constitución Política de la República. Los citados preceptos del proyecto que se cuestionan versan, respectivamente, sobre la solicitud para adquirir originariamente el derecho de aprovechamiento, sobre la tramitación de dicha solicitud, sobre la resolución de la Dirección de Aguas mediante la cual se constituye el derecho antes señalado y, en fin, sobre el contenido que debe tener la resolución constitutiva del derecho de aprovechamiento.
- 4º Que para resolver adecuadamente esta primera cuestión de constitucionalidad que se plantea, es necesario precisar el régimen jurídico que se contiene en nuestro ordenamiento positivo sobre las aguas y sobre el derecho de aprovechamiento de dichas aguas;
- 5º Que las aguas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º del Código del ramo, “son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código”. Por su parte, el artículo 589 del Código Civil

prescribe: “Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.

“Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

“Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.”;

6° Que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas, lo define el artículo 6° del Código de Aguas como “un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código”. En su inciso segundo se agrega: “El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”. El artículo 20 del mismo texto de leyes establece que “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción.” A su turno, el artículo 23 del mismo Código preceptúa: “La constitución del derecho de aprovechamiento se sujetará al procedimiento estatuido en el párrafo 2° del Título I, del Libro II de este Código”. Por último, cabe tener presente que en el párrafo 2° antes aludido, denominado, “De la constitución del derecho de aprovechamiento”, se contiene un conjunto de preceptos relativos a dicha materia y entre los cuales se encuentran, precisamente, aquellos que, a juicio de los requirentes, constituirían limitaciones a la adquisición del derecho de aprovechamiento;

7° Que de las disposiciones legales recordadas en los considerandos precedentes, fluyen con nitidez las siguientes consecuencias atinentes al caso sub-lite: 1) las aguas, salvo las excepciones específicas contempladas en la ley, son bienes nacionales de uso público, y, por ende, se encuentran fuera del comercio humano, no siendo susceptibles de apropiación privada; 2) el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es un derecho real que se constituye originariamente por un acto de autoridad, conforme al procedimiento establecido en el Código de Aguas, que culmina con la resolución constitutiva del derecho, inscrita en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo; 3) antes de dictarse el acto constitutivo del derecho de aguas, de reducirse éste 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;

8° Que todo lo anterior se encuentra en plena concordancia y armonía con el inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que dispone: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. En otras palabras, y aunque resulte obvio expresarlo, la Constitución 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 constituya de acuerdo a las normas establecidas en la ley, tal derecho no existe;

9° Que analizados los preceptos cuestionados, contenidos en los artículos 140, 141, 147 bis y 149 del proyecto del Código de Aguas, a la luz de lo expuesto en los considerandos precedentes, 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;

10°. Que determinada la naturaleza y objetivo de los artículos del proyecto en estudio, surge la interrogante sobre cuál debe ser la norma jurídica que regule la adquisición originaria del derecho de aprovechamiento dentro de nuestro ordenamiento constitucional. La respuesta a esta pregunta nos la da, en primer término, el artículo 19, N° 24, inciso final, de la Carta Fundamental, al disponer “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Como puede apreciarse el constituyente con

meridiana claridad ha entregado a la “ley”, sin calificativos, 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, tanto porque cuando la Constitución se refiere a la “ley” sin adjetivos se entiende que es la ley común, como porque dicha clase de leyes representan la regla general en nuestro Código Político, constituyendo las leyes interpretativas, las orgánicas constitucionales y las de quórum calificado la excepción dentro de la denominación genérica de ley. Cabe hacer presente, además, el carácter especial de esta reserva legal que sólo se vincula con la materia específica del reconocimiento y constitución de los derechos sobre las aguas, naturaleza particular que, conforme a la hermenéutica jurídica, tiene aplicación preferente sobre cualquier otra norma general, entre las cuales se cuenta, desde ya, el artículo 19, N° 23, de la Constitución, que se refiere a toda clase de bienes. 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;

11°. Que la circunstancia que sea una ley común u ordinaria la que debe normar el estatuto jurídico aplicable al reconocimiento y constitución del derecho de aprovechamiento sobre las aguas, no significa en manera alguna debilitar la adquisición originaria de tal derecho, pues esa ley común al igual que la ley de quórum calificado debe respetar la preceptiva constitucional en su consagración legislativa concreta. En consecuencia, cualquier temor que pudiera tenerse frente al hecho de 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;

12°. Que, por otra parte, un análisis del artículo 19, N° 23, de la Constitución, supuestamente vulnerado por los preceptos en estudio, demuestra con claridad que estos no son, ni razonablemente pueden ser, objeto de ley de quórum calificado;

13°. Que, en efecto, dicha norma constitucional establece: “La Constitución asegura a todas las personas: “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

El objetivo de la norma es claro: “permitir el acceso a la propiedad privada a quienes no la tenían”. Como bien se afirma en el escrito del Presidente de la República en que formula sus observaciones al requerimiento: “En el seno de la Comisión Constituyente, y por boca de su Presidente, Enrique Ortúzar, podemos apreciar que el objetivo cierto fue el de “hacer accesible el derecho de dominio al mayor número de personas”, que, en su concepto significa “dar la posibilidad de que los demás (que no tengan propiedad, se entiende) también sean propietarios”. Y esta referencia al debate que sobre este precepto existió en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución es la única que directamente se relaciona con el caso sub-lite, porque ninguna otra intervención de los Comisionados se refiere al tema concreto de la adquisición del derecho de aprovechamiento de las aguas y, por ende, cualquier otra cita de las Actas de la referida Comisión resulta impertinente al tema en estudio.

Cabe puntualizar, además, que los antecedentes de las Actas de la señalada Comisión tienen en este caso puntual un carácter meramente referencial, por cuanto el texto de la norma respectiva por ella propuesto fue modificado por la Junta de Gobierno;

14°. Que por otra parte, del artículo 19, N° 23, de la Constitución, de acuerdo a su claro sentido y alcance y en armonía con el resto de la preceptiva constitucional y del ordenamiento legal, se infiere que él contempla cuatro normas: 1) la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto

es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil, todas las cosas corporales o incorporeales susceptibles de apropiación; 2) se exceptúan de esta libertad de adquisición, lógicamente, aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, es decir, se excluyen, entre otros, los bienes nacionales de uso público, como las aguas por ejemplo; 3) sólo en virtud de una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. Esta regla constitucional, dentro del contexto lógico del precepto se refiere a los bienes privados, y 4) todas las disposiciones anteriores son sin perjuicio de otros preceptos de la Constitución. Esta última norma aplicada concretamente al caso en análisis, debe entenderse en concordancia con lo prescrito en el inciso final del N° 24, del artículo 19 de la Constitución, que como ya se expresó establece 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”;

15°. Que determinado el sentido y alcance del artículo 19, N° 23, de la Constitución, surge con fluidez su verdadera aplicación a los preceptos del proyecto en estudio, relativos al procedimiento establecido por el legislador para la adquisición del derecho de aprovechamiento. Desde luego, él no se aplica a las aguas en sí mismas, porque como ha quedado en claro, ellas constituyen bienes nacionales de uso público y se encuentran en la excepción contemplada en el precepto constitucional. Tampoco se aplica la reserva legal de quórum calificado, al procedimiento de adquisición del derecho de aprovechamiento, pues éste tiene un estatuto especial propio de ley común, según lo prescribe el tantas veces citado 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;

16°. Que corolario de lo expuesto en el considerando precedente, es que los artículos del proyecto cuestionado relativos, a la solicitud para adquirir originariamente el derecho de aprovechamiento, a la tramitación de dicha solicitud y a la resolución de la Administración, mediante la cual se constituye el derecho de aprovechamiento sobre las aguas, no quedan comprendidas en aquella regla del artículo 19, N° 23, de la Constitución, que exige 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 puede 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;

17°. Que la conclusión anterior resulta aún más evidente, si se tiene presente que de aceptarse que las normas que regulan el procedimiento de constitución originaria del derecho de aprovechamiento son de quórum calificado, no sólo los artículos del proyecto en estudio que se han cuestionado deberían ser materia de leyes de quórum calificado, sino prácticamente todo el Código de Aguas, en cuanto regula la adquisición de este derecho, porque es dicho Código el que, al establecer el procedimiento de adquisición del derecho de aprovechamiento, consigna un conjunto sistemático de requisitos y limitaciones para su adquisición. Lo anterior está en abierta contradicción con lo preceptuado en el artículo 60, N° 3°, de la Carta Fundamental, norma que reserva a la ley ordinaria o común toda materia propia de codificación, entre las cuales se encuentra, naturalmente, el Código de Aguas;

18° Que finalmente, cualquiera sea el ámbito que se conceda a la disposición contenida en el numeral 23 del artículo 19 de la Constitución, él no puede interferir la preceptiva que regula el singular derecho de aprovechamiento de las aguas, que como ya se ha dicho, tiene un estatuto especial, normado por ley ordinaria, conforme lo dispuso el constituyente;

**B) Normas sobre aplicación del artículo 71 de la Constitución Política.**

19° Que se ha sostenido por los requirentes que, de acuerdo con el artículo 71, inciso final, de la Constitución Política, toda la materia relativa a la tramitación de la ley debe entenderse como de

rango constitucional, en razón de los términos usados por la Constitución.

Al efecto señalan:

“En síntesis, cabe concluir que constitucionalmente todo lo referente a la tramitación de la ley en el Congreso, no sólo está contemplado en el propio texto constitucional, sino que también en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, por expresa delegación de la Carta Fundamental. De esta manera, puede afirmarse que jurídicamente toda infracción a las normas de dicha ley orgánica constitucional, relativa a la tramitación de la ley en el Congreso, constituye igualmente una infracción a la Constitución.”;

20° Que el artículo 71 de la Constitución dice:

“El Presidente de la República podrá hacer presente la urgencia en el despacho de un proyecto, en uno o en todos sus trámites, y en tal caso, la Cámara respectiva deberá pronunciarse dentro del plazo máximo de treinta días.

“La calificación de la urgencia corresponderá hacerla al Presidente de la República de acuerdo a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso, la que establecerá también todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley.”;

21° Que si bien es efectivo que en esta disposición hay una delegación del constituyente al legislador orgánico, en todo lo que se refiera a la tramitación interna de la ley, no es menos cierto que estas normas no por ello dejan de ser de carácter legislativo;

22° Que este Tribunal tiene como función primordial velar por el resguardo del principio de supremacía constitucional, y constituye una de las instituciones jurídicas que la Constitución ha ideado para dar cumplimiento al artículo 6° de la Carta Fundamental, que dice en su inciso primero que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

La incorporación de los Tribunales Constitucionales, tanto en Chile como en los países europeos, nos muestra cómo éstos han sido creados con el objeto preciso de incorporar al texto de la Constitución un Tribunal autónomo llamado a interpretarla y cuya función principal es velar por su supremacía;

23° Que como bien lo explica Francisco Cumplido en su artículo incluido en el texto llamado: “La Reforma Constitucional”, de Eduardo Frei y otros, la historia del Tribunal Constitucional chileno nos revela que la idea fue de crear un órgano que tuviera a su cargo el control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley.

El mismo criterio se expresó en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución;

24° 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 sólo son normas complementarias de la Ley Fundamental;

25° Que si se ha sostenido que las leyes orgánicas constitucionales tienen una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley (sesiones N°s. 344, 353 y 358, de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y Rol N° 7, de 22 de diciembre de 1981, del Tribunal Constitucional) ello es sólo porque la propia Constitución les ha exigido mayores requisitos de forma, lo que en doctrina se denomina una superlegalidad de forma, pero no porque se haya querido privar a la ley orgánica de su jerarquía normativa de ley frente a la ley superior que es la Constitución. De aquí que el problema respecto de los distintos tipos de leyes sea de competencia y no de jerarquía;

26° Que si la ley orgánica constitucional está consagrada entre las materias de ley, de acuerdo con el

artículo 60 de la Carta Fundamental, no cabe otra conclusión que no sea que ella es una ley y un precepto legal no puede ser asimilable al concepto de Constitución.

La ley orgánica constitucional es un precepto legal que el Tribunal Constitucional está obligado a controlar preventivamente, y si se declara constitucional debe aplicarse el artículo 83, inciso final, de la Constitución, que dice: “Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.”;

27° Que de lo expuesto resulta que deben rechazarse las inconstitucionalidades 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;

28° Que los artículos objetados por los requirentes, en esta parte, son los siguientes:

1. El artículo 1°, N° 3, del proyecto, letra b), en cuanto sustituye el N° 7 del artículo 114 del Código de Aguas, por el siguiente:

“7. Las resoluciones judiciales ejecutoriadas que reconozcan la existencia o declaren la extinción total o parcial de un derecho de aprovechamiento.”

2. El artículo 1°, N° 4, que incorpora el artículo 115 bis que dice lo siguiente:

“Artículo 115 bis.- Deberán inscribirse en los Registros de Hipotecas y Gravámenes y de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar relativos a las aguas las condiciones, prohibiciones y limitaciones que afecten a los derechos de aprovechamiento.”

3. El artículo 1°, N° 5:

“Deróganse los números 2 y 4 del artículo 116.”

4. El artículo 1°, N° 7, que reemplaza al artículo 129 del Código de Aguas:

“Artículo 129.- El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por las causas y en las formas establecidas en este Código y en el derecho común.”

5. El artículo 1°, N° 13, que dice:

“Reemplázase, en el artículo 148, la frase “inciso tercero del artículo 141” por “inciso final del artículo 141”.”

6. Los artículos 1°, 2° y 3° transitorios:

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

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

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

7. El artículo 4° transitorio:

“Las solicitudes de derecho de aprovechamiento que se encuentren pendientes, deberán ajustarse a las disposiciones de esta ley, para lo cual el Director General de Aguas requerirá de los peticionarios los antecedentes e informaciones que fueren necesarios para dicho fin.”

Cabe señalar que todas las referencias a los artículos indicados en este considerando lo son al proyecto aprobado en la Cámara de Diputados en la sesión ordinaria N° 33, de 19 de agosto de 1997;

29° Que a mayor abundamiento, en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, aparece que el Tribunal Constitucional será “la entidad que resguarda toda la institucionalidad y a la cual se ha encargado velar por la supremacía constitucional”. (Sesión N° 365, pág. 2461).

Se da así una primacía a las normas constitucionales lo que no significa que igual criterio deba aplicarse a las disposiciones que las complementan;

30° Que por los motivos de los considerandos que anteceden, se rechazará también el requerimiento en esta parte;

C) Normas sobre el pago de una patente por el no uso de las aguas.

31° Que el proyecto aprobado en sus artículos 129 bis 4 a 129 bis 10, establece el pago de una patente por la no utilización de las aguas correspondiente a los derechos de aprovechamiento de que se es titular en los términos siguientes:

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

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

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

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

Si la captación de las aguas se hubiere solicitado realizar a través de un embalse, el valor del factor H corresponderá, en todo caso, al desnivel entre la altura máxima de inundación y el punto de restitución expresado en metros.

En todos aquellos casos en que el desnivel entre los puntos de captación y restitución resulte inferior a 10 metros, el valor del factor H, para los efectos de esa operación, será igual a 10.

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

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

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

a) En los primeros cinco años, contados desde que se hayan constituido o reconocido en conformidad a

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

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

- b) Entre los años sexto y décimo inclusive, contados desde que se haya constituido o reconocido en conformidad a la ley el derecho, la patente calculada de conformidad con la letra anterior se multiplicarán por el factor 2; y, desde los años undécimo y siguientes al de su constitución o reconocimiento, por el factor 4.
- c) Estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes por unidad de tiempo sean inferiores a 10 litros por segundo, en las Regiones I a Metropolitana, ambas inclusive, y a 50 litros por segundo en el resto de las Regiones.”

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

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

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

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

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

- a) Si no existen las obras de aprovechamiento necesarias para el ejercicio del derecho o éstas estuvieren manifiestamente abandonadas;
- b) Si la capacidad de las obras de captación o conducción fueren insuficientes para captar o conducir el total de las aguas sobre las que recae el derecho de aprovechamiento;
- c) Si no existieren los cultivos, industrias, instalaciones o establecimientos en que pudiere utilizarse el recurso, y
- d) En general, en todos aquellos casos en que el no aprovechamiento de las aguas resulte acreditado mediante los informes técnicos pertinentes.”

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

32° Que en la sesión extraordinaria de la Cámara de Diputados, N° 69ª, de 13 de mayo de 1997, se rechazaron por no tener quórum de ley orgánica constitucional las disposiciones que señalaban un procedimiento judicial de remate del derecho de aprovechamiento por el no pago de la patente. La votación fue por la afirmativa de 57 votos y por la negativa de 32 votos y 15 abstenciones. Estas normas fueron repuestas por el Ejecutivo y nuevamente en la votación en particular no obtuvieron el

quórum de ley orgánica constitucional, por lo que fueron eliminadas del proyecto;

33° Que los requirentes solicitan que habiéndose rechazado la idea de legislar sobre el remate del derecho de aprovechamiento de aguas por el no pago de la patente, como asimismo en particular dichos preceptos, deben entenderse consecuentemente rechazadas las disposiciones que establecen el pago de una patente por el no uso de las aguas, en razón de que el rechazo de una norma de quórum especial importaría el de las demás que sean consecuencia de aquella, en conformidad al artículo 30, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.918, del Congreso Nacional;

34° Que las disposiciones que requerían quórum especial y que no se aprobaron son las de los artículos 129 bis 11 al 129 bis 15, del proyecto.

En las votaciones en general y en particular, estos artículos no alcanzaron el quórum requerido por tratarse de normas orgánicas constitucionales en razón de la competencia que otorgaban a los tribunales de justicia;

35° 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;

36° Que a mayor abundamiento, 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;

37° 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.

Y, vistos, lo dispuesto en los artículos 19, N°s. 23 y 24, 60, 63, 71 y 83 de la Constitución Política de la República, y lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.918, del Congreso Nacional, y Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

Se declara: Que se rechaza el requerimiento de fojas 1.

Se previene que el Ministro señor Mario Verdugo Marinkovic no comparte el argumento contenido en el párrafo final del considerando 10° en lo que dice relación con la referencia al artículo 60, N° 3, de la Constitución, y, que, para concurrir al fallo tiene además presente que, aceptar la tesis del requerimiento en orden a exigir que las modificaciones a la normativa que regula la adquisición del derecho de aprovechamiento de las aguas deben ser aprobadas con quórum especial, implica contravenir la Carta Fundamental, por cuanto ella dispuso expresamente, en el inciso final del N° 24 del artículo 19, que dicha materia es propia de ley común u ordinaria, y no de quórum calificado u orgánica.

Acordada con el voto en contra de la Ministro señora Luz Bulnes Aldunate, quien estuvo por acoger el requerimiento en el capítulo relativo a la adquisición del derecho de aprovechamiento de aguas, por los motivos que se exponen a continuación.

1. Que la sentencia rechaza el requerimiento por el que se solicita que se declaren inconstitucionales, por vicios de forma, los artículos que se refieren a la adquisición del derecho de aprovechamiento de aguas, pues estima que estas normas debieron votarse como ley de quórum calificado invocando el

interés nacional.

2. Que el artículo 19, N° 23, de la Constitución asegura:

“23. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

Este nuevo derecho fue incorporado a la Constitución de 1980 en el Anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, a proposición de la Subcomisión encargada de estudiar el Estatuto del Derecho de Propiedad. Este organismo estimó que la posibilidad de adquirir el dominio se relaciona con los atributos de la persona y que se justificaba que al igual que se protegía la propiedad constituida se protegiese el libre acceso a ella.

3. Que la Ministra que disiente no comparte la sentencia en este capítulo, pues estima que los considerados 3° a 18° inclusive de ella, implican desconocer un derecho constitucional, que es el consagrado en el artículo 19, N° 23, de la Constitución Política, en sus incisos primero y segundo.

Ello en razón de las consideraciones que se exponen a continuación.

4. Que en relación a este derecho, según quedó establecido en la sesión N° 202, página 23, de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, todo el capítulo relativo a la propiedad, se refiere a garantías que el Estado reconoce a los particulares y debe entenderse en el sentido que al referirse a personas, evidentemente, se está aludiendo a personas naturales y jurídicas, con exclusión del Estado.

5. Que como se expresa en el texto de los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer (Tomo I, página 302), “esta garantía ha sido establecida con el objeto de asegurar el libre acceso, a fin de incorporar al patrimonio privado de las personas, a cualquier título lícito, toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales y, en general, de todas las cosas susceptibles de ser parte de un patrimonio personal, y proteger así a las personas de actos legislativos o de autoridad que los excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes”.

6. Que en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia:

“a) El artículo 19 N° 23 de la Constitución ha sido establecido con el objeto de garantizar el libre acceso al dominio privado de las personas de toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, y todas las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal. Su finalidad ha sido proteger a las partes de actos legislativos o de autoridad que excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes, salvo las excepciones contempladas en la misma norma constitucional.” (C. Suprema, 26 mayo 1988, R., t.85, sec. 5ª, p. 186.)

“b) Lo que reconoce la Constitución en el artículo 19 N° 23 es la aptitud genérica y sin discriminaciones que tienen los particulares para adquirir todo tipo de bienes protegiendo esta posibilidad eventual de exclusiones unilaterales de la autoridad de ciertos bienes, reconociéndose así el derecho prioritario de los particulares frente al Estado para impedir que éste pueda ejercer limitaciones abusivas o arbitrarias a esta libertad de incrementar la propiedad privada.” (C. Suprema, 26 mayo 1988, R., t. 85, sec. 5ª, p. 186).

7. Que de los antecedentes expuestos resulta evidente que el derecho que el constituyente otorga a todas las personas naturales y jurídicas de la posibilidad de ser dueños, se refiere tanto a los bienes corporales como a los incorporales y se extiende a todas las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal.

8. Que sobre el particular, en la sesión N° 197, página 18, de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se distinguió expresamente entre derecho de propiedad y derecho a la propiedad. Así, los miembros de la Comisión expresaron:

“El señor GUZMÁN, en este caso, comparte el criterio del señor Silva Bascuñán. Cree que toda consagración de derechos que se hace supone que está limitada por el derecho que tienen los demás, como mínimo, sin perjuicio de los demás que establezca la ley en aras del bien común. Cree que el derecho a la propiedad privada es un término que tiene un significado conceptual, doctrinario e histórico, perfectamente claro y nítido.

“El señor ORTÚZAR (Presidente) concuerda plenamente con el señor Guzmán. Le parece que si se ha consagrado una garantía constitucional que asegura el derecho de propiedad, es obvio que si se va a establecer otra que va a consagrar el derecho a la propiedad, evidentemente va a tener un sentido diferente, y el único sentido que puede tener es el derecho a adquirir el dominio de bienes para poder incorporarlos al patrimonio privado.

“El señor EVANS apunta que, entonces, habría que explicar lo que significa el derecho a la propiedad.

“El señor GUZMÁN dice que se podría dejar constancia en acta; pero tiene una gran ventaja: que en realidad los términos derecho a la propiedad y derecho de propiedad están acuñados por un significado generalizadamente aceptado dentro de la filosofía del derecho, de la filosofía política, de la doctrina política. Son términos muy claros, a su juicio.”

9. Que la libertad para adquirir el dominio fue consagrada en el Acta Constitucional N° 3 y el anteproyecto de la Comisión de Estudios la mantuvo en los términos siguientes:

“22. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.

“Una ley, con quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, puede reservar al Estado determinados bienes que carecen de dueño y establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

“La ley debe propender a una conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.”

10. Que en el articulado del Informe del Consejo de Estado no aparece este derecho y la Junta de Gobierno lo repuso en la forma señalada en el considerando 2° de esta disidencia.

11. Que de acuerdo al precepto transcrito no son susceptibles de apropiación privada los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, los que una ley declare que deban pertenecer a la Nación toda y los que otros preceptos de la Constitución así lo declaren.

12. Que en relación con las aguas, la Constitución Política, en su artículo 19, N° 24, inciso final, establece:

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Además, el Código de Aguas, en sus artículos 5° y 6°, señala:

“Artículo 5°.- Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código.”

“Artículo 6°.- El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.

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

13. Que, de acuerdo a las disposiciones transcritas el derecho de aprovechamiento es un derecho real y en consecuencia, en conformidad a las normas del derecho común, es un bien incorporal, por lo que cabe aplicar a su respecto el artículo 19, N° 23, de la Carta Fundamental, que asegura el libre acceso a la propiedad de toda clase de bienes, en otras palabras, la posibilidad de adquirirlo y de incorporarlo al patrimonio privado.

14. Que la disposición del artículo 19, N° 23°, de la Carta Fundamental, eliminó la reserva de bienes al Estado y reemplazó esta institución por la posibilidad que la ley de quórum calificado y cuando lo exija el interés nacional pueda establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

Del artículo indicado aparece con nitidez que para que se puedan establecer limitaciones o requisitos para la adquisición de este derecho deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias:

- a) que las limitaciones o requisitos se impongan por ley;
- b) que la ley sea de quórum calificado, y
- c) que lo exija el interés nacional.

15. Que limitar importa “acortar, cerrar, restringir” (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, página 1258).

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

Y por requisito, el Diccionario de la Lengua Española señala: “circunstancia o condición necesaria para una cosa”.

16. Que si las limitaciones o requisitos deben ser establecidos por ley, la que debe ser de quórum calificado, se elimina, en esta forma, toda posibilidad que la Administración imponga limitaciones o requisitos para adquirir este derecho, como también que sea la ley común la que venga a establecerlas.

Se requiere, también, que el legislador invoque el interés nacional.

17. Que, sobre el particular son de gran importancia los comentarios del profesor Evans, en su obra “Derechos Constitucionales”, Tomo II, página 334:

“III. Una ley de quórum calificado, sólo cuando lo exija el interés nacional, podría establecer requisitos o limitaciones para la adquisición del dominio de algunos bienes. En consecuencia, esta libertad no puede ser coartada por una ley común; el mismo derecho no puede ser impedido: sólo puede ser condicionado o limitado, sin que ello suponga afectar al derecho mismo. Las condiciones pueden consistir en imponer requisitos, racionales, no discriminatorios, para la adquisición de ciertos bienes. Las limitaciones pueden referirse al monto, ubicación o características de los bienes (por ejemplo: no más de tantas acciones de tales entidades; inversión no superior a tanto; tal especie de bienes situados en tal lugar no pueden ser adquiridos por extranjeros; pero con la exigencia ya señalada de no discriminación y siempre que esté comprometido efectivamente el interés de la nación entera. Puede apreciarse que el constituyente fue extraordinariamente acucioso al establecer esta garantía, ya que quiso evitar que los excesos legislativos y los abusos de autoridad pudieran vulnerar una libertad que considera parte integrante del conjunto de derechos asegurados al patrimonio personal e incorporados al concepto de orden público económico”.

18. Que en el mismo sentido se pronunciaron los profesores Verdugo y Pfeffer, quienes en el Tomo I, página 303, de su obra “Derecho Constitucional”, señalan, igualmente, que las limitaciones y

requisitos sólo serán procedentes cuando el mismo legislador los califique como una exigencia del “interés nacional”.

19. Que es evidente que el constituyente quiso resguardar con especial énfasis este derecho impidiendo que por la vía de las limitaciones o de la exigencia de requisitos, se hiciera ilusorio y dejara de ser una realidad.
20. Que no cabe duda que aceptar lo contrario y referir las limitaciones sólo a los bienes corporales es apartarse de la voluntad y de los términos del constituyente.
21. Que si entendemos por limitaciones las restricciones al ejercicio de un derecho, debemos aplicar este mismo criterio para resolver si la posibilidad de adquirir el derecho de aprovechamiento de uso y goce de aguas se encuentre o no limitado por las disposiciones que modifican el Código de Aguas que han sido requeridas ante este Tribunal.
22. Que para lo anterior cabe tener presente lo sostenido por la jurisprudencia y por la doctrina en el sentido, primero, que esta norma se aplica tanto a los bienes corporales como a los incorporeales y, segundo, que existe un derecho prioritario de los particulares frente al Estado para impedir que éste pueda imponer limitaciones a la libertad de incorporar bienes sean corporales o incorporeales a su patrimonio personal salvo que así lo resuelva la ley de quórum calificado que invoca el interés nacional.
23. Que si bien es cierto que el derecho de aprovechamiento se constituye por el acto de autoridad que lo establece, no es menos efectivo que el problema planteado por los requirentes es otro, pues lo que ellos sostienen es que hay un derecho establecido en la Constitución -que es el acceso a la propiedad-, distinto a la propiedad ya constituida.

En otras palabras y en la especie existe para todas las personas el derecho a adquirir el derecho de aprovechamiento y es esto lo que los requirentes consideran que se ha limitado y sujeto a requisitos sin que lo haya resuelto una ley de quórum calificado.

24. Que por los motivos anteriores es claro que la libertad para adquirir el derecho de aprovechamiento de uso y goce de aguas es un derecho incorporal que la Constitución asegura a todas las personas. No cabe sostener, en consecuencia, que “esta libertad sólo será ejercitable, sólo es viable jurídicamente, en una etapa posterior, después del acto de autoridad que da origen al mismo “bien”, es decir como cosa susceptible de apropiación” (Observaciones del Presidente de la República, Minuta 473/29.09.97/CC-SR, página 37).

Esta afirmación confunde la libertad para constituir dominio con la propiedad ya constituida, pues después del acto de autoridad existe dominio sobre un bien incorporal que se ha incorporado a un patrimonio, por lo que queda resguardado por el artículo 19, N° 24, de la Constitución, que se refiere al derecho de propiedad y no a la libertad para adquirir el dominio.

25. Que el derecho de uso y aprovechamiento de agua ha sido reconocido por la Constitución en el artículo 19, N° 24, inciso final, transcrito en el considerando N° 12 de esta disidencia.

Si este derecho, que es un bien incorporal, existe por reconocimiento expreso de la Constitución, y de los artículos 5° y 6° del Código de Aguas, es evidente que como la Constitución garantiza la libertad para adquirir toda clase de bienes, corporales e incorporeales, entre los cuales se encuentra el derecho de aprovechamiento de aguas, debe aplicarse la norma que dice que si se le establecen limitaciones y requisitos para su adquisición este acto debe llevarse a efecto a través de ley de quórum calificado y siempre que se invoque el interés nacional.

26. Que sostener lo contrario implica como conclusión que las limitaciones y requisitos que la Constitución autoriza para imponerle sólo serían posibles una vez constituido el derecho.

Se confunde así la protección del acceso al dominio con la protección a la propiedad ya constituida.

Y, aún en esta segunda situación jamás podría aceptarse que las limitaciones al ejercicio del dominio las impusiera la autoridad administrativa, en este caso el Director General de Aguas, como así ocurre en la especie.

27. Que los requirentes solicitan que las disposiciones del proyecto que no cumplen con el artículo 19, N° 23, inciso segundo, de la Constitución Política, sean declaradas inconstitucionales.

Estas disposiciones son las siguientes -sobre este punto se hace presente que la referencia es a las normas aprobadas en la Sesión Ordinaria N° 33, de la Cámara de Diputados, de 19 de agosto de 1997-:

1. Artículo 1º, Nº 9:

“Reemplázase el artículo 140 por el siguiente:

“Artículo 140.- La solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener:

1. El nombre del álveo de las aguas que se necesitan aprovechar, su naturaleza, esto es, si son superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas y la provincia en que estén ubicadas o que recorran.

En caso de aguas subterráneas, se individualizará la comuna en que se ubicará la captación y el área de protección que se solicita;

2. La cantidad de agua que se necesita extraer, expresada en medidas métricas y de tiempo;
3. El o los puntos donde se desea captar el agua.

En el caso en que la captación se efectúe mediante embalses o barrera ubicados en el álveo, se entenderá por punto de captación aquel que corresponda a la intersección del nivel de aguas máximas de dicha obra con la corriente natural;

4. Si el derecho es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas.

Las solicitudes para usos consuntivos indicarán, además, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución, y

5. La solicitud deberá ser acompañada de una memoria explicativa en la cual se justifique la cantidad de agua que se necesitará extraer, según el uso y destino que se dará a ella; y de los demás antecedentes que exija la naturaleza del derecho que se solicita, siempre que ellos estén relacionados con los anteriores.”

2. Artículo 1º, Nº 10:

“Elimínase el inciso final del artículo 141.”

Este artículo dice lo siguiente:

Artículo 141, inciso final: “Si no se presentaren oposiciones dentro del plazo se constituirá el derecho mediante resolución de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente. En caso contrario denegará la solicitud.”

3. Artículo 1º, Nº 12:

“Intercálase el siguiente artículo 147 bis, nuevo, a continuación del artículo 147:

“Artículo 147 bis.- el derecho de aprovechamiento de aguas se constituirá mediante resolución de la Dirección General de Aguas.

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

1. Si no se diere cumplimiento a los requisitos legales o reglamentarios;
2. Si no existiere disponibilidad del recurso;
3. Si no se hubiere justificado la cantidad de agua que se necesita extraer atendidos los fines invocados por el petionario;
4. Si se comprometiere gravemente el manejo y desarrollo del recurso de la respectiva cuenca u hoya hidrográfica, y
5. En general, en todos aquellos casos en que por razones de utilidad pública fuere necesario destinar el recurso a fines distintos del solicitado.

“Asimismo, el Director General de Aguas podrá, en circunstancias excepcionales y en virtud de condicionantes hidrológicas, constituir el derecho de aprovechamiento de aguas en modalidades distintas de como fue solicitado, y siempre que conste el consentimiento del interesado.”

4. Artículo 1º, Nº 14:  
“Reemplázase el artículo 149 por el siguiente:  
“Artículo 149.- La resolución en cuya virtud se constituye el derecho contendrá:
1. El nombre del adquirente;
  2. El nombre del álveo o individualización de la comuna en que se encuentre la captación de las aguas subterráneas que se desee aprovechar y el área de protección;
  3. La cantidad de agua que se autoriza extraer, expresada en la forma prevista en el artículo 7º de este Código;
  4. El uso o destino inicial que se dará al agua;
  5. El o los puntos precisos donde se captará el agua;
  6. El desnivel y puntos de restitución de las aguas si se trata de usos no consuntivos, y
  7. Si el derecho es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas.

“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.”

28. Que los artículos señalados fueron aprobados en la votación general en la sesión extraordinaria Nº 69, de 13 de mayo de 1997, de la Cámara de Diputados, como ley común, obteniendo 61 votos a favor, 32 votos en contra y 16 abstenciones.

Cabe destacar que no se separaron, como lo establece el artículo 30 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, las normas de quórum calificado porque la Cámara las estimó todas propias de ley común, y tampoco se hizo referencia a que había disposiciones de distinto quórum.

En la sesión ordinaria de 13 de agosto de 1997, Nº 33, se votaron estos artículos en particular y obtuvieron la siguiente votación: por la afirmativa 54 votos, por la negativa -excluyendo de esta votación al artículo 1º, Nº 14 del proyecto que reemplazó al artículo 149 del Código de Aguas-, obteniendo esta disposición 82 votos por la afirmativa, por la negativa 0 votos y 3 abstenciones.

Igualmente, como se hizo en la votación en general, la Cámara calificó estas normas de quórum ordinario.

29. Que a mayor abundamiento y como sustento de lo anterior debemos tener presente que todo lo relativo al acceso al dominio constituye una libertad que ha sido especialmente resguardada y protegida por la Constitución Política, pues es un derecho respecto del cual la Carta Fundamental excepcionalmente exige que las limitaciones y requisitos que se le impongan sean por ley de quórum especial y en resguardo del interés nacional que debe calificar el propio legislador.

30. Que de la sola lectura de los artículos transcritos en el considerando Nº 27 de esta disidencia resulta con claridad que el legislador autoriza a la Administración para imponer limitaciones al acceso al dominio del derecho de aprovechamiento de aguas.

31. Que lo anterior fuera de estar reconocido en el Mensaje que el Presidente de la República envió a la Cámara de Diputados, Nº 005-333, de 4 de julio de 1996, pág. 4, aparece además con nitidez de las atribuciones entregadas al Director General de Aguas entre las que, por vía de ejemplo se puede indicar el artículo 147 bis que autoriza a este funcionario para “limitar” las solicitudes de derechos de aprovechamiento, denegar este derecho cuando fuere necesario, destinar el recurso a fines distintos del solicitado, establecer “condiciones, plazos, prohibiciones u otras modalidades y limitaciones que afecten este derecho”.

32. Que establecido que los artículos indicados en el considerando Nº 27 son limitaciones y requisitos que se imponen a la libertad de acceder al derecho de aprovechamiento de aguas ello implica que

necesariamente deben aprobarse por ley de quórum calificado sustentados en el interés nacional y no pueden invocarse en este caso preceptos del artículo 60 de la Constitución.

Es indudable que existiendo una disposición constitucional especialmente referida a un derecho ésta debe aplicarse con preferencia a los preceptos generales.

33. Que el derecho a adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas es un bien incorporal por lo que no se visualiza como podría sostenerse que tiene un régimen jurídico distinto que los otros bienes incorporales y que no se aplica a su respecto el artículo 19, N° 23, de la Constitución Política de la República.

34. Que por las consideraciones anteriores la disidente es de opinión que los artículos transcritos en el considerando N° 27 son inconstitucionales en la forma pues, no se votaron como ley de quórum calificado lo que exige el artículo 19, N° 23, inciso segundo, de la Carta Fundamental y además no se invocó el interés nacional.

Redactó la sentencia la Ministro señora Luz Bulnes Aldunate, como también su voto de minoría.

Comuníquese, regístrese y archívese. Rol N° 260.

Se certifica que el Ministro señor Marcos Aburto Ochoa, concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por haberse retirado antes del término de la audiencia.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Osvaldo Faúndez Vallejos, y los Ministros señores Marcos Aburto Ochoa, Eugenio Valenzuela Somarriva, señora Luz Bulnes Aldunate, señores Juan Colombo Campbell y Mario Verdugo Marinkovic. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

AL EXCELENTÍSIMO SEÑOR  
PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS  
DON GUTENBERG MARTÍNEZ OCAMICA  
PRESENTE