

COMENTARIO A SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AGUAS: LA LABOR DE PROTECCIÓN DE LA MAGISTRATURA FRENTE A LA VIOLENCIA DEL ESTADO

CARLOS CIAPPA PETRESCU

RESUMEN: Todos los miembros de una sociedad utilizan agua, ya sea directamente para beberla, para apreciarla en la naturaleza, o bien, en forma indirecta a través del consumo de bienes que requieren de ella para su producción. El correcto ejercicio de estas facultades por parte del Estado, redundaría necesariamente en un aprovechamiento más o menos cómodo y pacífico de las aguas por parte de quienes lo necesitan.

Es en este ámbito se analizan dos sentencias del Excelentísimo Tribunal Constitucional de Chile. La primera pronunciada en el marco del control constitucional de leyes, en virtud de la cual, el Tribunal se pronunció declarando inconstitucionales algunos preceptos del proyecto de ley que dio origen a la Ley 21.064, que reformó el Código de Aguas en materia de fiscalización y sanciones, por vulnerar la igual protección de la Ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, el debido proceso y los preceptos constitucionales que entregan atribuciones privativas a los Tribunales de Justicia.

Lo anterior, en atención a que el proyecto de ley alteró las reglas existentes en el Código de Aguas para el requerimiento del auxilio de la fuerza pública por parte de la Dirección General de Aguas, estableciendo que esta podía ser solicitada por el organismo estatal directamente a las fuerzas policiales, sin necesidad de contar con una autorización previa de un Tribunal de Justicia; tal como se requería por la normativa, y modificó las reglas bajo las cuales los Tribunales de Justicia podían conocer las causas sobre aplicación de sanciones, dando preponderancia a la información entregada por la Dirección General de Aguas y limitando la acción judicial y la posibilidad de defensa de la parte afectada para aportar antecedentes adicionales a ella, debiendo el juez resolver “con el solo mérito de la resolución administrativa”.

La segunda sentencia que analizaremos en este documento fue dictada por el Tribunal en el marco de una solicitud de inaplicabilidad, en virtud de la cual, el Tribunal se pronunció en contra de la aplicación de un tributo, como lo es la patente por no uso de derechos de agua, por la existencia de trámites pendientes ante la propia Dirección General de Aguas, que impedían el aprovechamiento de ellas, lo que a juicio del Tribunal era injusto y atentaba contra el principio de servicialidad del Estado.

PALABRAS CLAVE: Derecho de aguas, auxilio de la fuerza pública, aplicación directa de sanciones administrativas, debido proceso, principio servicialidad del Estado.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sentencia de control de constitucionalidad. 3. Sentencia de solicitud de inaplicabilidad. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

“Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama para sí el monopolio de la violencia física legítima. [...] El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia”. Max Weber, La política como vocación.

El aprovechamiento de las aguas continentales es un aspecto de la vida en sociedad en el que frecuentemente escuchamos asociaciones a la violencia. A menudo conocemos graves conflictos entre vecinos, en el último tiempo hemos visto grandes marchas públicas con expresiones violentas para evitar el uso industrial del agua en zonas que se aprecian como reductos naturales intocables y es frecuente oír, en más de algún foro relevante, que la tercera guerra mundial será debido al acceso al agua.

Todos los miembros de una sociedad utilizan agua, ya sea directamente para beberla, para apreciarla en la naturaleza, o bien, en forma indirecta a través del consumo de bienes que requieren de ella para su producción. Nadie en la sociedad está exento de verse afectado por las características que definan el aprovechamiento de las aguas en una nación.

El aprovechamiento del agua desata pasiones, incluso las del Estado, de ahí la gravísima importancia del adecuado orden que requiere el acceso a ella, de manera clara y justa, y el control que se hace de este.

La gestión de las aguas se puede dividir en dos grandes momentos: la asignación del recurso, consistente en la determinación de aquellos que tendrán la posibilidad de aprovechar las aguas que se encuentran disponibles en fuentes naturales, y la reasignación de ellas, entendiendo esta instancia como el conjunto de actividades que permite el constante y eficiente intercambio del uso de las aguas ya asignadas, entre quienes tienen acceso a la misma.

La mayor o menor simpleza con que estas actividades se puedan realizar, o bien, la mayor o menor intervención del Estado en ambos momentos de la gestión de las aguas, determina el tipo de ordenamiento existente en un país. Desde nuestra perspectiva, en Chile convive una extraña mixtura, en la que desde sus inicios históricos se han entremezclado ambas dimensiones y diversos actores.

El Estado ha sido siempre un actor fundamental en la gestión de las aguas, tanto en su asignación como en su reasignación. En esta

oportunidad, son materia de nuestro análisis dos herramientas fundamentales, sobre las que, como ya hemos mencionado, el Estado tiene el monopolio: el uso de la fuerza y el cobro de tributos.

El correcto ejercicio de estas facultades por parte del Estado, redundará necesariamente en un aprovechamiento más o menos cómodo y pacífico de las aguas por parte de quienes lo necesitan.

Es en este ámbito en el que se enmarcan las dos sentencias del Excelentísimo Tribunal Constitucional de Chile, que analizaremos en este documento.

La primera de ellas consiste en la sentencia de fecha 26 de diciembre de 2017, pronunciada en el marco del control constitucional de leyes entregado al Tribunal en el artículo 93, inciso primero, N°1, de la Constitución Política de la República; en virtud de la cual, el Tribunal se pronunció respecto de algunos preceptos de la Ley 21.064, que reformó el Código de Aguas en materia de fiscalización y sanciones, y que eran propios de leyes orgánicas constitucionales¹.

La segunda sentencia que analizaremos en este documento fue dictada por el Tribunal en el marco de una solicitud de inaplicabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Constitución Política de la República; en virtud de la cual, el Tribunal se pronunció en contra de la aplicación de un tributo, como lo es la patente por no uso de derechos de agua, por la existencia de trámites pendientes ante la propia Dirección General de Aguas, que impedían el aprovechamiento de ellas².

2. SENTENCIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Para comprender el alcance de las decisiones contenidas en este fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional, es necesario entregar información sobre el contexto en el que se gesta el proyecto de ley sancionado.

¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 de diciembre de 2017, Rol N°3958-17-CPR, revisión de constitucionalidad del proyecto de ley Boletín N°8.149-09.

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 4 de julio de 2017, Rol N°3146-16-INA, solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, requerido por Agrícola San Juan de Huinca Limitada.

En el año 2010, el Gobierno de Chile encargó al Banco Mundial un estudio sobre el estado de la gestión de las aguas en el país, que permitiera conocer un diagnóstico sobre esta gestión a fin de identificar problemas y espacios de mejora.

Para abordar esta tarea, el Banco Mundial puso a disposición del país a un grupo compuesto por los más destacados profesionales nacionales e internacionales en materia de aguas, quienes dedicaron varios meses a recorrer el país analizando el marco jurídico e institucional existente y su aplicación práctica en terreno, a fin de determinar la bondad y la eficiencia de la asignación y la reasignación de las aguas.

En marzo del año 2011, el Banco Mundial entregó su informe que contiene un análisis acabado de la realidad nacional a esa época y una serie de propuestas de medidas necesarias para abordar los desafíos futuros. Cabe destacar de este informe lo siguiente:

“Chile tiene una economía orientada a la exportación de productos naturales. Prácticamente todos los productos en los que se basa el modelo de exportación de Chile tienen procesos de producción que dependen en gran medida de los recursos hídricos. En el futuro la escasez de agua ya restrictiva en las partes norte y central del país, se acentuará debido a los nuevos requerimientos”³.

Esta predicción del informe descrito se ha hecho realidad en diferentes conflictos de connotación pública, en los que se ha requerido del ejercicio de las potestades de fuerza pública que detenta el Estado.

Esta actividad de control del uso de las aguas ha sido entregada a la Dirección General de Aguas, organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas, a través de su Ley Orgánica, contenida en el D.F.L. N° 1.122 del Ministerio de Justicia, del año 1981, que fijó el texto del Código de Aguas.

Conforme a los hallazgos del Banco Mundial, este organismo tenía atribuciones muy disminuidas en relación con la labor que exigía la

³ BANCO MUNDIAL, CHILE: Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 31 de marzo de 2011, Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe, pág. 18.

presión creciente sobre las aguas y se hacía necesario fortalecer sus atribuciones. Señala el informe del Banco Mundial:

“Como se ha mencionado en secciones anteriores, la DGA, como primer órgano de la Administración del Estado, es responsable de ejecutar un amplio número de tareas que en cierto sentido forman la columna vertebral del sistema de GRH de Chile. Por diversas razones, incluyendo las características naturales del país que resultan en un costo relativamente elevado para ciertas tareas (como para establecer una red de monitoreo de calidad, cantidad y niveles de las aguas superficiales y subterráneas en cada cuenca u hoyo hidrográfica) y la competencia creciente por los recursos hídricos que aumenta la complejidad de otras tareas (como decisiones en la asignación de nuevos DAA), la DGA necesita ser fortalecida en sus capacidades para que pueda llevar a cabo sus funciones actuales de forma adecuada.

[...]

Esto debería permitir la ejecución de las siguientes tareas: (i) realizar un diagnóstico y balance de disponibilidad de aguas a nivel nacional; (ii) actualizar y difundir la información relativa al recurso hídrico; (iii) inventariar los glaciares; (iv) mejorar la regulación del recurso hídrico; (v) fomentar las organizaciones de usuarios de agua; (vi) implementar los sistemas de monitoreo de extracción de aguas; y, (vii) fortalecer la función de fiscalización de la DGA”⁴.

A esta realidad institucional, se debe agregar el fenómeno siempre presente de la extracción ilegal de aguas. Si bien no hay una estadística oficial que permita mostrar claramente este fenómeno, existe información acotada disponible que permite exponer como el problema de la extracción ilegal de aguas ha ido en aumento.

Así, si tomamos como referencia el número de fiscalizaciones realizadas por la Dirección General de Aguas en los últimos años, se puede apreciar que, de las casi 1.300 fiscalizaciones realizadas en todo Chile en el año 2014, este número aumentó a poco menos

⁴ BANCO MUNDIAL, CHILE: Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 31 de marzo de 2011, Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe, pág. 55.

1.800 en el año 2017, con un tope de más de 2.000 fiscalizaciones realizadas en el año 2015⁵.

Este fenómeno, motivado en parte por la débil institucionalidad imperante en esos años, genera graves daños al medio ambiente, impide la correcta gestión de las aguas y provoca problemas graves de inseguridad hidráulica a aquellos titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que legítimamente se encuentran aprovechándolos.

Tal es el caso reciente del conflicto sobre el uso ilegal de aguas en la cuenca del río Petorca⁶, en la que la competencia por los distintos usos del agua ha hecho necesaria la intervención estatal para ejercer un adecuado control sobre los usuarios a fin de proteger a aquellos que hacen un uso legítimo de aquellos que no y evitar la inseguridad hídrica que de ello se deriva.

En este contexto se da origen al proyecto de ley sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional, el cual, desde sus orígenes buscó fortalecer las capacidades legales e institucionales de la Dirección General de Aguas, a fin de avanzar en las líneas propuestas por el Banco Mundial y combatir el fenómeno de la ilegalidad en el aprovechamiento de las aguas.

En este sentido, el proyecto de ley definió tres objetivos críticos:

“(i) Aumentar la efectividad y cobertura de los tipos penales establecidos en los artículos 459 y 460, del Código Penal; [delito de usurpación de aguas]

(ii) Reforzar la efectividad del artículo 173 del Código de Aguas, como norma sancionadora de las contravenciones a la normativa que rige las aguas, de manera de hacerla más acorde con la realidad, estableciendo las descripciones de las hipótesis de conductas sancionadas, nuevos límites para los montos de las multas y criterios para la fijación de las mismas;

(iii) Dotar a la Dirección General de Aguas de herramientas que le permitan recabar, en forma más efectiva, la información relacionada con recursos hídricos y derechos de aprovecha-

⁵ Elaboración propia a partir de información disponible en <http://www.dga.cl/productosyservicios/realizarDenuncia/Paginas/default.aspx>

⁶ Ver <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=477306>

miento de aguas, de modo de favorecer una mejor planificación del recurso, una correcta asignación originaria de derechos de aprovechamiento de aguas, y una adecuada operación y distribución óptima de tales derechos”⁷; [el agregado es nuestro].

En cumplimiento de estos objetivos, el proyecto de ley modifica el Código de Aguas en varios de sus títulos, renovando el sistema sancionatorio previamente dispuesto e introduciendo mayores facultades para la Dirección General de Aguas en diversos aspectos relativos al control del uso de las aguas.

Sin perjuicio de la bondad del objetivo buscado, las pasiones despertadas por el proyecto de ley durante su tramitación, sumado a algunos eventos de conflicto por el aprovechamiento de aguas que se dieron precisamente en el tiempo que esta duró en el congreso, motivaron una serie de reformas que atentaron directamente contra derechos constitucionales garantizados en la Carta Magna.

Estos excesos del proyecto se produjeron porque algunas de las reglas establecidas en la normativa para la imposición de las resoluciones de la Dirección General de Aguas y para el ejercicio de sus funciones, fueron percibidas como entorpecimientos a la actividad de gestión que realiza la autoridad.

En este sentido, en la Historia de la Ley, se pueden observar declaraciones como la siguiente:

“Ciertamente, se requiere, como lo señalan los estudios especializados, una más moderna y poderosa institucionalidad hídrica, y no solo entregarle a la DGA, como lo hace este proyecto, la posibilidad de contar con el auxilio de la fuerza pública, que debe solicitarse al intendente o gobernador respectivo, después de haber intentado obtener autorización para ingresar a fiscalizar un predio privado. Se trata de una medida necesaria, pero insuficiente, pues tal burocracia, a la hora de fiscalizar la probable comisión del delito de usurpación de aguas, permitirá que, en muchos casos, los autores puedan blanquear tal

⁷ Mensaje N° 029-359, de S.E. el Presidente de la República a la Honorable Cámara de Diputados, con el que inicia un proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones, de fecha 10 de enero de 2012.

acto, alterando el lugar donde se produce la intervención ilegal de un cauce”⁸.

Por otra parte, la disminuida capacidad institucional de la Dirección General de Aguas significa en la práctica que para dicho organismo sea dificultoso, por no decir imposible, el seguimiento de los procesos sancionatorios en su etapa judicial.

Este hecho acarrea la impotencia de la autoridad al ver truncado en tribunales el esfuerzo sancionador realizado en sede administrativa, lo que motivó la tendencia a fortalecer los resultados de la actividad investigativa de la Dirección General de Aguas, entregándole a sus pronunciamientos un alcance inusitado, buscando inicialmente con el proyecto la aplicación directa de multas, para luego, derivar en las normas sometidas al conocimiento del Tribunal, las que intentan forzar la aplicación de multas sin la necesidad de que la Dirección General de Aguas deba disponer de esfuerzos y recursos adicionales a los ya desplegados.

En este sentido y en lo relevante para el análisis de la sentencia emanada del Tribunal Constitucional, el proyecto de ley introdujo modificaciones en dos ámbitos:

- i) Alteró las reglas existentes en el Código de Aguas para el requerimiento del auxilio de la fuerza pública por parte de la Dirección General de Aguas, estableciendo que esta podía ser solicitada por el organismo estatal directamente a las fuerzas policiales, sin necesidad de contar con una autorización previa de un Tribunal de Justicia; tal como se requería por la normativa, y;
- ii) Modificó las reglas bajo las cuales los Tribunales de Justicia podían conocer las causas sobre aplicación de sanciones, dando preponderancia a la información entregada por la Dirección General de Aguas y limitando la acción judicial y la posibilidad de defensa de la parte afectada para aportar antecedentes adicionales a ella, debiendo el juez resolver “con el solo mérito de la resolución administrativa”.

En virtud de las modificaciones señaladas en el punto i), en el Código de Aguas quedaban conviviendo dos formas de producir el au-

⁸ Historia de la Ley 21.064, página 64, intervención del Diputado Fidel Espinoza.

xilio de la fuerza pública para el cumplimiento de las funciones de la Dirección General de Aguas. Por una parte, la regla general, que autoriza requerir el auxilio de la fuerza pública mediante su solicitud al intendente o gobernador respectivo y, por la otra, requerir el auxilio de la fuerza pública en forma directa a las fuerzas policiales para el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas situaciones de incumplimiento normativo asociado a la potencialidad de riesgo de daño a terceros.

La reacción del Excelentísimo Tribunal Constitucional es contundente frente a estas últimas atribuciones desmedidas que entrega el proyecto de ley a la Dirección General de Aguas, haciendo un análisis detallado sobre el necesario control judicial que requieren las acciones de fuerza de parte del Estado.

Señala el Tribunal Constitucional en su sentencia:

“VIGÉSIMO PRIMERO: Que, precisamente, la autorización judicial para el uso de la fuerza pública permite la apreciación jurisdiccional de la situación, a efectos de determinar si se requiere o no el uso de la fuerza, constituyendo ello una garantía para la persona frente al poder de la Administración del Estado, y de cara a posibles actuaciones arbitrarias de la autoridad”⁹.

Con esto, el Tribunal pone de manifiesto la necesidad de que el monopolio de la violencia que legítimamente se ha entregado al Estado, sea ejercido mediante los adecuados controles que impidan el abuso y la afeción de derechos fundamentales de las personas.

Señala el Tribunal en su sentencia que eliminar el control jurisdiccional previo en la solicitud de auxilio de la fuerza pública en favor de la Dirección General de Aguas, significa una vulneración a la garantía constitucional sobre la igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos contenida en el artículo 19 N° 3, de la Constitución Política de la República y, además, constituye una contravención al artículo 76 de la Carta Magna, que entrega a los Tribunales de Justicia la atribución exclusiva de impartir órdenes directas a la fuerza pública.

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 de diciembre de 2017, Rol N°3958-17-CPR, revisión de constitucionalidad del proyecto de ley Boletín N° 8.149-09.

A mayor abundamiento, el fallo del tribunal hace una prevención especial en relación con la protección especial que tiene el hogar y, por tanto, el uso de la fuerza pública en lugar habitado. Así, en relación con lo dispuesto en el Artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, previene el fallo que el allanamiento del hogar solo podrá realizarse con la autorización del Juez y previa constatación de la oposición del ocupante.

En el caso específico de las modificaciones expuestas en el punto ii) anterior, el Tribunal es claro en indicar que, en forma adicional, estas reformas vulneran el derecho de las personas al debido proceso, al eliminarse las garantías del acceso al juez independiente e imparcial. Esto, a pesar que en la tramitación parlamentaria a estas reformas se les asignó con carácter simplista, el alcance de meras facilidades para el cumplimiento normativo.

“Sobre el particular, el Director General de Aguas, señor Carlos Estévez Valencia, explicó que mediante la propuesta en estudio se establece adecuadamente la competencia administrativa para conocer las infracciones al Código de Aguas, de modo tal que los tribunales ordinarios solo intervengan para fijar el plazo para el pago de las multas, permitiendo que puedan ocuparse de aquellas materias que más frecuentemente se ubican dentro de la esfera de su competencia. El Abogado de la División Legal de la Dirección General de Aguas, señor Richard Montecinos Veloso, en la misma línea, explicó que, mediante la propuesta, se propone unificar los criterios judiciales para proceder al cobro de multas fijadas por la vía administrativa, toda vez que, en ocasiones, se verifica un procedimiento incidental, en tanto que, en otros casos, el cobro procede de plano”¹⁰. [El destacado es nuestro]

Con la misma contundencia mostrada arriba, el Tribunal Constitucional contraargumenta esta modificación señalando:

“VIGÉSIMO QUINTO: Que lo indicado importa infringir, en efecto, el derecho al debido proceso asegurado en el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, en orden al derecho a contradecir en sede judicial las decisiones de la autoridad administrativa. Además, la norma bajo análisis resta una compe-

¹⁰ Historia de la Ley 21.064, página 119.

tencia del juez para aplicar la multa, lo que vulnera asimismo el derecho al debido proceso. Asimismo, se conculca el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental que permite a las personas reclamar contra todo acto de la Administración que lo lesione en sus derechos”¹¹.

Estas vulneraciones adquieren todavía una mayor relevancia cuando se aprecia el alcance del derecho afectado. En este sentido el profesor Eduardo Soto Kloss señala:

“Con mucha razón es posible afirmar que este derecho fundamental de las personas como es la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 3), o sea, el derecho a la acción, el derecho a la jurisdicción, el derecho al acceso a la justicia –que todos pueden ser tomados como sinónimos– es, en verdad, el *derecho/garantía* de todos los demás derechos, o el *derecho/supuesto de todos ellos*, ya que es en su virtud que podrán ellos ser tutelados, protegidos y amparados efectivamente, recurriendo al juez y a la justicia para obtener su declaración, reconocimiento y protección”¹².

En este sentido, el Tribunal asigna a estas modificaciones un valor que trasciende el alcance de simples mejoras de gestión, que fue la importancia que se quiso dar a estas durante su tramitación en el parlamento, abordándolas en su correcto contenido y previendo las vulneraciones que de ellas se podían derivar para las personas.

Así las cosas, en virtud de la sanción hecha por el fallo respecto del proyecto de ley, se eliminaron aquellas modificaciones que limitaban la acción judicial y la posibilidad de defensa de la parte afectada, quedando vigente entonces que, cuando no se designe a la autoridad competente de hacerlo, la aplicación de sanciones ordenadas por la Dirección General de Aguas se hará por el Juez de Letras respectivo mediante un procedimiento susceptible de contradicción por parte del afectado.

Por otra parte, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de algunas normas del proyecto de ley por parte de la sentencia, en

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 de diciembre de 2017, Rol N° 3958-17-CPR, revisión de constitucionalidad del proyecto de ley Boletín N° 8.149-09.

¹² SOTO KLOSS, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, Segunda Edición Actualizada).

el Código de Agua quedaron conviviendo 3 modalidades de requerimiento de la fuerza pública por parte de la autoridad de aguas, a saber: i) La regla general contenida en el artículo 138 del Código de Aguas, para solicitar la fuerza pública a través del intendente o el gobernador respectivo; ii) La regla especial del artículo 129 bis 2, que requiere autorización previa del Juez respectivo, y iii) La regla especial del artículo 172 ter para allanar un lugar habitado, que requiere autorización del Juez respectivo y constatación previa de la oposición del ocupante.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos hacer una crítica a la labor revisora del Tribunal Constitucional, pues, inexplicablemente, el fallo no se pronunció respecto de las modificaciones introducidas al artículo 299 del Código de Aguas, entre las que se encuentra la agregación de un literal f), el que señala expresamente que:

“La Dirección General de Aguas tendrá las atribuciones y funciones que este código le confiere, y, en especial, las siguientes: [...] Requerir directamente el auxilio de la fuerza pública, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, para efectos del ejercicio de las atribuciones señaladas en los literales b), número 1; c) y d) de este artículo. El requerimiento deberá ser presentado por el director regional correspondiente.”. [El resaltado es nuestro]

Las facultades de la Dirección General de Aguas expuestas en el literal f) transcrito corresponden a la mantención y operación del sistema hidrométrico nacional, el ejercicio de la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público y acuíferos, la sanción de cualquier afectación a la cantidad y la calidad de las aguas, impedir y sancionar la construcción de obras sin autorización, e impedir la extracción de aguas sin título legítimo.

En definitiva, en esta norma queda incluida en el Código de Aguas la facultad de la Dirección General de Aguas de requerir en forma directa el auxilio de la fuerza pública para toda su actividad fiscalizadora y sancionadora.

Sin perjuicio de ello, creemos que la contundencia de los argumentos utilizados para fundar la declaración de inconstitucionalidad de preceptos similares localizados en otros artículos del proyecto de ley, debería ser un precedente suficiente para entender que esta norma contenida en el literal f) del artículo 299 del Código de Aguas, carecerá de aplicación práctica, más allá de la confusión puntual

que se pueda provocar en algunos casos al comienzo de la entrada en vigencia de la ley.

3. SENTENCIA DE SOLICITUD DE INAPLICABILIDAD

Tal como se indicó al inicio, analizaremos también una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el marco de una solicitud de inaplicabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Constitución Política de la República; en virtud de la cual, el Tribunal se pronunció manifestando que resultaba inconstitucional la aplicación la patente por no uso de derechos de agua en el caso ventilado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, mediante recurso de reclamación Rol N° C-5420-2016.

En este caso, Agrícola San Juan de Huinca Limitada, reclamó judicialmente en contra de la Dirección General de Aguas por el cobro de patente por no uso de derechos de aprovechamiento, en atención a que dicho organismo mantenía pendiente, por más de 4 años, solicitudes de traslado de ejercicio de los mismos derechos de agua que estaban siendo objeto del cobro.

Para comprender el alcance del fallo debemos exponer primeramente que la patente por no uso es un instrumento de gestión asociado a la reasignación de derechos de aprovechamiento de aguas, pues su objetivo es desincentivar, por la vía del cobro de un tributo, la tenencia especulativa de derechos que son asignados por el Estado mediante un procedimiento gratuito, cuyos únicos costos están asociados a medidas de publicidad de la solicitud.

En este sentido, la historia de la ley 20.017, que reformó el Código de Aguas en el año 2005, y que introdujo la patente por no uso en el marco normativo de las aguas, señala:

“Existe un vacío legal en virtud del cual no se fija costo para la conservación indefinida del derecho de aprovechamiento, lo que incentiva la especulación y el mal uso del recurso. En consecuencia, se propone someter a los titulares de derechos de aprovechamiento, cuyas aguas no estén siendo utilizadas en todo o en parte, al pago de una patente que es diferente en las cuencas hidrográficas del norte, centro y sur del país”¹³. [El destacado es nuestro]

¹³ Historia de la Ley 20.017, página 21.

Sigue la historia de la ley 20.017:

“El proyecto de ley pretende, como tema importante, evitar el acaparamiento de los derechos de aprovechamiento de agua con fines especulativos, para lo cual propone el pago de una patente a beneficio fiscal por la parte no utilizada de ellos y otorgar amplias facultades al Director General de Aguas para calificar la pertinencia de otorgar o no otorgar derechos de agua, con limitaciones o sin ellas, cuando se los soliciten los interesados”¹⁴. [El destacado es nuestro]

Según la Real Academia Española de la lengua, debemos entender el acaparamiento como “adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad superior a la normal, previniendo su escasez o encarecimiento”, es decir, lo que se buscó con la herramienta de la patente por no uso fue poner restricciones a la libre tenencia de derechos de agua sin uso, cuyo efecto en la economía del país era la de generar una escasez o un encarecimiento del recurso hídrico por la vía de disminuir la disponibilidad de estos bienes para ser aprovechados por otros.

A su turno, se asumió en la tramitación del respectivo proyecto de ley que el acaparamiento tenía un fin especulativo, es decir, utilizar los derechos de aprovechamiento de agua como una mercancía en sí mismos, con ánimo de obtener lucro de su comercialización y no que dicha legítima ganancia proviniera del uso de las aguas con distintos fines, lo que redundaría en progreso para el país y beneficio para las personas.

El problema del proyecto de ley publicado en el año 2005, es que todas estas consideraciones se simplificaron drásticamente al ser llevadas al texto legal, quedando la normativa actual reducida a que procede el cobro de patente por no uso cuando el titular del derecho respectivo no cuenta con obras hidráulicas necesarias para utilizar las aguas a que está facultado.

Es decir, al momento de traspasar la idea original de la patente por no uso y sus consideraciones normativas al texto del Código de Aguas, la patente paso a ser una patente por no obra, más que una patente por no uso.

A esto debemos agregar que la aplicación práctica del cobro la patente ha sido complementada por criterios y definiciones de la

¹⁴ Historia de la Ley 20.017, página 82.

Dirección General de Aguas, los que no siempre tienen en consideración los objetivos y el espíritu con que la herramienta fue establecida en la legislación.

Así las cosas, en lo relevante para este caso, es necesario tener en cuenta que la Dirección General de Aguas ha definido que cuando una obra hidráulica se ubica a más de cien metros de distancia del punto de ejercicio del derecho de aguas, dicha obra no es apta para acreditar el uso de las aguas y, por lo tanto, no exime al titular del derecho del cobro de la patente.

En este contexto, surge el traslado del ejercicio de un derecho de aprovechamiento como una herramienta necesaria para ajustar el punto de captación de un derecho de aprovechamiento a aquel en que en definitiva se ubica la obra con que este se aprovecha.

Sin perjuicio de ello, el traslado de ejercicio cumple un rol aún más relevante en nuestro marco normativo, pues, es en virtud de esta herramienta que es posible articular la reasignación de derechos de agua desde aquellos usos menos eficientes a aquellos usos más eficientes, que generan un mayor beneficio total para la nación.

Es el traslado del ejercicio de los derechos de agua el que permite, existiendo justificación técnica, cambiar el punto en el que las aguas están autorizadas a utilizarse, precisamente para propender hacia el uso efectivo de las aguas en aquellos lugares en que existe interés.

Esta herramienta está dispuesta en nuestra normativa al servicio de los particulares y resulta fundamental para la materialización correcta del mercado de aguas, más aún, resulta fundamental para producir los efectos buscados por la propia patente por no uso, pues, del cobro de dicho tributo se deriva la motivación por transferir un determinado derecho de aprovechamiento para que sea efectivamente utilizado, por lo general, en otro lugar.

A pesar de lo anterior, la realidad de los traslados de ejercicio de derechos de agua dista mucho de permitir los efectos buscados tanto por la patente como para producir un constante y eficiente intercambio del uso de las aguas ya asignadas.

El procedimiento administrativo reglado al que está sometida una solicitud de autorización de traslado del punto de ejercicio de un derecho de agua contempla plazos legales que superan los cuatro meses de tramitación, no obstante, en condiciones normales y sin

contratamientos, la Dirección General de Aguas se toma entre doce y dieciocho meses para resolver una solicitud de traslado. Finalmente, si por alguna situación especial existen contratamientos con la solicitud, por existir otras pendientes, el tiempo de tramitación se extiende fácilmente a varios años.

El problema respecto de la patente por no uso radica en que, para la Dirección General de Aguas, organismo encargado del cobro del tributo, durante todo el tiempo que toma la tramitación de una solicitud de traslado, el derecho de agua sigue afecto al cobro de patente por no uso.

Es decir, por una parte, la Dirección General de Aguas demora la autorización del traslado que permite ajustar el punto de ejercicio del derecho de agua con la ubicación de una obra hidráulica y, por otra, cobra patente por no uso a ese mismo derecho de agua.

El dilema en el que se pone a los titulares de derechos de agua en estas situaciones se condice con aquel en que el griego Procusto situaba a sus víctimas, modificando las medidas de su lecho macabro para mantenerlas siempre fuera de rango, ya para cercenarlas ya para estirarlas hasta el desmembramiento.

Es frente a esta situación que se revela Agrícola San Juan de Huinca, requiriendo el auxilio de los Tribunales de Justicia primero y del Tribunal Constitucional después, encontrando en ellos el alivio que provee la sentencia cuando esta es justa.

Señala expresamente el fallo en este sentido:

“DECIMOSEXTO: Que es importante precisar que la inconstitucionalidad no se produce por la verificación de una manifiesta desproporción, sino por la injusticia (manifiesta) del efecto que ha de generar la aplicación de las normas impugnadas. En este sentido, la vulneración constitucional no dice relación con el importe del pago, sino que se produce porque la aplicación de los preceptos cuya inaplicabilidad se solicita significará que el requirente esté afecto al pago de un tributo, no debiendo”¹⁵.
[El destacado es nuestro]

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 4 de julio de 2017, Rol N° 3146-16-INA, solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, requerido por Agrícola San Juan de Huinca Limitada.

El Tribunal en su sentencia ha sostenido que los hechos en que se funda el requerimiento de inaplicabilidad violentan el principio de servicialdad del Estado, consagrado como una de las Bases de la Institucionalidad.

Al respecto, concluye la sentencia:

“DECIMONOVENO: Que, de ahí, deriva que aquellas “funciones y atribuciones” que las leyes confieren a los diferentes organismos de la Administración de Estado, conforme al artículo 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución, conllevan en sí mismas el deber de ejercerlas, impostergablemente, sobre todo cuando son otorgadas con la finalidad de concretar derechos especialmente reconocidos por la Carta Fundamental, como “el derecho de los particulares sobre las aguas” (artículo 19, N° 24°, inciso final).

De esta manera, el retardo o demora de la Administración en atender dichas funciones y atribuciones, concebidas para garantizar los derechos de los ciudadanos y la utilidad de las personas, no puede generar una situación de menoscabo o perjuicio para ellas, siempre que esa dilación no les sea imputable”¹⁶.
[El destacado es nuestro]

Ratificando la fuerza que el fallo da a este principio básico de la institucionalidad, el profesor Soto Kloss señala:

“Para que ese actuar sea conforme a este imperativo no solo debe respetar los derechos de las personas (artículo 1° inciso 4°) sino, además, en su actuación de satisfacer necesidades públicas debe hacerlo con eficiencia, con oportunidad, de manera idónea y proporcionada, razonable y no arbitraria, igualitaria y sin discriminaciones o diferencias carentes de fundamentación jurídica. Y, además, la mera abstención de actuar, la omisión o inactividad, el silencio de la Administración, debiendo actuar, constituye de suyo, per se, algo antijurídico y viola la Constitución, en cuanto vulnera los derechos esenciales de las personas”¹⁷.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ SOTO KLOSS, Eduardo (2010): Derecho Administrativo Temas Fundamentales (Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, Segunda Edición Actualizada), pág. 116.

En el documento hemos analizado dos sentencias que tiene orígenes normativos distintos, sin embargo, es posible apreciar puntos de encuentro en el contenido de ellas, en el sentido en que en ambos casos nos encontramos frente a la ponderación por parte del Tribunal Constitucional de situaciones fácticas que, pudiendo estimarse como de mero procedimiento, han sido sopesadas en su real efecto sobre las personas afectadas.

En este sentido, tal como lo menciona Alexy, el Tribunal Constitucional pareciera recoger la tesis de Hesse según la cual:

“a menudo, la organización o el procedimiento (resultan ser) un medio –posiblemente el único existente– para producir un resultado acorde con los derechos fundamentales y, de esta manera, para asegurar eficazmente los derechos fundamentales, habida cuenta de la problemática moderna”¹⁸.

De lo razonado en el documento, aparece claro que la eficacia de los derechos fundamentales tutelados por la Constitución Política de la República requiere del respeto de ciertas normas procesales que finalmente son las que ponen en práctica, las que dan materialidad al ejercicio de tales garantías y así lo ha recogido el Tribunal Constitucional en ambos fallos.

4. CONCLUSIONES

Un correcto ejercicio de las facultades que detenta el Estado en materias de gestión de aguas, redonda necesariamente en un aprovechamiento cómodo y pacífico de ellas por parte de quienes lo necesitan.

Con el objeto de determinar las brechas existentes en el desempeño de la institucionalidad, en el año 2010, el Gobierno de Chile encargó al Banco Mundial un estudio sobre el estado de la gestión de las aguas en el país, que permitiera conocer un diagnóstico sobre esta gestión a fin de identificar problemas y espacios de mejora.

¹⁸ ALEXY, Robert (1986): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda edición en español 2007), pág. 416.

Los hallazgos contenidos en el informe del Banco Mundial, sumado al escenario creciente de extracciones ilegales de aguas, permitieron mostrar que la Dirección General de Aguas tenía atribuciones muy disminuidas en relación con la labor de fiscalización que exigía la presión creciente sobre las aguas y se hacía necesario fortalecer sus atribuciones.

En este contexto surge el proyecto de ley sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional, el cual, desde sus orígenes buscó fortalecer las capacidades legales e institucionales de la Dirección General de Aguas, a fin de avanzar en las líneas propuestas por el Banco Mundial y combatir el fenómeno de la ilegalidad en el aprovechamiento de las aguas.

Sin perjuicio de la bondad del objetivo buscado, las pasiones despertadas por el proyecto de ley durante su tramitación, motivaron una serie de reformas al Código de Aguas que atentaron directamente contra derechos constitucionales garantizados en la Carta Magna, al dotar a la Dirección General de Aguas de excesivas facultades para fiscalizar, especialmente en lo relacionado con el uso de la fuerza pública, la que dicho organismo podía requerir directamente a las fuerzas policiales, y la posibilidad de defensa judicial de un posible infractor.

Es en este sentido que se pronuncia el Tribunal Constitucional, al determinar que el monopolio de la violencia que legítimamente se ha entregado al Estado, sea ejercido mediante los adecuados controles que impidan el abuso y la afcción de derechos fundamentales de las personas, debiendo necesariamente controlarse esta facultad entregada a la Dirección General de Aguas mediante la necesidad de contar previamente con la autorización de un juez o del intendente o gobernador respectivo.

Por otra parte, las falencias de la institucionalidad de aguas que dio cuenta el Banco Mundial en su informe también se pueden apreciar en la segunda sentencia analizada, que declaró inconstitucional la aplicación la patente por no uso de derechos de agua en el caso ventilado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en el cual la Dirección General de Aguas, por una parte, mantenía pendiente una autorización de traslado del ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas y, por otra, aplicaba el cobro de patente por no uso respecto de ese mismo derecho, por estar ubicado lejano

de su obra de captación, misma a la que su ejercicio se solicitaba trasladar.

Resulta esperanzadora la argumentación utilizada por el Tribunal Constitucional para resolver este caso, sentencia en la que no solo aplica principios y garantías constitucionales, sino que además, da cuenta de la injusticia manifiesta que significa para un ciudadano verse enfrentado a una situación de esta naturaleza por parte del Estado.

El punto de unión que se puede apreciar en ambas sentencias, dice relación con la consideración por parte del Tribunal Constitucional de situaciones fácticas que, pudiendo estimarse como de mero procedimiento, han sido consideradas por la magistratura en su real efecto sobre las personas afectadas.

En tal sentido, el uso de la fuerza pública por parte de una autoridad de la Administración, sin el debido control jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, aparece como un ejercicio ilegítimo del monopolio de la violencia que ha sido entregado al Estado por la Nación.

En la misma línea, las disposiciones tendientes a restringir el derecho a defensa o el debido proceso, con miras a asegurar la efectividad de una labor fiscalizadora ponen nuevamente al Estado fuera del marco constitucional, en una posición abusiva frente a las personas administradas por este.

Por último, bajo el mismo prisma, la inactividad ilegítima de un organismo estatal, que genera como resultado un daño para el administrado al ponerlo en una situación de incumplimiento normativo que conlleva la aplicación de un tributo por el mismo organismo, es sin duda una expresión de violencia ilegítima por la que el Estado abusa de su posición de dominancia, abandonando un principio básico de su accionar, consistente en estar al servicio de las personas, tal como se encuentra consagrado en nuestra Constitución y en nuestras leyes.

5. BIBLIOGRAFÍA

- SOTO KLOSS, Eduardo (2010): Derecho Administrativo Temas Fundamentales (Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, Segunda Edición Actualizada).
- ALEXY, Robert (1986): Teoría de los Derechos Fundamentales (Madrid, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda edición en español 2007).
- BANCO MUNDIAL, CHILE: Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 31 de marzo de 2011, Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe.
- Historia de la Ley 20.017.
- Historia de la Ley 21.064.
- Mensaje N° 029-359, de S.E. el Presidente de la Republica a la Honorable Cámara de Diputados, con el que inicia un proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones, de fecha 10 de enero de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 de diciembre de 2017, Rol N° 3958-17-CPR, revisión de constitucionalidad del proyecto de ley Boletín N° 8.149-09.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 4 de julio de 2017, Rol N° 3146-16-INA, solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, requerido por Agrícola San Juan de Huinca Limitada.
- <http://www.dga.cl/productosyservicios/realizarDenuncia/Paginas/default.aspx>.
- <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=477306>.

