

Santiago, veinte de abril de dos mil diez.

**VISTOS:**

Con fecha 16 de enero de 2009, Silvia Quiroz Lozano ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 309 del Código de Aguas, en la causa Rol N° 2373-04, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Curicó, actualmente ante la Corte Suprema con recursos de casación en la forma y fondo.

El propósito de la requirente es que se le reintegre a los registros de la Asociación de Canalistas del Canal Los Niches en su calidad de accionista, con la cantidad de 39,53 acciones o regadores, de los cuales fue borrada al momento de vender parte de su predio. Señala que tales derechos de aprovechamiento de agua fueron adquiridos por herencia de su madre y que pertenecían a la sociedad conyugal habida con su padre, constando la inscripción de los mismos en el Registro de Aguas de Curicó del año 1969.

Agrega que la adjudicación de los derechos a nombre de la requirente data del año 1999, título que se encuentra vigente.

En la contestación de la demanda, la Asociación de Canalistas indicó que realizó una redistribución de aguas el año 1981, reconociendo que al predio San Hernán, de propiedad de la requirente, le correspondían 94,35 acciones, que figuraban inscritas en el Registro del Canal, añadiendo que el año 2000 la requirente habría vendido parte de la propiedad con aguas proporcionales equivalentes a 45,47 acciones de regador del Canal Los Niches. Indica que de las 85 acciones inscritas en el Registro del Conservador sólo se le consideran en los Registros del Canal 44,35 acciones, procediéndose a

cancelar la inscripción del Registro, sin explicar la razón por la que se redujo la cantidad de acciones.

La peticionaria señala que la Asociación de Canalistas Los Niches ha pretendido que se aplique en la causa *sub lite* el artículo 309 del Código de Aguas con el objeto de que se reduzcan los derechos de aguas que tiene inscritos en el Conservador de Bienes Raíces de Curicó. En este sentido, indica que la sentencia de segunda instancia, confirmando la de primera, al reconocer sólo 15,38 acciones de las 39,53 acciones que le pertenecen, la priva o le caduca el dominio de 24,15 acciones, por aplicación, precisamente, del artículo 309 del Código de Aguas, cuya constitucionalidad se impugna.

El precepto legal reprochado de inconstitucionalidad dispone:

***“ARTICULO 309.-** Los derechos de aprovechamiento otorgados con anterioridad a este Código, y que no estén expresados en volumen por unidad de tiempo, se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha que se produzca controversia sobre su cuantía.”*

Señala la requirente que el artículo 309 viola el artículo 19 N° 24° de la Constitución, que establece el derecho de propiedad. Explica que no obstante detentar un título que le confiere el derecho de 39,53 acciones del Canal Los Niches, por aplicación del artículo 309 las sentencias dictadas en la causa *sub lite* le reconocen sólo 15,38 acciones, privándola de 24,15 acciones sin mediar ley que autorice la expropiación y sin posibilidad de reclamar de la ilegalidad de la misma.

Argumenta que los derechos legalmente inscritos son invariables e inalterables, garantizados por la

Constitución, y no se puede privar de ellos por aplicación del artículo 309 impugnado.

Con fecha 27 de enero de 2009, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento, suspendiendo el procedimiento. Posteriormente, la causa fue remitida al Pleno de este Tribunal para su substanciación.

Con fecha 8 de junio, la Asociación de Canalistas del Canal Nuevo Los Niches, evacuando el traslado conferido, señaló que el tema de autos ya fue planteado por el padre de la requirente, siendo director de esa Asociación, oportunidad en que alegó que sus acciones originalmente eran 135 y desde 1982 pasaron a 94,35, en razón de un estudio de reconversión realizado ese año. Expone además que el artículo 309 del Código de Aguas viene a reiterar la aplicación en materia de derecho de aprovechamiento de aguas de la teoría de la posesión inscrita, conciliando en este caso los medios para acreditarla respecto del mismo. Indica que el requerimiento carece de fundamento razonable ya que no señala en qué consiste la contradicción entre el artículo 309 del Código de Aguas impugnado y la Constitución Política, particularmente su artículo 19, N° 24°, puesto que la acción impetrada no establece cómo se vulnera esta garantía constitucional, toda vez que la disposición impugnada sólo aclara como caudal la dimensión de un derecho inscrito no determinado.

Agrega, además, que el artículo 6° del Código de Aguas establece en qué consiste el derecho, esto es, el uso y goce de las aguas.

Expone la Asociación que el derecho de aprovechamiento de la requirente no está determinado por no estar expresado en volumen por unidad de tiempo y que

el artículo 7° del Código de Aguas dispone que el aprovechamiento se expresará de esa forma. Así las cosas, no se aclaran los elementos de la inconstitucionalidad de la norma, ya que la única forma de determinar el caudal es mediante su expresión en volumen por unidad de tiempo. Recuerda que el derecho de aprovechamiento de aguas es un derecho real, con las mismas atribuciones y características de los demás derechos reales del artículo 577 del Código Civil, otorgándole al titular los derechos que señala el artículo 583 del mismo Código, por lo tanto el artículo 309 no es más que el criterio para aplicar el artículo 7°, que establece que el derecho se expresará en volumen por unidad de tiempo.

Agrega que el derecho inscrito de la actora indica como único criterio de determinación del caudal la frase 39,53 regadores o acciones, pero no indica a qué caudal se refiere en volumen por unidad de tiempo. A la requirente le corresponden 29,86 acciones, lo que le da derecho al aprovechamiento de aguas correspondiente a 39,53 "regadores o acciones", sin indicar cuántos litros por segundo ni tampoco su equivalente, lo que el artículo 309 impugnado trata de solucionar al reconocer los derechos expresados en otras unidades diversas a la legal.

Por todo lo anterior, concluye que la preceptiva impugnada no vulnera el derecho de propiedad, sino que sólo reconoce el dominio sobre los derechos de aprovechamiento otorgados con anterioridad a la vigencia del actual Código de Aguas.

Con fecha 4 de mayo de 2009 se ordenó traer los autos en relación y con fecha 6 de agosto de 2009 se realizó la vista de la causa, oyéndose a los abogados Miguel Aylwin Oyarzún en representación de la requirente

Silvia Quiroz Lozano, y José Gonzalo Bustos Coli en representación de la Asociación de Canalistas del Canal Nuevo Los Niches.

**CONSIDERANDO:**

**I.- ACERCA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD.**

**PRIMERO.-** Que la inaplicabilidad es una acción constitucional que, impulsada y declarada admisible, otorga al Tribunal Constitucional la potestad de resolver que la aplicación de un precepto legal en un caso concreto en litis resulta contraria a la Constitución. Así lo consagra el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, que dispone que es atribución del Tribunal Constitucional resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Para establecer el límite entre dicha facultad y el control de validez de actuaciones judiciales debe tenerse presente que por la vía de la atribución de la jurisdicción que hace nuestra Constitución Política en el artículo 76, la exclusividad del ejercicio de la misma, y la regla de la inavocabilidad, además de las normas legales sobre nulidad procesal y recursos de casación contenidas en el Código de Procedimiento Civil y la regla de competencia de la extensión contenida en el Código Orgánico de Tribunales, resulta evidente que de conformidad a la ley es la judicatura ordinaria quien tiene las potestades de control sobre la validez de actuaciones procesales ya realizadas.

En tal entendido, en este requerimiento sólo corresponde precisar que, en el marco de la gestión pendiente que se señala en la parte expositiva, debe decidirse si la aplicación del artículo 309 del Código de

Aguas vulnera o no las normas constitucionales que se invocan como fundamento;

**II.- ACERCA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN MATERIA DE AGUAS.**

**SEGUNDO.-** Que, en el entorno de la petición, debe señalarse que el artículo 19 número 24° de la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, disponiendo que se protege “el derecho de propiedad en sus diversas especies”. Por otra parte, la misma norma, en su inciso siguiente, señala que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”.

En lo que concierne a este proceso constitucional, debe tenerse especialmente presente que, en materia de aguas, el texto de la Constitución, además de los principios enunciados precedentemente, contiene una norma expresa, 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”. Desde este punto de vista, debe tenerse presente que la Constitución, en el número 24° de su artículo 19, establece un mismo y único estatuto de protección para la propiedad sobre bienes corporales y para la que recae en bienes incorporales, por lo que sólo cabría hacer, entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de cada una de ellas;

**TERCERO.-** Que la doctrina fijada en las sentencias de esta Magistratura, roles N°s 505 y 506, ambas de fecha 6 de marzo de 2007, consideró que, respecto del derecho de

propiedad, *"el numeral 24 del artículo 19, en su inciso 2º, dispone que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública. Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad"*, incluyendo, en el caso sub lite, la que se refiere a derechos constituidos sobre aguas;

**CUARTO.-** Que la Constitución no formula distinción o exclusión alguna que impida al legislador regular y limitar todas las especies de propiedad en el marco habilitante ya transcrito y establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada. Cabe concluir entonces que la Carta Fundamental establece los mismos criterios limitativos, cualquiera sea el bien objeto del derecho de propiedad adquirido y que, en definitiva, es a esta Magistratura a quien le corresponde precisar, en esta sede de control, hasta dónde la ley, por esta vía, puede limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones que no importen transgredir el estatuto constitucional de este derecho;

**QUINTO.-** Que, por otra parte, la naturaleza del derecho de propiedad sobre las aguas no permite sostener que esté exento de restricciones, cargas o limitaciones en razón de la función social de la propiedad, más aún cuando el propio Código que las regula establece, en su artículo 5º, que las aguas son bienes nacionales de uso público

sobre los cuales se puede constituir derechos de aprovechamiento, definidos en el artículo 6º del mismo Código como “un derecho real que recae sobre las aguas”, que “consiste en el uso y goce de ellas”;

**SEXTO.-** Que, de lo razonado más arriba, debe concluirse de manera nítida que el derecho de propiedad, en general y en particular el derecho de propiedad sobre las aguas, reconoce como límite su función social, en virtud de la cual se pueden establecer limitaciones específicas al mismo. Es del caso recordar que la propia Carta Fundamental señala, en el numeral 8º de su artículo 19, que es deber del Estado velar por que el derecho al medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, en tanto que el numeral 24º del mismo artículo entiende que la función social de la propiedad comprende la preservación del patrimonio ambiental, dentro de la cual cabe la conservación de los caudales de aguas, de lo cual deriva el deber del Estado de adoptar todas las medidas para evitar su agotamiento, en conformidad además con el artículo 2º, letra b), de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente;

**SÉPTIMO.-** Que, por otra parte, la normativa constitucional contiene un mandato habilitante al legislador para establecer bajo qué condiciones y requisitos se adquieren derechos sobre las aguas, otorgándole a los particulares un verdadero derecho de propiedad sobre ellas. Dentro de ese marco se establece el precepto impugnado, que faculta a la autoridad administrativa para hacer la conversión que permite disminuir la entidad del derecho de aprovechamiento, pero que no contempla regla paralela que, en caso contrario, permita aumentarlo por igual vía;

### **III.- ACERCA DE LA FINALIDAD DEL PRECEPTO IMPUGNADO.**



**OCTAVO.-** Que, en este sentido, el Código de Aguas sustituyó las antiguas unidades de medida -tejas y regadores, entre otras- por el patrón de litros por segundo, disponiendo que los antiguos derechos se entenderían equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha en que se produzca controversia sobre su cuantía.

En este sentido, se desprende de lo expuesto que el Código mencionado estableció una regulación rigurosa, tendiente a expresar los derechos de aguas en volumen por unidad de tiempo, según el artículo 7º del mismo, lo que tiene obvios motivos de seguridad jurídica y a la vez es expresión del deber de los órganos del Estado de preservar el patrimonio ambiental, de conformidad con la función social de la propiedad y con lo dispuesto en el número 8º del artículo 19 de la Constitución;

**NOVENO.-** Que, en síntesis, con la finalidad de especificar el objeto de los derechos de aprovechamiento y para uniformar el régimen de ellos ante la normativa que los regula, el legislador estableció un régimen de conversión para expresar cuantitativamente los derechos conferidos con anterioridad a la vigencia del actual Código de Aguas y que se encontraren expresados en medidas diferentes de las de volumen por unidad de tiempo;

**DÉCIMO.-** Que, por otra parte, la disposición impugnada constituye una presunción respecto de las características esenciales de los derechos de aprovechamiento de agua constituidos con anterioridad al Código de Aguas vigente, fijando así las cualidades que permitan su adecuada identificación;

**DECIMOPRIMERO.-** Que, en otras palabras, el precepto reprochado permite que los derechos constituidos con

anterioridad a 1981 según lo dispuesto en dicha legislación sean individualizados y adecuados a la medida universal que hoy establece el artículo 7º del Código del ramo, conforme al cual “el derecho de aprovechamiento se expresará en volumen por unidad de tiempo”;

**DECIMOSEGUNDO.-** Que, con la finalidad descrita, el artículo 309 reprochado señala que *“en aquellos casos en que los derechos de aprovechamiento otorgados con anterioridad a este Código y que no estén expresados en volumen por unidad de tiempo, se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha que se produzca la controversia”*;

**DECIMOTERCERO.-** Que de este modo, como señala la doctrina, *“la ley ha establecido presunciones para ‘completar’ las características de los títulos, para formalizarlos”* (Alejandra Vergara Blanco, Derecho de Aguas, Tomo II; 1998, Ed. Jurídica de Chile, p. 341;

**DECIMOCUARTO.-** Que, como puede apreciarse, la citada disposición permite determinar la cuantía de los derechos de aprovechamiento en volumen por unidad de tiempo y sin que ello importe en abstracto una afectación de los derechos de antigua data, por cuanto el que la equivalencia se haga respecto del caudal máximo que ha sido efectivamente utilizado es un requisito de subsistencia de derechos existentes con anterioridad a 1981, que se condice por lo demás con lo que el anterior Código de 1951 establecía en materia de caducidad en orden a que el derecho de aprovechamiento de aguas sólo puede subsistir si efectivamente existe una utilización real de las aguas sobre las que recaiga el respectivo derecho;

**DECIMOQUINTO.-** Que, de esta forma, el actual legislador sólo reemplazó la causal de caducidad por no uso como causal extintiva de los derechos y, en su reemplazo, estableció un sistema de subsistencia de los derechos que supone la utilización actual y efectiva de las aguas, dado su carácter de bienes nacionales de uso público;

**DECIMOSEXTO.-** Que, por último, para que el titular de derechos de aprovechamiento de aguas pueda completar su título, existe un procedimiento sumario denominado doctrinariamente "de perfeccionamiento" que, regulado en los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas, se sustancia ante el juez de letras correspondiente, quien debe por tanto tutelar adecuadamente la no afectación de derechos constitucionales al afectado.

#### **IV.- ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO IMPUGNADO AL CASO CONCRETO.**

**DECIMOSÉPTIMO.-** Que de los antecedentes del caso concreto invocados por las partes y del mérito del presente proceso constitucional puede colegirse que la requirente tendría un derecho de aprovechamiento sobre un caudal de aguas equivalente a 65 litros por segundo, que señala usar para el riego de un predio de cincuenta hectáreas de cabida;

**DECIMOCTAVO.-** Que, por lo tanto, en este caso preciso y examinando estrictamente si la aplicación del precepto impugnado resulta o no contraria a la Constitución en la causa sub lite, puede señalarse que la vigencia del nuevo sistema no vulnera el derecho constitucional de propiedad de la requirente;

**DECIMONOVENO.-** Que, de lo razonado en la presente sentencia, se desprende que en la aplicación del precepto legal reprochado, en el estricto marco de la causa sub

lite, no existe infracción a la Carta Fundamental, por lo que el requerimiento debe ser rechazado.

**Y VISTO** lo prescrito en los artículos 19, números 8° y 24°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:** Que se rechaza el requerimiento de fojas 1. Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada, oficiándose al efecto.

Se previene que los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Mario Fernández Baeza concurren a lo decidido en esta sentencia, teniendo además presente que la única hipótesis en que la conversión de unidades de medida dispuesta por el precepto impugnado podría dar lugar a una merma cuantitativa del derecho del usuario sobre el caudal disponible se configuraría en caso de que éste no hubiere aprovechado legítimamente la proporción de aguas a que tenía derecho durante los últimos cinco años, situación ésta en que, siendo las aguas un bien nacional de uso público respecto del cual a los particulares se confiere por acto de autoridad un derecho real de aprovechamiento, en opinión de estos previnientes no se produciría una conculcación del derecho de propiedad, el que, según el inciso final del número 24° del artículo 19 de la Constitución, se tiene sobre el derecho de aprovechamiento y no sobre las aguas mismas, lo que le confiere el carácter de derecho de contenido eventual.

Adoptada con el voto en contra de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios y Raúl Bertelsen

Repetto, quienes estuvieron por acoger el requerimiento en virtud de las siguientes consideraciones:

**1º.** Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 24, incisos segundo y decimoprimer, de la Constitución Política, la ley puede establecer limitaciones y obligaciones derivadas de la función social a los diversos tipos de propiedad, entre las que se encuentran los derechos de los particulares sobre las aguas.

Asimismo y de acuerdo a lo prescrito en el artículo 19 N° 8º de la Carta Fundamental, la ley puede, también, establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos para proteger el medio ambiente, derechos entre los que se cuentan, por cierto, los derechos de aprovechamiento de aguas a que se refieren los artículos 5º y siguientes del Código de Aguas;

**2º.** Que, sin embargo, por su objeto, el artículo 309 del Código de Aguas no es una disposición limitativa de algún tipo de propiedad para hacer efectiva su función social o restrictiva de determinados derechos para proteger el medio ambiente, sino sólo un precepto legal que tiene por finalidad dar una nueva expresión a derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad al Código de Aguas y que no estuvieren expresados en volumen por unidad de tiempo, materia que ha de entenderse comprendida dentro del estatuto del dominio y sobre la cual el legislador tiene competencia para dictar normas;

**3º.** Que, al regular la conversión de derechos de aprovechamiento de aguas anteriores al Código, la ley no está habilitada para privar ni total ni parcialmente a sus titulares de derechos sobre los cuales tienen propiedad, salvo que ateniéndose a las disposiciones

constitucionales existentes sobre la materia, esto es, los incisos tercero, cuarto y quinto del N° 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental, se efectuare el correspondiente proceso expropiatorio;

4°. Que, atendido el tenor del artículo 309 del Código de Aguas, que es el precepto legal impugnado en el presente requerimiento de inaplicabilidad, los derechos de aprovechamiento anteriores al Código y expresados de otra forma que la de volumen por unidad de tiempo, "se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha en que se produzca controversia sobre su cuantía".

De esta forma, pudiera ocurrir, por razones que incluso no representen una actitud negligente de quienes fuesen titulares de dichos derechos en el señalado lapso de tiempo, que un aprovechamiento menor al que legítimamente les correspondiese efectuar a sus titulares, trajera por consecuencia una privación de la propiedad que tienen sobre los mismos sin indemnización alguna, lo que no está permitido por la Carta Fundamental;

5°. Que, aun cuando se estimara que es constitucionalmente procedente privar de derechos de aprovechamiento de aguas por su no uso durante un cierto lapso de tiempo -apreciación que estos Ministros disidentes no comparten-, ella debiera extenderse a todos los propietarios de dichos derechos en forma igualitaria, sea cual sea su forma de expresión, lo que en el caso del artículo 309 del Código de Aguas no ocurre, ya que, quienes tengan derechos expresados en volumen por unidad de tiempo, aunque no los utilicen durante cinco años, no resultan privados de los mismos.

Se configura, entonces, una diferencia de trato que, por carecer de justificación, infringe asimismo la garantía de igualdad ante la ley, con lo que se configura otro vicio de inconstitucionalidad en la aplicación del precepto legal impugnado y que constituye un motivo adicional para declarar su inaplicabilidad.

Redactaron la sentencia los ministros que la suscriben, la prevención, el ministro señor Francisco Fernández Fredes y la disidencia, el ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 1309-2009-INA.**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta De la Fuente Olgúin.

Se certifica que el Ministro señor Juan Colombo Campbell no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo, por haber cesado en el cargo.