



## Artículos



Santiago, 6 de diciembre de 2016

### **Reforma al Código de Aguas y efecto retroactivo de las leyes.**

*Se ha criticado que la norma sería inconstitucional porque vulneraría el derecho de propiedad al aplicar retroactivamente causales de extinción que no estaban previstas cuando ellos fueron constituidos.*

Por: Hernán Corral

---

La Cámara de Diputados aprobó el 22 de noviembre de 2016, en primer trámite legislativo, el Proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7.543-12) con un texto que ha suscitado una intensa polémica sobre su conveniencia y su constitucionalidad. La idea principal del proyecto es transformar el actual derecho real de aprovechamiento de aguas, en una concesión administrativa temporal y sujeta a múltiples restricciones que derivarían de la naturaleza de bien nacional de uso público de las aguas.

Uno de los puntos más discutidos se refiere a la situación en la que quedarían los derechos constituidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva iniciativa. Conforme al art. 1º transitorio del proyecto los derechos de aprovechamiento constituidos o reconocidos antes de la publicación de la ley, mantendrán su vigencia y los titulares podrán seguir usando, gozando y disponiendo en conformidad con “la ley”, pero que quedarán sujetos extinción por el no uso según las nuevas disposiciones. Se ha criticado que la norma sería inconstitucional porque vulneraría el derecho de propiedad al aplicar retroactivamente causales de extinción que no estaban previstas cuando ellos fueron constituidos.

Fernando Atria, que es profesor, entre otras materias, de Derecho Civil, en una columna publicada conjuntamente con Constanza Salgado, ha defendido la constitucionalidad del precepto y para ello ha invocado el art. 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes: “Asumiendo la constitucionalidad del nuevo régimen que contempla el proyecto, ¿estaría prohibido por la Constitución que dicho régimen se aplicara a los derechos constituidos con anterioridad a su entrada en vigencia? – se pregunta, para contestar enseguida- En el derecho chileno esta cuestión ha estado resuelta desde 1861: ‘Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley’ (art. 12 Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes)” (<http://www.elmercurio.com/blogs/2016/11/21/46758/Sobre-aguas-e-inconstitucionalidades.aspx>). Es decir, una nueva ley podría imponer nuevas causales de extinción a derechos constituidos con anterioridad a ella.

Lo que no señala Atria es que la regla del art. 12, y en especial la frase “en lo tocante a su extinción”

ha sido también desde antiguo cuestionada precisamente porque, mirado sólo su tenor literal, permitiría al legislador desconocer un derecho real ya adquirido e incorporado al patrimonio, por el simple expediente de configurar nuevas causales de extinción no consideradas en la ley vigente al momento en que se constituyeron. Nuestro principal tratadista, don Luis Claro Solar en el primer tomo de sus *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, cuya primera edición data de 1898, apuntaba que en este artículo la ley de 1861 se apartó de los principios que ella misma consagra, esto es, el respeto a los derechos adquiridos: “¿Cómo pueden entonces prevalecer en lo tocante a su extinción las disposiciones de la nueva ley? La extinción del derecho ¿no es precisamente lo contrario de su subsistencia?” (t. I, N<sup>o</sup> 133, p. 73). Algo similar señala a fines del siglo XX, el profesor Carlos Ducci, en su *Derecho Civil. Parte General* (3<sup>a</sup> edic., 1988, p. 61).

Si vamos a la historia del establecimiento de la ley que, como sabemos, es un criterio que el art. 19 inc. 2<sup>o</sup> del Código Civil dispone para determinar la intención o espíritu de una disposición legal, veremos que la cuestión no pasó desapercibida. Las actas dan cuenta de que en la sesión del Senado de 12 de junio de 1861 se produjo un intenso debate por la expresión “y en lo tocante a su extinción” contenida en el art. 12 del entonces proyecto de ley. El senador Eugenio Torres de Velasco se mostró fuertemente contrario a ella, aduciendo que la extinción afectaba al mismo derecho y por tanto no era una mera “reglamentación” de su ejercicio, por lo cual en esa parte el precepto violaba la garantía constitucional de la propiedad. Estas son sus palabras que leídas hoy suenan tremendamente actuales: “siempre he sostenido y sostendré hasta lo último que la *carta fundamental*, nuestra Constitución, debe sobreponerse a toda otra disposición de Derecho; que el fundamento de toda legislación debe ser el respeto a la Constitución. La Constitución no permite en ningún caso atacar el derecho de propiedad, ni restringirlo a ningún ciudadano, ya sea que representen alguna corporación, ya sea que representen a su simple persona; por consiguiente cualquiera disposición que se dicte en extinción de algún derecho o poniendo trabas a la conservación de la propiedad, no puede, a mi modo de ver, conservarse sin cometer una infracción del artículo constitucional”. Nótese que no estamos aquí frente a la según Atria “tramposa” Constitución de 1980 que habría impuesto un modelo económico neoliberal; el senador Torres invoca el texto de la Constitución de 1833.

Sigue su alegato en contra de la expresión impugnada: “Si mañana, pregunto yo, viene una ley que me dice que no puedo gozar de mis derechos por una ley que no estaba prescrita, aún cuando estuviese en la quieta y pacífica posesión de todos ellos, ¿quedaré sujeto a esta resolución a esta extinción de mi derecho sin que ella se haya ajustado a todas las formalidades constitucionales? No señor, no puedo convenir en esto. Por eso es que yo votaría por el artículo con la supresión de las palabras ‘en lo tocante a su extinción’”.

El alegato de Torres sólo fue controvertido por el senador Manuel José Cerda, pero en el sentido de que el texto del artículo no vulneraba la Constitución, puesto que sólo se aplicaría a casos muy singulares como la regulación de la prescripción adquisitiva o los fideicomisos perpetuos. En ningún caso la norma permitiría que el legislador privara del dominio a los propietarios poniendo, por ejemplo, un plazo de extinción a su derecho. Estas son sus palabras según quedó consignado en el acta de la sesión: “Pero si se dijese, por ejemplo, por una ley posterior: ‘ningún individuo podrá tener por más de 10 años un bien raíz, al cabo de los cuales lo enajenará’ entonces si que esa ley atacaría la propiedad, la destruiría por su base. Pero no es eso no se trata de hacer semejante cosa: el Código, lo único que hace es dar reglas nuevas para la prescripción, modificar los términos, el tiempo, y este es el modo de extinguirse”. Torres insistió en que debía eliminarse la expresión relativa a la extinción del derecho real, ya que para los casos citados por el senador Cerda existían sendas disposiciones en el proyecto, pero puesta en votación su indicación de eliminar la expresión del art. 12, fue desechada por 9 votos contra 2.

Como puede apreciarse, la historia de esta discusión revela que hubo consenso en que la frase “y en lo tocante a su extinción” no puede entenderse en el sentido de que el legislador pueda, sin violar la prohibición constitucional de retroactividad en menoscabo del derecho de propiedad, determinar nuevas causales de extinción de un derecho real ya constituido. La frase, cuando más, debe limitarse

a los casos de cambios en las leyes que regulan la prescripción adquisitiva o los fideicomisos perpetuos, supuestos que están explícitamente contemplados en los arts. 15 y 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

En abono de esta interpretación restrictiva debe añadirse que entre dos lecturas posibles de un precepto legal, debe preferirse aquella que mejor se ajuste a las normas y principios de la Constitución (criterio de la “interpretación conforme”). Pocas dudas puede haber en que si se entendiera el art. 12 de la ley como autorizando al legislador a crear nuevas causales de extinción de un derecho real y a hacerlas aplicables a los derechos constituidos bajo una ley anterior que no las contemplaba, el precepto devendría en inconstitucional.

En consecuencia, la argumentación en favor de la reforma al Código de Aguas en cuanto establece nuevas causales de extinción a los derechos de aprovechamiento constituidos o reconocidos con anterioridad, no puede con justicia basarse en la idea de que desde antiguo ello se ha permitido en nuestro país por así autorizarlo el art. 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes de 7 de octubre de 1861. (Santiago, 6 diciembre 2016)

---