Santiago, tres de octubre de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 21 de marzo del año en curso, la Universidad de Los Andes, representada por el abogado Alberto Guzmán Alcalde, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo único de la Ley N° 20.411, para que surta efectos en el proceso sobre reclamación, caratulado "Universidad de Los Andes con Dirección General de Aguas", Rol N° 921-2012, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

El texto del precepto legal objetado en autos dispone:

"Artículo único.- Prohíbese a la Dirección General de Aguas la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas solicitados en conformidad al artículo 4° transitorio de la ley N° 20.017, en las siguientes áreas:

ACUÍFERO	SECTOR	SUBSECTOR	REGIÓN
Azapa			Arica y Parinacota
Salar de Coposa			Tarapacá
Salar Sur Viejo			Tarapacá
Aguas Blancas	Aguas Blancas		Antofagasta
Aguas Blancas	Pampa Buenos Aires		Antofagasta
Aguas Blancas	Rosario		Antofagasta
Sierra Gorda			Antofagasta
Copiapó	Sector 1 (Aguas arriba Embalse Lautaro)		Atacama
Copiapó	Sector 2 (Embalse Lautaro - La Puerta)		Atacama
Copiapó	Sector 3 (La Puerta		Atacama

	- Mal Paso)		
Copiapó	Sector 4 (Mal Paso - Copiapó)		Atacama
Copiapó	Sector 5 (Copiapó - Piedra Colgada)		Atacama
Copiapó	Sector 6 (Piedra Colgada - Desembocadura)		Atacama
Culebrón			
Lagunillas	Culebrón		Coquimbo
Culebrón			
Lagunillas	Lagunillas		Coquimbo
Culebrón			
Lagunillas	Peñuelas		Coquimbo
El Elqui	Elqui Bajo		Coquimbo
El Elqui	Santa Gracia		Coquimbo
El Elqui	Serena Norte		Coquimbo
Los Choros	Punta Colorada		Coquimbo
	Quebrada Los Choros		
Los Choros	Altos		Coquimbo
Los Choros	Tres Cruces		Coquimbo
Catapilco	La Laguna		Valparaíso
	La Vinilla -		
Casablanca	Casablanca		Valparaíso
Casablanca	Lo Orozco		Valparaíso
Casablanca	Lo Ovalle		Valparaíso
Casablanca	Los Perales		Valparaíso
Estero			
Cachagua			Valparaíso
Estero El Membrillo			Valparaíso
Estero Las Salinas Sur			Valparaíso
Estero Papudo			Valparaíso
Estero			
Puchuncaví			Valparaíso
Estero San Jerónimo			Valparaíso
Horcón			Valparaíso
La Ligua			Valparaíso
Maipo			
Desembocadura			Valparaíso
Petorca			Valparaíso
Quintero	Dunas de Quintero		Valparaíso

Rocas de Santo Domingo			Valparaíso
Maipo	Til Til		Metropolitana
Maipo	Chacabuco Polpaico		Metropolitana
Maipo	Colina Sur		Metropolitana
Maipo	Lampa		Metropolitana
Maipo	Santiago Central		Metropolitana
Maipo	Santiago Norte		Metropolitana
Maipo	Chicureo		Metropolitana
Maipo	Colina Inferior		Metropolitana
Maipo	Mapocho Alto	Las Gualtatas	Metropolitana
Maipo	Mapocho Alto	Lo Barnechea	Metropolitana
Maipo	Mapocho Alto	Vitacura	Metropolitana
Maipo	Puangué Alto		Metropolitana
Maipo	Puangué Medio		Metropolitana
Maipo	La Higuera		Metropolitana
Maipo	Melipilla		Metropolitana
Maipo	Chólqui		Metropolitana
Maipo	Popéta		Metropolitana
Yali	Yali Alto		Metropolitana
Yali Bajo El Prado			Metropolitana
Alhué	Alhué		Del Libertador Bernardo O'Higgins
Cachapoal	Graneros - Rancagua		Del Libertador Bernardo O'Higgins
Cachapoal	Olivar		Del Libertador Bernardo O'Higgins
Cachapoal	Codegua		Del Libertador Bernardo O'Higgins
Tinguiririca	Las Cadenas- Marchigüe		Del Libertador Bernardo O'Higgins

Esta prohibición no afectará aquellas solicitudes presentadas de conformidad al artículo 4° transitorio de la ley N° 20.017, por las Comunidades Agrícolas,

organizadas en conformidad a lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 5, de 1968, del Ministerio de Agricultura, por pequeños productores agrícolas y campesinos, entendiéndose por éstos a los definidos en el artículo 13 de la ley N° 18.910, y de las ingresadas por indígenas y comunidades indígenas, entendiéndose por aquellos los considerados en los artículos 2° y 9° de la ley N° 19.253, respectivamente, siempre que cumplan con los requisitos prescritos en el artículo 5° transitorio de la ley N° 20.017.

Para efectos de lo señalado en el inciso precedente, se requerirá informe al Ministerio de Agricultura, si la solicitud corresponde a las Comunidades Agrícolas o a pequeños productores agrícolas o campesinos, y a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, si la petición pertenece a indígenas o comunidades indígenas.

Sin perjuicio de las áreas individualizadas anteriormente, el Ministro de Obras Públicas, podrá, mediante decreto fundado y previo informe del Ministerio de Agricultura y de la Dirección General de Aguas, incorporar nuevas áreas a las ya contempladas, si de los antecedentes técnicos existentes se demuestra una afectación total o parcial del acuífero en el mediano y largo plazo. El decreto respectivo deberá comunicarse a la Cámara de Diputados y al Senado."

En el aludido proceso judicial, se discute acerca de la validez de las resoluciones exentas de la Dirección General de Aguas que rechazaron dos solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas de la requirente, en base a la disposición objetada en autos. En el marco del reseñado litigio, el conflicto de constitucionalidad sometido a esta Magistratura consiste en determinar si es constitucional o no que sólo determinados individuos y agrupaciones, referidos en aquella disposición -que no se identifican con la peticionaria-, puedan constituir los mencionados derechos

de aguas. Lo anterior, pues podría estarse ante un beneficio en favor de unos pocos que podría configurar una discriminación arbitraria respecto de otros solicitantes, como también ante un trato discriminatorio por parte del Estado en materia económica, contraviniéndose así los numerales 2° y 22° del artículo 19 constitucional.

A efectos de fundamentar el requerimiento, la peticionaria expone los hechos relacionados con la aludida gestión judicial pendiente, para luego ahondar en las argumentaciones de derecho que sustentan las infracciones constitucionales que denuncia.

En cuanto a los hechos que originaron el juicio pendiente, señala la actora que el 16 de diciembre del año 2005 la Universidad de Los Andes presentó ante la Dirección General de Aguas -en adelante, DGA- dos solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, dando cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 4° y 5° transitorios de la Ley N° 20.017. Estas normas establecen los requisitos para obtener la constitución de los mencionados derechos y el procedimiento a que deben someterse las respectivas solicitudes, siendo imperativo para la DGA constituirlos si se da cumplimiento a lo dispuesto en ellas al efecto.

El año 2011, esto es, 6 años después de que se presentaran las aludidas solicitudes, se dictó la Ley N° 20.411. Esta prohíbe, en determinadas zonas del país, la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas según lo permiten las reseñadas normas transitorias de la Ley N° 20.017. Sin embargo, establece una excepción a aquella prohibición, a saber, que ella no afectará a aquellas solicitudes presentadas por las Comunidades Agrícolas -organizadas en conformidad a lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 5, de 1968, del Ministerio de Agricultura-, por pequeños productores agrícolas y campesinos -entendiendo por éstos a los

definidos en el artículo 13 de la ley N° 18.910-, y las ingresadas por indígenas y comunidades indígenas -entendiendo por aquellos los considerados en los artículos 2° y 9° de la ley N° 19.253, respectivamente-.

El 30 de agosto de 2011, la DGA rechazó las solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas de la Universidad de Los Andes, en base a la aludida prohibición de constitución dispuesta en el precepto reprochado. Las resoluciones de rechazo de la DGA fueron objeto de sendos recursos de reconsideración, los que también fueron rechazados por ese organismo con fundamento en la prohibición mencionada.

Contra estas últimas resoluciones, la peticionaria interpuso un recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Al resolverlo, la Corte lo rechazó, en consideración a lo dispuesto en el precepto objetado. Esta sentencia fue impugnada mediante recurso de casación en el fondo por la requirente, sin que a la fecha hayan ingresado los autos a la Corte Suprema.

En cuanto a las argumentaciones de derecho que sustentan los vicios de constitucionalidad denunciados, la requirente expone las dos siguientes argumentaciones que se sintetizan a continuación.

En primer lugar, la actora se refiere a la justificación, que se encuentra en la historia de la ley, relacionada con el origen de la disposición impugnada en autos.

Expone al efecto que se dictó la Ley N° 20.017 para que pudiera regularizarse una considerable cantidad de pozos de pequeño volumen de extracción de agua. Sin embargo, dado que, por lo dispuesto en los artículos 4° y 5° transitorios de esa ley, la DGA debía siempre constituir los derechos de aprovechamiento de aguas solicitados, se generó un riesgo de sobreexplotación y saturación de los acuíferos. Pues bien, el artículo único

de la Ley N° 20.411 buscó evitar esa situación, beneficiando sólo a los pequeños agricultores, campesinos, indígenas y comunidades indígenas que menciona.

En segundo lugar, la actora se refiere a los reproches de constitucionalidad que presenta respecto de la norma objetada.

Primero, expone que el derecho a la igualdad ante la ley se vulneraría por dos razones. Por una parte, porque el beneficio que se concede a determinados individuos y agrupaciones, en orden a darles una exclusividad en la constitución de derechos de aguas en determinadas zonas del país, importa una desigualdad en el trato que no es razonable ni objetiva. Lo anterior, por cuanto los demás peticionarios (como la Universidad de los Andes) se encuentran en igualdad de condiciones, desde el momento que unos y otros están pidiendo constituir derechos de aprovechamiento de aguas por un caudal inferior a 2 litros de agua por segundo. Y cabe recordar que el motivo para la dictación de la Ley N° 20.017 fue facilitar la regularización de ese tipo de pequeñas extracciones de agua. Por otra parte, la vulneración vendría dada por la innecesariedad, inidoneidad y desproporción de la prohibición que establece la norma para evitar la saturación y sobreexplotación de los acuíferos. Ello, porque éstas no dependen de alguna característica especial de los solicitantes, sino que de la cantidad de los mismos.

Segundo, alega que se violenta el derecho a recibir un trato no discriminatorio por parte del Estado en materia económica.

La vulneración mencionada se produciría toda vez que existe una desigualdad en relación a la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas que son un derecho de tipo patrimonial.

Por resolución de 3 de abril de 2013, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado a la Dirección General de Aguas, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por escrito de fojas 213, la Dirección General de Aguas formuló sus observaciones. Éstas contemplan la exposición del fundamento del precepto objetado y de los descargos referidos a cada una de las infracciones de constitucionalidad esgrimidas.

En cuanto a la justificación de la existencia del precepto, reitera lo señalado por la actora, en orden a que la Ley N° 20.017 se dictó con el ánimo de facilitar la regulación de extracciones de agua de menor volumen, haciendo imperativo para la DGA la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas respecto de todo solicitante que diera cumplimiento a lo prescrito por los artículos 4° y 5° transitorios de esa ley. No obstante ello, hace presente que la peticionaria omitió señalar que, según consta en la historia fidedigna de la dictación de la Ley N° 20.411, el fin de esta facilidad otorgada por la Ley N° 20.017 se dirigía a permitir la regularización de pozos de agricultores, quienes, al no cumplir con los requisitos para la regularización establecidos en el Código de Aguas, no podían optar a los programas de subsidio que el Estado creó para ellos.

El problema que se generó fue que se presentaron más de 51.000 solicitudes de constitución de derechos de

aguas -muchas de ellas de grandes empresas-, desvirtuándose el fin de la aprobación de la Ley N° 20.017, junto con la generación de riesgos de sobreexplotación y saturación de acuíferos.

Por ello se dictó el artículo único de la Ley N° 20.411, a efectos de que, según fuera el espíritu de la Ley N° 20.017, sólo accedieran a regularizar sus pozos los agricultores y otros grupos vulnerables.

Respecto a las argumentaciones para sustentar el rechazo de las violaciones de derechos aducidas, el organismo fiscal se refiere a cada una de ellas.

Expone que debe desestimarse la violación del derecho a la igualdad, por cuanto, como fuera señalado, se desprende de la explicación de la historia de la Ley N° 20.017, que ésta fue dictada para permitir la fácil regularización de extracciones de aguas efectuadas por agricultores y otras agrupaciones vulnerables, cuestión que es lo que animó a establecer la excepción, en favor de los mismos, a la prohibición dispuesta en el precepto objetado. De esta manera, el artículo único de la Ley N° 20.411 vino a hacer posible el fin para el que fue dictada aquella ley, es decir, beneficiar a grupos vulnerables. Además, debe desestimarse la infracción a la igualdad porque el principio de isonomía supone que se dé un trato diverso a quienes se encuentran en situaciones diferentes. Justamente, esta diferenciación es lo que ha motivado la dictación de las leyes N°s 20.017 y 20.411, que dan un trato especial para proteger a las indicadas agrupaciones y personas que se encuentran en una situación más débil. Por lo demás, desde otra perspectiva, la Universidad de los Andes tampoco estaría en una situación de discriminación, toda vez que no ha acreditado que otros de su misma condición hayan obtenido la constitución de derechos de aguas en la misma zona respecto de la cual reclama los derechos.

En cuanto a la infracción del derecho a no recibir un trato discriminatorio por parte del Estado en materia económica, además de las anteriores razones para negar una discriminación, agrega para desestimarla en materia económica que la requirente no era titular de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas al momento de la dictación de la Ley N° 20.411. Sólo tenía la expectativa de su constitución. Por consiguiente, si no los tiene, mal puede alegar entonces una discriminación arbitraria en relación a esos derechos. En similar sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 513.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 14 de agosto de 2013, oyéndose los alegatos del abogado Alberto Guzmán, por la requirente, y del abogado Ricardo Cáceres, por la requerida.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, según se desprende de lo relatado en la parte expositiva de esta sentencia, la entidad requirente sustenta su impugnación en que la eventual aplicación en la gestión judicial pendiente del precepto legal reprochado importaría la vulneración de dos garantías constitucionales, a saber: la igualdad ante la ley y la consiguiente prohibición al legislador de establecer diferencias arbitrarias (numeral 2° del artículo 19 constitucional) y la garantía de no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (numeral 22° del mismo artículo de la Carta Fundamental). En lo que sigue, abordaremos sucesivamente estas dos objeciones de constitucionalidad;

SEGUNDO: Por lo que se refiere a la primera cuestión planteada, la Universidad de los Andes no ha demostrado en autos que los derechos de extracción de aguas subterráneas (que la DGA le ha denegado por aplicación de la norma legal impugnada) le hayan sido, en cambio, otorgados a otras personas en situación idéntica a la suya, es decir, que no sean pequeños productores agrícolas, campesinos, indígenas ni comunidades que agrupen a éstos o aquéllos, que son los grupos sociales desaventajados a los que el inciso segundo del precepto reprochado exime de la prohibición general contemplada en su inciso primero.

Por consiguiente y comoquiera que el principio de isonomía en el tratamiento legal, según la conocida fórmula aristotélica, supone dispensar un trato igual a los efectivamente iguales y diferente a aquellos que no lo son, en este caso específico el que el legislador haya exceptuado de la prohibición a sectores socioeconómicos vulnerables, en relación con el acceso a un recurso natural escaso y de importancia vital para su subsistencia, no entraña una discriminación arbitraria pues responde a consideraciones de política pública perfectamente entendibles.

Es más, al proceder del modo en que lo hizo, la Ley N° 20.411 simplemente se limitó a restablecer el propósito originario del artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017, cual era el de regularizar la situación de los pequeños pozos construidos por modestos regantes, excluyendo de esta opción de explotación de un recurso crítico en las zonas áridas del país a quienes no tuvieran esa condición socioeconómica;

TERCERO: Por las razones expuestas en el motivo precedente, este primer reproche de inconstitucionalidad será desestimado por esta Magistratura;

CUARTO: Que, en lo que atinge a la segunda objeción de constitucionalidad formulada por la requirente, es

decir, la vulneración que se daría en la especie al tratamiento simétrico que deben conceder a los particulares el Estado y sus organismos en materia económica, cabe señalar que el tratamiento preferente que el legislador ha dado a los sujetos exceptuados de la prohibición de otorgamiento de derechos de agua en las zonas en que dicho esencial recurso es escaso, no sólo no es un criterio de distribución arbitrario, como ha quedado consignado en el considerando anteprecedente, sino que es un predicamento expresamente autorizado por el constituyente en el párrafo segundo del numeral 22° del artículo 19 de la Constitución, que habilita al legislador, a propósito de la configuración de la garantía que la actora pretende conculcada, para autorizar determinados beneficios a favor de algún sector o actividad económica, a condición de que ello no importe discriminación, como es el caso en la situación de autos;

QUINTO: Que, por el motivo expresado en el considerando anterior, tampoco se hará lugar a la impugnación basada en una presunta infracción del artículo 19, N° 22°, de la Carta Fundamental.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 19, N°s 2° y 22°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1 y que se pone término a la suspensión de procedimiento decretada a fojas 49 de estos autos, oficiándose al efecto.

No se condena en costas a la requirente por estimarse que tuvo motivo plausible para requerir.

Acordada con la prevención de los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, quienes, compartiendo la sentencia, concurren adicionalmente a lo resuelto por las siguientes consideraciones:

I.- LA IMPUGNACIÓN.

1° Que la requirente invoca la afectación de la igualdad ante la ley por el no otorgamiento arbitrario, por parte de la Dirección General de Aguas, de los derechos de aprovechamiento de aguas a los cuales estaba obligada por aplicación de la Ley N° 20.017. Para ello, impugna ante este Tribunal el artículo único de la Ley N° 20.411, que prohíbe la constitución de dichos derechos en los acuíferos subterráneos de las zonas centro y norte del país, con la salvedad de su otorgamiento a pequeños productores agrícolas y campesinos (según lo definido por el artículo 13 de la Ley N° 18.910), así como a indígenas y comunidades indígenas (según se identifican como tales por los artículos 2° y 9° de la Ley N° 19.253);

2° Que dicha fuente de discriminación sería doble. Primero, porque la Ley N° 20.411 estableció un privilegio para aquellos a los que excepcionó de la prohibición. Y, segundo, porque el legislador de la Ley N° 20.017 había otorgado derechos de aprovechamiento basados exclusivamente en la necesidad de evitar la sobreexplotación y saturación de los acuíferos, a cuyo efecto atendió únicamente al elemento objetivo constituido por la baja cuantía del caudal solicitado. Por ello, la Dirección General de Aguas debía otorgar tales derechos y su prohibición es desproporcionada, innecesaria e inadecuada para lograr la finalidad de evitar tal sobreexplotación;

3° Que, adicionalmente, estima vulnerado el artículo 19, N° 22°, de la Constitución, relativo al tratamiento no discriminatorio que debe dar el Estado en materia económica. Aquí estima que dicho mandato constitucional no sólo es una proyección de la regla de igualdad aplicada al ámbito económico, sino que se produce además dicha afectación “porque los derechos de aprovechamiento de aguas son un derecho de carácter patrimonial” (fs. 15);

II.- LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.

4° Que *“son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”* (artículo 2°, inciso final, del Código de Aguas);

5° Que *“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 5° del Código de Aguas). Esta norma no es sino una manifestación de la regla constitucional del artículo 19, numeral 23°, que dispone *“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 una ley lo declare así”*;

6° Que la Constitución, en su artículo 19, numeral 24°, inciso final, no otorga el derecho de dominio sobre las aguas mismas, las cuales -reiteramos- son bienes nacionales de uso público, sino que sobre el derecho de aprovechamiento de éstas en conformidad a la ley. En consecuencia, mientras tal derecho de aprovechamiento no se haya constituido de acuerdo a la ley, tal derecho no existe (sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 260, considerandos 7° y 8°);

7° Que, por lo mismo, esta Magistratura ha sostenido que las aguas subterráneas son bienes nacionales de uso público (sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.254, considerandos 50° y 51°);

8° Que el derecho de aprovechamiento de aguas se constituye, por regla general, mediante resolución de la Dirección General de Aguas (artículo 147 bis del Código de Aguas) o mediante decreto supremo del Presidente de la República por "circunstancias excepcionales y de interés general" (artículo 148 del Código de Aguas);

9° Que este derecho de aprovechamiento de aguas está sometido a las mismas limitaciones y obligaciones que se derivan de la función social de la propiedad, entre ellas, la necesidad que exige la preservación del patrimonio ambiental (sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.309, considerando 6°);

10° Que el derecho a desarrollar una iniciativa económica no concede un título habilitante para exigir el reconocimiento de un derecho de aprovechamiento de aguas. Éste, necesariamente, debe constituirse con antelación al emprendimiento de la iniciativa económica y de conformidad a la ley (sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 513, considerando 21°);

III.- EL RECHAZO DEL REQUERIMIENTO POR NO AFECTAR LA IGUALDAD ANTE LA LEY NI LA IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA ECONÓMICA.

11° Que, por ende, el legislador tiene un amplio margen para regular la constitución de estos derechos de aprovechamiento por mandato constitucional. En virtud de ello, legisló en el caso de la Ley N° 20.017, como una modalidad de regularización de los derechos de aprovechamiento respecto de usuarios localizados en comunidades agrícolas e indígenas que habían construido

obras de captación con anterioridad al 30 de junio de 2004;

12° Que, no obstante que en la historia legislativa correspondiente se identificaba a los beneficiarios excepcionales de esta regularización, sometida a trámites breves y más simples que los de una constitución habitual de derechos, la cantidad de solicitudes de derechos de aprovechamiento que se presentaron superó las cincuenta y un mil, en circunstancias que se estimaba en cifras inferiores a cinco mil solicitudes potenciales. Muchos de los solicitantes eran grandes empresas y los menos eran los beneficiarios naturales que el legislador había considerado. Por tanto, es evidente que los objetivos de la Ley N° 20.017 se habían frustrado. Sin embargo, ningún derecho se constituyó bajo esa regla. Y el legislador estableció un nuevo procedimiento en que los mismos derechos previos se intentaron regular mediante la Ley N° 20.411;

13° Que cabe preguntarse si tal legislación es discriminatoria e inconstitucional en la doble vertiente alegada, esto es, como regla objetiva y también como derecho subjetivo. Como regla objetiva, la prohibición de otorgar derechos de aprovechamiento se constituye en una aplicación de la función social de la propiedad que pretende conservar el patrimonio ambiental (artículo 19, numeral 24°, inciso segundo, de la Constitución) mediante la cautela de los acuíferos subterráneos. La zona distinguida con la prohibición (norte y centro) está sometida a evidentes restricciones de agua, conocidas por todos los habitantes, y el legislador está lejos de configurar una norma arbitraria al regular el acceso al recurso. Esta prohibición es una manifestación del principio precautorio, presente, asimismo, en el artículo 19, numeral 8°, de la Constitución, que dispone el deber del Estado de "tutelar la preservación de la naturaleza";

14° Que, en la dimensión subjetiva impugnada, el legislador estableció el otorgamiento excepcional de este derecho a objeto de regularizar las pequeñas captaciones de aguas que tienen comunidades agrícolas e indígenas específicas del territorio nacional. Estas comunidades no sólo alcanzan el dominio formal de sus derechos de aprovechamiento de agua a través de su regularización sino que se cautela con ello sus modos culturales de organización y subsistencia a partir de tan vital elemento. De este modo, no constituye un privilegio sino que preserva sus comunidades y su desarrollo a partir del cumplimiento del deber estatal de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (artículo 1°, inciso quinto, de la Constitución);

15° Que, por tanto, la requirente carece de los atributos que la pudieran situar en la condición de “grupo desaventajado” que fundamenta el derecho excepcional de aprovechamiento de agua por obras de captación anteriores a junio de 2004. Lo anterior se acredita, justamente, por la aplicación del artículo 19, numeral 22°, de la Constitución. En su inciso segundo se establece que “sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica (...)”. Aquí nos encontramos frente a un beneficio directo (derecho de aprovechamiento), que favorece a un sector (comunidades indígenas), una actividad (la pequeña agricultura de subsistencia) o zona geográfica (norte y centro del país). Todo lo anterior, bajo las reglas generales de cumplimiento de la ley que otorga estos derechos. Por tanto, en el requerimiento se evidencia, en último término, una igualación de beneficiarios que no es

sustentable en el principio de razonabilidad y un propósito que afecta los deberes estatales objetivos de preservación de la naturaleza. Si el requerimiento fuese acogido, las cincuenta y un mil solicitudes y fracción presentadas deberían ser acogidas, dañando severamente bienes constitucionales sensibles para el bienestar colectivo de la Nación.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que rechaza el requerimiento de autos por las consideraciones expresadas en el fallo y por las que se indican a continuación:

1º) Que, de acuerdo al planteamiento de la Universidad de Los Andes, parte requirente en estos autos, el desigual tratamiento que el precepto legal impugnado establece respecto de quiénes están legalmente habilitados para obtener derechos de aprovechamiento de aguas constituye una discriminación arbitraria perjudicial para ella. La mencionada universidad argumenta, en síntesis, que si bien existe un problema de sobreexplotación, éste no depende de las características de los peticionarios, lo que no permite, desde el punto de vista constitucional, beneficiar a unos y excluir a otros. En este caso concreto, la norma impugnada sólo beneficia a comunidades agrícolas integradas por pequeños productores agrícolas y campesinos, y a indígenas y comunidades indígenas;

2º) Que no se ha controvertido en autos la existencia de problemas de indisponibilidad, saturación o sobreexplotación del recurso agua. Excepcionalmente, en virtud de la Ley N° 20.017 (complementada por la Ley N° 20.099), se permitió la asignación o constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, estableciéndose, de manera combinada, determinados criterios de asignación

inicial. Estos parámetros obedecieron, fundamentalmente, a consideraciones referidas a la magnitud del caudal; a la ubicación geográfica; y a la existencia previa de obras de captación (criterio histórico);

3º) Que, con el elevado número de solicitudes amparadas en la Ley N° 20.017, se incrementó el riesgo de agravación del reconocido problema de sobreexplotación. En efecto, en el Mensaje de la Ley N° 20.411, el Ejecutivo señaló que “se presentaron aproximadamente 51.600 solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas en conformidad al artículo 4º transitorio a lo largo del país [...] De constituirse todos los derechos de aprovechamiento solicitados, se perjudicarían los derechos de aprovechamiento ya otorgados, en atención a que se produciría una saturación y sobreexplotación de los acuíferos con consecuencias desastrosas y caóticas. [...] En consecuencia, se hace necesario restringir la aplicación del artículo 4º transitorio en determinadas zonas o áreas afectadas” (Boletín N° 6681-15, p.2);

4º) Que, para enfrentar la problemática anterior, el legislador racionalizó la demanda al restringir el ámbito de personas susceptibles de solicitar y recibir derechos de aprovechamiento de aguas. En este sentido, la medida resulta idónea o eficaz al tender a minimizar los riesgos derivados de problemas de saturación y sobreconsumo del recurso hídrico;

5º) Que, en el ejercicio de su ámbito de discreción, el legislador ha establecido, en la norma impugnada, un mecanismo de asignación inicial de derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales han procurado limitar el acceso a un recurso escaso, para lo cual ha considerado, básicamente, elementos históricos, geográficos, de magnitud del caudal y, finalmente, de carácter socio-sectoriales;

6º) Que podrían haber existido múltiples criterios de asignación inicial, entre ellos, el orden en el tiempo en que se efectuaron las solicitudes; una subasta pública; o un remate entre los solicitantes. Sin embargo, todo criterio y, en definitiva, forma de asignación, tiene ventajas y desventajas, lo cual será más o menos óptimo según los valores preferidos por el legislador;

7º) Que, en otras palabras, el sistema restrictivo de asignación inicial de derechos establecido en la Ley N° 20.411 que se impugna en autos constituye una respuesta idónea a la problemática de la sobreexplotación del recurso hídrico, y, al mismo tiempo, no puede resultar objetable respecto de la libre y razonable preferencia legislativa por beneficiar a ciertos grupos de la población por sobre otros;

8º) Que, finalmente, cabe señalar que el sistema de asignación impugnado establece un tratamiento igualitario respecto de quienes son considerados dentro de los grupos diferenciados beneficiados por el precepto legal objetado.

Por tanto, en consideración a lo manifestado precedentemente, este Ministro no acoge el requerimiento deducido en autos por no existir la alegada vulneración a los artículos 19 N° 2º y 22º de la Constitución Política de la República.

Acordada con el voto en contra de la Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres, quien estuvo por acoger el requerimiento deducido a fojas 1, sólo en lo referente a su inciso segundo, por las razones que se consignan a continuación:

1º. Que la Universidad requirente ha solicitado la declaración de inaplicabilidad del artículo único de la Ley N° 20.411, en los autos Rol N° 921-2012,

correspondientes a un recurso de reclamación dirigido contra la Dirección General de Aguas, que se tramita ante la Corte de Apelaciones de Santiago;

2°. Que la norma legal reprochada estableció la prohibición a la Dirección General de Aguas de constituir derechos de aprovechamiento de aguas solicitados en conformidad al artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017 en las áreas que indica, con el objeto preciso -según se lee en el Mensaje respectivo- de *“beneficiar a los pequeños agricultores, campesinos, comunidades indígenas e indígenas frente a la inconmensurable cantidad de solicitudes presentadas en virtud del artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017.”*;

3°. Que, para efectos de los razonamientos que se desarrollarán, conviene transcribir el contenido del artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017:

“La Dirección General de Aguas constituirá derechos de aprovechamiento permanentes sobre aguas subterráneas por un caudal de hasta 2 litros por segundo, para las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y hasta 4 litros por segundo en el resto de las Regiones, sobre captaciones que hayan sido construidas antes del 30 de junio de 2004. Las solicitudes deberán ser presentadas hasta seis meses después de la entrada en vigencia de la presente ley.

No será requisito para el aprovechamiento de aguas subterráneas indicadas en el inciso primero del artículo 56 del Código de Aguas, realizar la regulación señalada en el presente artículo.

La constitución de derechos de aprovechamiento que se realice de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, respecto de captaciones

construidas en inmuebles regidos por el decreto con fuerza de ley N° 5, de 1968, del Ministerio de Agricultura, sólo se podrá efectuar a nombre de la respectiva comunidad agrícola. Esta norma se aplicará a todas las solicitudes que ya hayan sido ingresadas a trámite como así también respecto de aquellas que en el futuro se presenten."

El artículo 5° transitorio de esa misma ley estableció el procedimiento para constituir los aludidos derechos de aprovechamiento de aguas, indicándose, en lo pertinente, que:

"5. Cumplidos los requisitos señalados en el presente artículo, la Dirección General de Aguas constituirá el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, para lo cual podrá dictar una o varias resoluciones que incluyan un conjunto de solicitudes involucradas.

Si las solicitudes no cumplen con los requisitos exigidos, deberán ser denegadas, y en contra de ellas podrán interponerse los recursos a que se refieren los artículos 136 y 137 del Código de Aguas."

4°. Que la Ley N° 20.017 entró en vigencia el 16 de junio de 2005. No obstante, el artículo 2° de la Ley N° 20.099, publicada en el Diario oficial de 15 de mayo de 2006, otorgó, a través de su artículo 2°, un nuevo plazo de seis meses para la presentación de solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento permanentes sobre aguas subterráneas realizadas en conformidad a su artículo 4° transitorio;

5°. Que, en virtud de la facultad conferida por el artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017, la Universidad de Los Andes presentó dos solicitudes de

constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, ante la Dirección General de Aguas Región Metropolitana, con fecha 16 de diciembre de 2005, respecto de sendas captaciones localizadas en la comuna de Las Condes. Como es fácil advertir, ambas solicitudes fueron presentadas dentro del plazo original que dicha norma había conferido para estos efectos;

6°. Que, mediante Resoluciones D.G.A. RMS N° 1634 (Exenta) y D.G.A. RMS N° 1635 (Exenta), ambas de 30 de agosto de 2011, la Dirección General de Aguas denegó las respectivas solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento consuntivo de aguas subterráneas presentadas por la Universidad de Los Andes, invocando como razón que *“el punto de captación a que se refiere la solicitud presentada por la peticionaria se encuentra en una de las áreas sobre las cuales la ley N° 20.411, de 29 de diciembre de 2009, modificada por la Ley N° 20.491, de 7 de febrero de 2011, ha declarado la prohibición de constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en virtud del artículo 4° Transitorio de la Ley N° 20.017 de 2005.”* (Fojas 20 y 22) (Énfasis agregado);

7°. Que el examen de constitucionalidad involucrado en la decisión de un requerimiento de inaplicabilidad exige considerar cuidadosamente las circunstancias del caso concreto que se somete a la decisión del Tribunal Constitucional. Es esta consideración, propia de la naturaleza de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, la que, en concepto de la Ministra que suscribe este voto, debe llevar a acoger parcialmente la acción deducida por la Universidad de Los Andes;

8°. Que, en efecto, la Dirección General de Aguas tardó seis años en resolver las solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas presentadas por la requirente de autos. En el intertanto, se dictó la Ley N° 20.411, cuyo artículo único estableció

la prohibición en que se amparó la aludida Dirección para denegar posteriormente las solicitudes.

Lo anterior, pese a que el inciso segundo del artículo 3° de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, impone a la Administración del Estado el deber de observar, en su actuación, los principios de eficiencia y eficacia en su actuación.

Asimismo, *“el retardo en la tramitación del acto en examen contraviene lo previsto en el artículo 7° de la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, relativo al principio de celeridad, conforme al cual las autoridades y funcionarios deben actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trata y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites pertinentes. (...) (6.687/2010).”* (Pallavicini Magnere, Julio. “Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Ley N° 18.575 interpretada.” Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 135);

9°. Que si bien las consideraciones que preceden son propias de un examen de legalidad y no de constitucionalidad, resultan atingentes a la decisión del asunto sometido, pues demuestran, a nuestro juicio, que la situación en que quedó la Universidad de Los Andes, en cuanto a sus solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, no le es imputable, sino que pudo haberse evitado, de no existir un retardo apreciable de la Administración en resolver las solicitudes respectivas.

La afirmación anterior es coincidente con lo afirmado por la propia Dirección General de Aguas, al resolver los recursos de reclamación deducidos por la requirente de autos, donde indica que: *“13. (...)en cuanto al tiempo transcurrido sin resolver la petición de la solicitante, corresponde señalar que es un hecho innegable que, las solicitudes relacionadas con el*

artículo 4° Transitorio de la Ley N° 20.017, de 2005, que reformó el Código de Aguas, dieron lugar, a una demanda cercana a las 53.000 peticiones en todo el país. 14. Que, dicha demanda, sobrepasó con creces las capacidades materiales y humanas instaladas en la Dirección General de Aguas para abordar en forma y plazo su resolución, por lo que este Servicio ha continuado abordando la resolución de este tipo de solicitudes en la medida que los recursos existentes lo han permitido, debiendo actualmente ajustar su actuar a las normas vigentes, entre las cuales se encuentran las contenidas en la Ley N° 20.411, de 2009, y N° 20.491, de 2011.” (Fojas 20 y siguientes);

10°. Que, sin perjuicio de lo señalado, es necesario hacerse cargo de las impugnaciones específicas de constitucionalidad que se atribuyen por la requirente al artículo único de la Ley N° 20.411, particularmente a su inciso segundo. Dichas impugnaciones consisten en que, de aplicarse el referido precepto a la decisión de la gestión judicial pendiente, vulneraría la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria en el trato que deben brindar el Estado y sus organismos a los particulares en materia económica, derechos consagrados en los numerales 2° y 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental, respectivamente;

11°. Que, siguiendo la jurisprudencia ya asentada en esta Magistratura, el examen de la igualdad ante la ley exige verificar si se han cumplido los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto al introducirse una diferencia de trato entre determinadas personas. Estos estándares son precisamente los que permiten apreciar la razonabilidad de la medida de que se trata;

12°. Que, en este sentido, el artículo único de la Ley N° 20.411 consignó la prohibición de constituir derechos de aprovechamiento de aguas solicitados en

conformidad al artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017, en diversas áreas, excluyendo las solicitudes presentadas por pequeños productores agrícolas y campesinos, así como las ingresadas por indígenas y comunidades indígenas, y siempre que cumplieran con los requisitos prescritos en el artículo 5° transitorio de la misma Ley N° 20.017.

En consecuencia, no caben dudas de que la norma legal impugnada en esta ocasión introdujo una diferencia de trato entre los solicitantes de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, pues los recién mencionados no quedaban afectos a la prohibición de solicitar tales derechos mientras que el resto de los solicitantes, que no estuvieran incluidos en las categorías mencionadas, sí quedaban afectos a tal prohibición;

13°. Que, desde el punto de vista de la necesidad de la medida, ella aparece justificada, en la medida que, ante el acceso a un recurso escaso -como el agua-, se trataba de beneficiar a los sectores sociales más desvalidos. En el respectivo Mensaje de la Ley N° 20.411 se lee, en efecto, que se trataba de *"beneficiar a los pequeños agricultores, campesinos, comunidades indígenas e indígenas frente a la inconmensurable cantidad de solicitudes presentadas en virtud del artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017."*;

14°. Que, en lo que respecta a la idoneidad de la medida adoptada por el legislador, ella también se muestra justificada, pues una de las herramientas que éste posee para corregir diferencias naturales entre las personas es establecer beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, siempre que ello no importe una discriminación arbitraria, tal y como autoriza el artículo 19 N° 22° de la Constitución Política;

15°. Que, sin embargo, no puede llegarse a la misma conclusión en lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador en este caso. Y es que dicha proporcionalidad supone que si alguien va a resultar sacrificado como consecuencia del beneficio asegurado a otro u otros, no lo sea en medida intolerable al punto de resultar totalmente excluido de adquirir un derecho -el de aprovechamiento de aguas subterráneas- al que legítimamente pudo aspirar en el momento en que decidió impetrarlo conforme a las reglas jurídicas imperantes en ese momento.

En este sentido, cabe tener presente que, por mucho que el Mensaje de la Ley N° 20.411 indique que *"el espíritu del artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017, de 2005, fue regularizar derechos de aprovechamiento de aguas de los pozos y norias en beneficio de los pequeños agricultores, cuando éstos no pueden obtener derechos debido a que existen problemas de disponibilidad"*, lo cierto es que ello no quedó reflejado en el texto de la aludida legislación. Por el contrario, el inciso primero de esa normativa sólo alude a solicitudes referidas a caudales de aguas subterráneas de hasta 2 litros por segundo para las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y hasta 4 litros por segundo en el resto de las regiones, sobre captaciones que hayan sido construidas antes del 30 de junio de 2004.

En consecuencia, no habiendo distinguido el legislador, resultó legítimo que todos aquellos que, sin ser pequeños agricultores, campesinos, comunidades indígenas o indígenas, pudieran solicitar derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas siempre que cumplieran con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 4° transitorio de la Ley N° 20.017 y ajustándose al procedimiento regulado en el artículo 5° transitorio de esa misma normativa;

16°. Que, en este caso, la falta de proporcionalidad en la medida impuesta por el artículo único de la Ley N° 20.411 se ha traducido en una lesión del principio de confianza legítima que debe presidir las relaciones entre la Administración del Estado y los administrados.

Así, este Tribunal ha expresado que *"en nuestro sistema jurídico, la certeza y seguridad jurídica sobre el verdadero derecho vigente está dada fundamentalmente por la confianza en la publicación de las leyes en el Diario Oficial, en las recopilaciones de la Contraloría General de la República, y en las ediciones oficiales de los Códigos de la República efectuadas por la Editorial Jurídica de Chile."* (STC Rol N° 1444, considerando 54°). Ha agregado que *"se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas."* (STC roles N°s. 207, considerando 67°, y 1144, considerando 52°). Finalmente, ha indicado también, invocando jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que *"el alcance de la protección de la confianza legítima ha de corresponder al grado y tipo de afectación de la misma en conformidad con el principio de proporcionalidad (...)"* (STC Rol N° 1452, considerando 28°);

17°. Que, así, si una entidad privada como la Universidad de Los Andes presentó solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, en ejercicio de una facultad que el ordenamiento jurídico vigente otorgaba, y no pudo materializarla por la demora de la Administración en resolverlas, al punto que la dictación de una nueva legislación ha venido a privarla de la expectativa que tenía, se ha lesionado el principio de la confianza legítima que debe reinar en las relaciones entre la Administración y los administrados, faltando

asimismo a la proporcionalidad entre medios y fines que debe regir la conducta legislativa. Se ha vulnerado, por tanto, en este caso concreto, la igualdad ante la ley y la prohibición de trato discriminatorio que se impone al Estado y sus organismos respecto de los particulares en materia económica;

18°. Que el evidente error de apreciación en que ha incurrido el legislador de la Ley N° 20.017 queda de manifiesto en el Mensaje de la Ley N° 20.411, cuyo artículo único ha sido impugnado en estos autos, cuando precisa que: *“Contrariamente a lo presupuestado, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.017, de 2005, se presentaron aproximadamente 51.600 solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas en conformidad al artículo 4° transitorio a lo largo del país, muchas de las cuales no corresponden a pequeños agricultores sino que a medianas y grandes empresas que utilizaron el referido artículo como un procedimiento simplificado para regularizar usos anteriores, desvirtuándose los fines de la norma en comento.”* (Énfasis agregado);

19°. Que, de esta forma, y en concepto de quien suscribe este voto, el inciso segundo del artículo único de la Ley N° 20.411 resulta inaplicable en la gestión pendiente invocada en estos autos constitucionales, por resultar su aplicación contraria a los derechos asegurados en el artículo 19, N°s 2° y 22°, de la Carta Fundamental, y porque, en el caso concreto, ha quedado en evidencia el error cometido por el legislador de la Ley N° 20.017, unido a la ineficacia con que ha operado la Administración, lesionando el principio de confianza legítima con que debe actuar el Estado en su relación con los particulares.

Redactó la sentencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes, y las prevenciones, y la disidencia, sus autores.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 2.430-13-INA.

SRA. PEÑA

SR. FERNÁNDEZ

SR. CARMONA

SR. ARÓSTICA

SR. GARCÍA

SR. ROMERO

SRA. BRAHM

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Se certifica que: el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza concurrió a la vista de la causa y al

acuerdo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.