

Santiago, treinta de diciembre de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 23 de agosto de 2013, doña JULIA DEL CARMEN ALCALDE VILLALÓN 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 "*Alcalde Villalón, Julia, con Dirección General de Aguas*", que se encuentra actualmente pendiente ante la Excma. Corte Suprema, para pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de casación en el fondo deducido por la parte requirente en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó la reclamación incoada por la actora en contra de la Resolución DGA Exenta N° 569, de 9 de marzo de 2012, de la Dirección General de Aguas (Rol C.S. N° 6439-2013).

En el referido proceso judicial se discute acerca de la validez de la aludida resolución exenta de la Dirección General de Aguas que rechazó la solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas de la requirente, en base a la disposición objetada, que 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			Tarapacá

Coposa			
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 - Mal Paso)		Atacama
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
Los Choros	Quebrada Los Choros Altos		Coquimbo

Los Choros	Tres Cruces		Coquimbo
Catapilco	La Laguna		Valparaíso
Casablanca	La Vinilla - 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, entendiendo por éstos a los definidos en el artículo 13 de la ley N° 18.910, y de 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, 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 cuanto a los antecedentes que dieron origen al juicio que constituye la gestión pendiente, la actora expone que con fecha 16 de diciembre del año 2005 presentó ante la Dirección General de Aguas -en adelante, DGA- una solicitud para la constitución de un derecho de

aprovechamiento de aguas subterráneas por un caudal de dos litros por segundo, respecto de una captación ubicada en la comuna de Colina, Provincia de Chacabuco, Región Metropolitana, dando cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 4° y 5° transitorios de la Ley N° 20.017, que 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 dichas normas al efecto.

Agrega que en el año 2011, esto es, 6 años después de que se presentara la aludida solicitud, se dictó la Ley N° 20.411, que, como se señaló, prohíbe la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas, en determinadas zonas del país, según lo permiten las reseñadas normas transitorias de la Ley N° 20.017, estableciendo la excepción ya antes referida en favor de las 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, sobre Comunidades Agrícolas; los pequeños productores agrícolas y campesinos, entendiéndose por tales los definidos en el artículo 13 de la Ley N° 18.910, Ley Orgánica del Instituto de Desarrollo Agropecuario, y los indígenas y comunidades indígenas, entendiéndose por aquellos los considerados en los artículos 2° y 9° de la Ley N° 19.253, Ley Indígena, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 5° transitorio de la referida Ley N° 20.017 para constituir el derecho de aprovechamiento.

Indica que en virtud de lo dispuesto en la disposición impugnada, mediante resolución de fecha 27 de octubre de ese año la DGA rechazó la solicitud, la que fue objeto de un recurso de reconsideración, que fue

también rechazado por ese organismo amparándose al efecto en la prohibición establecida en la norma impugnada.

Señala que contra esta última resolución la peticionaria interpuso primero un infructuoso recurso administrativo de reconsideración y luego un recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que fue rechazado teniendo en consideración al efecto lo dispuesto en el precepto objetado, sentencia que, a su vez fue impugnada mediante recurso de casación en el fondo deducido por la parte requirente, el que, como se señaló precedentemente, se encuentra pendiente ante la Excm. Corte Suprema, para dar cuenta de su admisibilidad, con el procedimiento suspendido por resolución de la Primera Sala de esta Magistratura.

En consecuencia, el conflicto de constitucionalidad sometido a esta Magistratura se circunscribe a determinar si es constitucional o no que sólo determinados individuos y agrupaciones -los referidos en el inciso segundo de la disposición impugnada- puedan constituir los mencionados derechos de aguas. Lo anterior, atendido que 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 de la Carta Fundamental.

En cuanto a las argumentaciones de derecho que sustentan los vicios de constitucionalidad denunciados, la requirente expone las dos siguientes argumentaciones:

En primer lugar, 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 la Ley N° 20.017 se dictó para que pudiera regularizarse una considerable cantidad de pozos de pequeño volumen de extracción de agua. Sin embargo, dado que, en virtud de 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, lo que se pretendió evitar con el artículo único de la Ley N° 20.411, beneficiando sólo a los pequeños agricultores, campesinos, indígenas y comunidades indígenas.

En segundo lugar, la actora se refiere a los reproches de constitucionalidad de la norma objetada, sosteniendo, en primer término, que se vulneraría el derecho a la igualdad ante la ley 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, entre los que **se encuentra** la requirente, **se encuentran** en igualdad de condiciones, desde el momento en que unos y otros están pidiendo constituir derechos de aprovechamiento de aguas por un caudal inferior a 2 litros de agua por segundo y precisamente el motivo de la dictación de la Ley N° 20.017 fue facilitar la regularización de ese tipo de pequeñas extracciones de agua. Por otra parte, indica, la vulneración vendría dada por la innecesariedad, inidoneidad y desproporción de la prohibición desde el punto de vista de la finalidad, ya que ésta se aplica a determinados sectores que coinciden con aquellos en que hay menos disponibilidad de agua, lo que refuerza que el fin esencial y primordial de la norma era evitar el exceso de explotación de los acuíferos de aguas

subterráneas; sin embargo, el beneficio excepcional para las personas exceptuadas no impide la sobreexplotación y saturación del recurso hídrico; tampoco es el medio idóneo, ya que si se consideran los dos fines, debe priorizarse el de evitar la sobreexplotación por sobre el de beneficiar a determinados grupos.

Agrega que la discriminación es excesivamente gravosa ante el argumento de carecer la DGA de facultad para denegar solicitudes por falta de disponibilidad.

Y, finalmente, alega que se violenta también el derecho a recibir un trato no discriminatorio por parte del Estado en materia económica, que habría efectuado el Congreso Nacional al aprobar una ley que establece un trato diferenciado que es arbitrario, existiendo una desigualdad en relación a la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, que son derechos de carácter patrimonial, remitiéndose además a lo ya argumentado, por ser esta garantía la aplicación al caso particular del principio contenido en el numeral 2° del artículo 19 constitucional.

Por resolución de fecha 4 de septiembre de 2013, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, con fecha 2 de octubre siguiente, lo declaró admisible, decretando la suspensión del procedimiento en que incide, luego de lo cual fue comunicado a los órganos constitucionales interesados y a la Dirección General de Aguas, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes, trámite que sólo fue evacuado por este último organismo.

En sus observaciones la DGA solicitó el rechazo del requerimiento, exponiendo el fundamento del precepto objetado y los descargos referidos a cada una de las

infracciones de constitucionalidad esgrimidas por la requirente.

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 subterráneas respecto de todo solicitante que diera cumplimiento a lo prescrito por los artículos 4° y 5° transitorios de esa ley. No obstante lo cual, 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, indica, fue que se presentaron más de 51.000 solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas -muchas de las cuales no correspondían a pequeños agricultores, sino que a medianas y grandes empresas que utilizaron el procedimiento simplificado que contemplaba la norma para regularizar usos anteriores o para obtener nuevos derechos de aprovechamiento-, desvirtuándose así la norma en comento, según fuera el espíritu de la Ley N° 20.017, en el sentido de que sólo accedieran a regularizar sus pozos los agricultores y otros grupos vulnerables, junto con evitar la generación de riesgos de sobreexplotación y saturación de acuíferos; por ello precisamente se dictó el artículo único de la Ley N° 20.411, que vino a disponer la prohibición expresa a la DGA para constituir derechos en las áreas determinadas en la misma normativa,

que fueron declaradas de restricción o prohibición para nuevas explotaciones, por encontrarse en una situación límite con los derechos ya constituidos, lo que se agravaría de manera alarmante con las nuevas peticiones, entre las que se encuentra el acuífero Maipo, Sector Colina Sur de la Región Metropolitana, que corresponde al área en que se encuentra el pozo que pretende regularizar la requirente de autos.

Respecto a las argumentaciones para sustentar el rechazo de las violaciones de derechos aducidas, expone que debe desestimarse la afectación del derecho a la igualdad, por cuanto, como se desprende de la explicación de la historia de la Ley N° 20.017, ésta fue dictada para permitir la fácil regularización de extracciones de aguas efectuadas por agricultores y otras agrupaciones vulnerables, que es lo que animó a establecer, respecto a la prohibición dispuesta en el precepto objetado, la excepción en favor de los mismos. De esta manera, señala, el artículo único de la Ley N° 20.411 vino a hacer posible el fin para el que fue dictada aquella anterior ley, es decir, permitir que sólo aquellos a quienes estaba destinada la normativa del artículo 4° transitorio de la citada Ley N° 20.017 pudieran obtener la regularización de sus pozos construidos con anterioridad.

Sostiene además que 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 y 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, indica, desde otra perspectiva, la requirente tampoco estaría en una situación de discriminación, toda vez que no ha acreditado que otros en su misma condición hayan obtenido

la constitución de derechos de aguas en la misma zona respecto de la cual reclama los suyos.

Afirma que no es posible sostener un trato discriminatorio, ya que el fundamento de la excepción fue permitir a pequeños usuarios de agua acceder a los derechos de aprovechamiento para regularizar sus usos consuetudinarios, los que en porcentaje importante consisten en el propio abastecimiento o en la ganadería y agricultura de subsistencia para así poder optar a los programas que el Estado tiene al efecto, agregando que el principio de igualdad ante la ley no impide legislar en favor de diferentes integrantes de la sociedad, lo que impide es que esa distinción sea arbitraria, sosteniendo que en la especie, si bien existe un trato diferenciado en la ley para ciertos grupos vulnerables, éste se encuentra fundamentado suficiente y razonablemente, y, por consiguiente, carece de arbitrariedad.

Añade que bajo el mismo razonamiento de la requirente sería inconstitucional la existencia de normas y organismos tales como INDAP, Comisión Nacional de Riego o cualquiera otra entidad que tenga por objeto el resguardo de grupos vulnerables.

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, citando el considerando 21° de la sentencia de este Tribunal Rol N° 513, que el derecho a desarrollar una actividad económica haciendo uso de un derecho de aprovechamiento de aguas supone necesariamente la adquisición previa de ese derecho; quien no lo ha obtenido de acuerdo a los procedimientos y requisitos que establece la legislación, no puede invocar un supuesto derecho a ejercer actividades económicas a través de él y, en la especie, la requirente tenía

pendiente su solicitud de aprovechamiento al momento de la dictación de la Ley N° 20.411, por lo que no era titular del derecho. Sólo tenía la expectativa de su constitución, con lo que no se ha conculcado derecho alguno, invocando también al efecto la sentencia Rol N° 560.

Con fecha 28 de octubre de 2013 se dictó el decreto que ordenó traer los autos en relación y se ordenó la agregación de la causa al Rol de Asuntos en Estado de Tabla, fijándose su vista para el día 3 de diciembre de 2013, ocasión en la que, previa relación, sólo el abogado Sergio Guzmán Costabal, por la parte requirente, efectuó su alegato, quedando la causa en estado de acuerdo con esa misma fecha.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, según se desprende de lo expuesto en la parte expositiva de esta sentencia, la 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 requirente 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:

- 1) QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1.**
- 2) DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 58 DE ESTOS AUTOS. OFÍCIESE AL EFECTO.**

3) NO SE CONDENA EN COSTAS A LA REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA REQUERIR.

Acordada con la prevención del Ministro señor Carlos Carmona Santander, quien, compartiendo la sentencia, concurre 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 con el 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.

Se previene que los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril comparten la sentencia, agregando a lo ya resuelto que la requirente no acreditó la inconstitucionalidad de la norma impugnada, en cuanto no demostró estar en alguna categoría similar a los determinados individuos y agrupaciones -referidos en el inciso segundo de la disposición requerida- que pueden constituir derechos de aguas, como lo son las comunidades agrícolas, los pequeños productores agrícolas y campesinos, y los indígenas y comunidades indígenas, categoría similar que, de ser omitida por el legislador, sí podría devenir en que la norma sea contraria a los derechos de igualdad garantizados en los numerales 2 y 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Acordada con el voto en contra de la Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres, y del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, quienes estuvieron 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 requirente ha solicitado la declaración de inaplicabilidad del artículo único de la Ley N° 20.411, en los autos sobre recurso de casación en el fondo, Rol N° 6439-2013, correspondientes a un recurso de reclamación dirigido contra la Dirección General de Aguas, pendiente ante la Corte Suprema;

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 permanente 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

requirente presentó, ante la Dirección General de Aguas, una solicitud para la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas por un caudal de dos litros por segundo, respecto de una captación ubicada en la comuna de Colina, Provincia de Chacabuco, Región Metropolitana, con fecha 16 de diciembre de 2005. Como es fácil advertir, dicha solicitud fue presentada dentro del plazo original que dicha norma había conferido para estos efectos;

6°. Que, mediante Resolución D.G.A. RMS N° 2076 (Exenta) de 27 de octubre de 2011, la Dirección General de Aguas denegó la respectiva solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento consuntivo de aguas subterráneas presentadas por la señora Julia del Carmen Alcalde Villalón 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 132) (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.

En este contexto, debe tenerse presente que la Dirección General de Aguas tardó seis años en resolver la solicitud 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;

8°. 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 requirente, en cuanto a su solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, 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 12 y siguientes);

9°. 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 debe 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;

10°. 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;

11°. 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.

En consecuencia, no caben dudas 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.

De esta forma, no resulta necesario para apreciar una eventual infracción a la igualdad ante la ley -y a diferencia de lo que afirma la sentencia (considerando 2°)- que los derechos de aprovechamiento de aguas hayan sido efectivamente otorgados a otras personas que estaban (en principio, al menos) en situación idéntica a la de la requirente afectada, pues, como reiteradamente ha sostenido esta Magistratura, basta la sola posibilidad de que la norma legal impugnada pueda aplicarse en forma inconstitucional por el juez de fondo para acoger la acción deducida entendiendo que dicha "posibilidad" ha de construirse sobre la base de una aplicación plausible y razonada de la norma impugnada en conformidad a las exigencias mínimas que la disciplina jurídica y las circunstancias del caso concreto imponen (STC Rol N° 2237, considerando 15°).

Tal y como se desprende de la resolución expedida por la Dirección General de Aguas, y que se impugna en el recurso de reclamación que constituye la gestión pendiente en estos autos, la norma legal impugnada en esta oportunidad se ha aplicado, de hecho, en forma contraria a la igualdad ante la ley, independientemente de que los beneficiarios de esa norma -los pequeños productores agrícolas y campesinos así como los indígenas y comunidades indígenas- no hayan obtenido aún la concesión de los respectivos derechos de aprovechamiento de aguas;

12°. Que, por otra parte, y 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.”*;

13°. 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;

14°. 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 2 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. Ello explica que se presentaran cerca de 53.000 peticiones según ha afirmado la Dirección General de Aguas;

15°. 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°);

16°. Que, así, si un particular como la requirente de autos presentó una solicitud de derecho 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 el Estado y sus organismos respecto de los particulares en materia económica;

17°. 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)

18°. Que, de esta forma, y en concepto de quienes suscriben 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 la prevención, y la disidencia, sus respectivos autores.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2.512-13-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza y señora María Luisa Brahm Barril.

Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma por estar haciendo uso de su feriado legal.

Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.