

Santiago, dos de enero de dos mil siete.

VISTOS:

Con fecha 20 de junio de 2006, los abogados Pablo Luis Jaeger Cousiño y Christian Rodolfo Neumann Manieu, en representación de don Hernán Lacalle Soza, de doña Erika Beatriz Schuler Zegers (esta última, a su vez, representando a todos quienes integran la comunidad hereditaria de la sucesión de don José Luis Undurraga Matta), de doña Julia Catalina Sermini Fernández y de doña Lucía Mercedes Sermini Fernández, interpusieron recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2005, toda vez que, en opinión de los requirentes, la mencionada disposición infringiría lo establecido en el inciso quinto del número 3° del artículo 19 de la Constitución Política, así como las normas de los numerales 21°, 22° y 23° del mismo artículo de la Ley Fundamental.

La causa en que recae el requerimiento es el recurso de reclamación deducido por los requirentes en contra de las resoluciones N°s 1873 y 1875 de la Dirección General de Aguas, de fecha 13 de diciembre de 2005, el que se encuentra en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el número de ingreso 577-2006.

Los hechos en que se sustenta la formulación del requerimiento de inaplicabilidad comienzan con la solicitud presentada el día 15 de septiembre de 1980 por los señores Hernán Lacalle Soza, José Luis Undurraga Matta y Natalio Sermini Ríos para obtener un derecho de

aprovechamiento no consuntivo sobre aguas superficiales corrientes, de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de 32 metros cúbicos por segundo, a extraerse desde el río Queuco, en la Octava Región, lo que tenía por objeto construir allí una central hidroeléctrica. Los autores del libelo hacen notar que, a la fecha de esa presentación, se encontraba vigente el Código de Aguas de 1969.

Con posterioridad, el día 23 de octubre del mismo año 1980, la sociedad Hidroeléctrica Melocotón Limitada formuló una solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas sobre el mismo cauce del río Queuco, la que se sometió también al procedimiento previsto por el Código de Aguas de 1969. Dicha solicitud tenía asimismo por finalidad destinar las aguas a la producción de energía eléctrica.

Exponen los requirentes que el referido Código regulaba el procedimiento de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas bajo las siguientes normas:

- a) El trámite se iniciaba ante el gobernador respectivo, debiendo efectuarse publicaciones por el interesado dentro de los sesenta días siguientes al ingreso a trámite de la solicitud, pudiendo los terceros deducir oposición a ella dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha de la última publicación (artículos 248 y siguientes del cuerpo legal citado).
- b) Tratándose de solicitudes que recayeran sobre un mismo caudal, con idéntico uso y no habiendo disponibilidad de recurso hídrico para satisfacerlas a todas, de acuerdo a lo prevenido por el inciso

segundo del artículo 256 del Código de 1969, ellas preferían entre sí de acuerdo a su orden de presentación, no considerándose las solicitudes posteriores a la primera como oposiciones tácitas a la misma, criterio que sólo se introdujo con posterioridad por el artículo 141 del Código de Aguas de 1981.

- c) Si bien se reconocía el derecho de los terceros interesados en el uso de las aguas a deducir oposición, ésta (en opinión de los requirentes) no cabía respecto de solicitudes de un mismo uso, ya que ellas se precedían unas a otras de acuerdo a su fecha de ingreso a trámite.
- d) Finalmente, si existían recursos de agua disponibles en la fuente respectiva y se cumplían todos los requisitos legales, la autoridad competente accedía a la solicitud de merced de aguas mediante una resolución de concesión provisional, en la que se indicaban, entre otros pormenores, el uso a que deberían destinarse las aguas y el plazo dentro del cual debían presentarse los antecedentes requeridos por el número 10 del artículo 257 del Código para obtener la concesión definitiva del derecho de aprovechamiento.

Añaden los autores del requerimiento que, hasta la fecha, su solicitud no ha sido resuelta por la Dirección General de Aguas, habiendo transcurrido más de veinticinco años desde que ella fuera efectuada y realizadas las publicaciones respectivas que ordenaba el artículo 252 del Código vigente en aquella época. Hacen hincapié en que la solicitud de Hidroeléctrica Melocotón

Limitada fue presentada 38 días después de la de sus representados, es decir, fuera del plazo para deducir oposiciones que contemplaba el Código de 1969 (treinta días desde la última publicación), añadiendo que tampoco cabía considerar como oposición tácita, bajo la normativa imperante en ese momento, una solicitud referida al mismo recurso y fuente natural y destinada al mismo uso, ya que, según han manifestado, éstas preferían entre sí según orden de presentación.

Con posterioridad a ambas solicitudes, con fecha 29 de octubre de 1981, se publicó un nuevo Código de Aguas, que innovó en la tramitación y otorgamiento del derecho de aprovechamiento de aguas. El Párrafo 2º del Título I del Libro II de este Código reguló esta materia en la forma que se sintetiza a continuación:

- La solicitud de aprovechamiento se presenta ante la oficina de la Dirección General de Aguas correspondiente al lugar donde se ubica el respectivo caudal o, en su defecto, ante el Gobernador Provincial que corresponda (artículo 140 en relación con el artículo 130 del cuerpo legal aludido).
- La solicitud debe publicarse en el Diario Oficial dentro de los 30 días siguientes a su presentación, por una sola vez, los días 1º o 15 del mes respectivo, y además en un diario de Santiago o de la correspondiente provincia o capital regional si ella se hubiere formalizado en una región distinta de la Metropolitana de Santiago.
- De conformidad a lo preceptuado por el inciso primero del artículo 141 de este Código, los

terceros que se sientan afectados en sus derechos podrán deducir oposición a la presentación dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de la última publicación.

- Modificando el predicamento de su antecesor sobre la materia, el nuevo Código considera la llamada oposición tácita, la que tiene lugar cuando dentro del plazo para deducir oposición se presentan una o más solicitudes nuevas respecto del mismo caudal. Para estos efectos, es decir, para formular nuevas solicitudes, la Ley N° 20.017 amplió a seis meses, contados desde la presentación de la primera solicitud, el plazo de 30 días que contemplaba el Código de 1969 a contar desde la última publicación de la primera solicitud.
- En el caso de formularse oposiciones expresas, ellas son resueltas por la Dirección General de Aguas, previo traslado al solicitante (artículos 132 a 135). En cambio, respecto de las oposiciones tácitas, si no existieren recursos suficientes en la fuente natural para satisfacer todos los requerimientos de las varias solicitudes, la Dirección General de Aguas deberá convocar a un remate de los respectivos derechos de aprovechamiento (artículo 142). En dicho remate podrán participar quienes hubieren presentado solicitudes dentro de plazo y también el Fisco y demás instituciones del sector público. Efectuada la subasta y adjudicados los correspondientes derechos, se levanta un acta que deberá ser incorporada a la

pertinente resolución de concesión de los derechos de agua (artículo 147).

- El derecho de aprovechamiento de aguas se constituye mediante resolución de la Dirección General de Aguas, salvo circunstancias excepcionales y de interés general, en cuyo caso se constituye por decreto supremo del Presidente de la República, expedido previo informe de la Dirección General de Aguas, si no se hubieren presentado oposiciones dentro del plazo legal (artículo 147 bis en relación con el artículo 148).
- Por último, el acto administrativo por el que se concede el derecho de aprovechamiento debe reducirse a escritura pública, misma que ha de inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente (artículo 150).

Toda vez que en la materia a que alude el requerimiento resulta de importancia toral dilucidar la forma en que corresponde aplicar las normas legales de uno y otro Código a las solicitudes de derechos de aguas presentadas bajo la vigencia del de 1969 y aún pendientes de resolución al entrar en vigor el de 1981, es pertinente tener en cuenta lo que sobre el particular dispuso el artículo 7º transitorio del Código de Aguas de 1981:

“Las solicitudes de concesión de mercedes que se encuentren actualmente pendientes, deberán ajustarse en su contenido y tramitación a lo dispuesto en el Párrafo 2º del Título I del Libro II, si no se hubieren efectuado las publicaciones a que se refiere el artículo 252 del Código que se deroga.

En aquellos casos en que tales publicaciones ya se hubieren efectuado a la fecha de entrar en vigencia este cuerpo legal, continuará corriendo el plazo de oposición establecido en el artículo 253 del anterior Código, debiendo el procedimiento posterior ajustarse a las normas indicadas en el inciso precedente. Para los efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 141, el plazo en él indicado se contará desde los sesenta días siguientes a la fecha de su entrada en vigencia, sin que los peticionarios necesiten efectuar nuevas presentaciones.

La Dirección General de Aguas deberá publicar avisos que informen sobre las solicitudes pendientes, a lo menos con diez días de anterioridad al vencimiento de los sesenta días antes mencionados."

Manifiestan los requirentes que la Dirección General de Aguas aplicó erróneamente esta disposición y otras del Código de Aguas de 1981 al dictar, con fecha 13 de noviembre de 1987, la Resolución N° 430, en la que estableció bases de remate para asignar los derechos de aguas pedidos por sus representados, pues estimó equivocadamente que con la presentación de Hidroeléctrica Melocotón Limitada se daban los presupuestos de la oposición tácita del artículo 142 del Código aludido, omitiendo considerar que el Código de 1969 (al que cabía someter el procedimiento aplicable en la especie) no contemplaba ni la oposición tácita ni tampoco la opción de la subasta pública. Por lo demás, la presentación de esta última solicitud se había hecho fuera del plazo para oponerse que contemplaba el Código de 1969, por lo que en

ningún caso procedía considerarla como tal, menos aun en calidad de tácita.

Añaden los recurrentes que, dentro del plazo legal de impugnación, sus mandantes solicitaron reconsideración de la resolución referida, la que fue acogida parcialmente en aspectos formales mediante la Resolución N° 1873, de 13 de diciembre de 2005, sin pronunciarse sobre el fondo de lo planteado por los peticionarios. Con esa misma fecha, la propia Dirección expidió la Resolución N° 1875, en la que reiteró el establecimiento de bases de subasta pública para la adjudicación de los derechos de agua solicitados. Contra estas dos resoluciones y con fundamento en lo previsto en el artículo 137 del vigente Código de Aguas, los requirentes interpusieron recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol de ingreso N° 577-2006), que es la gestión pendiente que da sustento a la promoción de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad materia de estos autos.

Destacan los actores que la Dirección General de Aguas, al evacuar el correspondiente informe en el marco de la sustanciación del aludido recurso de reclamación, apoyó su proceder en la observancia de las disposiciones del Código de Aguas de 1981 (erróneamente interpretadas a juicio de los requirentes) y muy especialmente en las modificaciones que a dicho cuerpo legal introdujo la Ley N° 20.017, de junio de 2005, que ordenó que cualquier solicitud pendiente de resolución, aunque hubiere sido diverso el marco legal en vigor al momento de presentarse a trámite, debe someterse ahora a las normas del Código de Aguas de 1981, modificadas por

la propia Ley N° 20.017. Por lo tanto, si a la fecha de entrada en vigencia de esta última ley existieren solicitudes de derechos de aprovechamiento que fueren incompatibles entre sí, procedería someter la asignación de tales derechos a remate público. Así resulta de lo establecido en el artículo primero transitorio de tal cuerpo legal, que dispone lo siguiente:

“Las solicitudes de derecho de aprovechamiento que se encuentran pendientes, deberán ajustarse a las disposiciones de esta ley, para lo cual el Director General de Aguas requerirá de los peticionarios los antecedentes e informaciones que fueren necesarios para dicho fin.

Asimismo, todas las solicitudes de derecho de aprovechamiento que a la fecha de publicación de la presente ley se encuentren pendientes de resolver y que sean incompatibles entre sí según lo dispone el inciso primero del artículo 142 de este Código, serán objeto de uno o varios remates públicos que al efecto realizará la Dirección General de Aguas, de acuerdo al procedimiento señalado en los artículos 142, 143, 144, 145, 146 y 147 del Código de Aguas.

Los derechos de aprovechamiento solicitados que se encuentren pendientes de resolver a la fecha de publicación de la presente ley que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del Código de Aguas, puedan ser constituidos en carácter de provisional y que sean incompatibles entre sí según lo dispone el inciso primero del artículo 142 de este Código, serán objeto de uno o varios remates públicos que al efecto realizará la Dirección General de Aguas, de acuerdo al procedimiento

señalado en los artículos 142, 143, 144, 145, 146 y 147 del Código de Aguas."

De modo que la contienda en el centro de la gestión procesal que da origen a la inaplicabilidad promovida en estos autos consiste en determinar qué marco legal corresponde aplicar a una solicitud de derechos de agua presentada y tramitada con más de un año de antelación a la sustitución del Código de Aguas de 1969 por el de 1981. En dicha contienda los reclamantes postulan que corresponde observar en su integridad lo preceptuado por el Código de 1969, en tanto que la Dirección General de Aguas sustenta la aplicación del Código de 1981 y sus modificaciones posteriores, teniendo en vista lo consagrado en el artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017 y la norma del artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, en cuya virtud las leyes procesales rigen *"in actum"*.

Precisamente es el inciso segundo del citado artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017 el que los requirentes objetan de inconstitucionalidad, por vulnerar las garantías constitucionales del debido proceso (inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Política), de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (artículo 19, numeral 23°), en este caso del derecho de aprovechamiento sobre las aguas, de la libertad para emprender cualquier actividad económica lícita (número 21° del artículo 19) y, por último, la de no discriminación en el trato que el Estado y sus organismos deben dar a los particulares en materia económica (número 22° del artículo 19 constitucional).

La transgresión a las normas y principios del debido proceso, que según afirman los recurrentes son plenamente aplicables a los procedimientos administrativos, la hacen consistir en la inobservancia de las instituciones procesales del orden consecutivo legal y de la preclusión que trae consigo la aplicación en la especie de la norma legal impugnada. En efecto, sostienen que en cualquier tipo de procedimiento (incluidos los de índole administrativa como el que en este caso se ha tramitado ante la Dirección General de Aguas) por mandato legal existe un orden secuencial entre sus distintas fases, de suerte que la conclusión o cierre de una de ellas impide reabrirlo con posterioridad. En el caso *sub lite* ello no se habría respetado por la autoridad administrativa, que al aplicar a un procedimiento inaugurado y suficientemente avanzado bajo la vigencia del Código de Aguas de 1969 unas normas que entraron en vigencia más de un año después, está de hecho reabriendo una etapa procedimental de discusión (pues ya se habían hecho las publicaciones pertinentes y había expirado el plazo para deducir oposiciones a la petición) ya clausurada. De ese modo se ignora la figura legal de la preclusión, que es el medio de que se sirve el ordenamiento jurídico para hacer progresar el procedimiento, impidiendo su retroceso. En su opinión, esto significa que en el procedimiento existen límites para el ejercicio de determinadas facultades de la Administración, así como también para las de los interesados, que no pueden ignorarse sin violentar las exigencias del debido proceso.

Aducen, por otra parte, los actores que es un deber de la autoridad competente, en este caso de la Dirección General de Aguas, velar por el orden público económico, lo que se traduce en garantizar a todos los agentes económicos la posibilidad de acceder a la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas (garantía consagrada por el numeral 23° del artículo 19 de la Constitución), lo que no se estaría cumpliendo en este caso respecto de ellos. Asimismo señalan que, con su proceder, en la especie, la referida repartición estaría coartando la libertad económica garantizada en el numeral 21° del propio artículo 19, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan. Por último, aseveran que la aplicación de la norma legal objetada importa, en su desmedro, la vulneración de la garantía de no discriminación arbitraria, por parte del Estado, en el trato que se debe dar a los administrados en materia económica. Esto último por cuanto, al negarse la asignación directa de los derechos por ellos impetrados y disponerse el llamamiento a un remate público para efectuar la adjudicación de los mismos, se les estarían imponiendo condiciones más gravosas y diversas a las que el mismo Estado, en cumplimiento de la legislación vigente a la sazón, impuso a peticionarios que solicitaron en la misma época aguas de igual naturaleza, para ser ejercitadas de una misma forma, en otras fuentes naturales del país.

Sobre la base de todos los antecedentes y argumentaciones previamente reseñados, concluyen los requirentes solicitando de esta Magistratura declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017 en la gestión pendiente que por concepto de recurso de reclamación se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el número de rol 577-2006.

Con fecha 5 de julio de 2006 el requerimiento fue declarado admisible, accediéndose a la suspensión del procedimiento ante la Corte de Apelaciones de Santiago que los requirentes solicitaron en el primer otrosí de su presentación de fojas uno.

Evacuando la opción procesal que el Tribunal le confirió para formular observaciones al escrito de requerimiento, con fecha 4 de agosto de 2006 el Director General de Aguas emitió un informe en el que refuta las pretensiones de los requirentes solicitando el rechazo de la acción de inaplicabilidad, con costas, por las consideraciones que se reseñan a continuación.

Comienza el aludido informe precisando que la solicitud de los requirentes para obtener el aprovechamiento de las aguas del río Queuco para generar energía hidroeléctrica fue presentada ante el Gobernador Provincial de Bío Bío con fecha 7 de octubre de 1980 y no el 15 de septiembre del mismo año, como erróneamente señalan los recurrentes. Las publicaciones legales correspondientes se efectuaron los días 8 y 9 de octubre de 1980 en el diario "La Nación" y los días 9 y 10 de octubre de 1980 en el diario "La Tribuna". Esta petición dio origen al expediente administrativo M-14-339, hoy UA-

0802-7. Algunos días más tarde, el 23 de octubre de 1980, la sociedad Hidroeléctrica Melocotón Limitada presentó ante la misma Gobernación Provincial una análoga solicitud de merced de aguas sobre el caudal del río Queuco, asimismo destinada a su aprovechamiento hidroeléctrico. Las publicaciones de esta segunda solicitud se realizaron los días 1º y 2 de noviembre de 1980 en el diario "La Nación" y los días 14 y 15 de noviembre de 1980 en el diario "La Tribuna", dando lugar a la formación del expediente administrativo M-17-82, hoy UA-0802-8.

Añade el informe de la Dirección General de Aguas que, encontrándose ambas solicitudes pendientes de tramitación, el 29 de octubre de 1981 entró en vigor el DFL N° 1.122, que fijó el nuevo texto del Código de Aguas, cuyo artículo séptimo transitorio estableció que las solicitudes de concesión de mercedes de aguas que se encontraren pendientes a esa fecha, debían ajustarse en su contenido y tramitación a lo dispuesto en el Párrafo 2º del Título I del Libro II de dicho cuerpo legal. Específicamente en el inciso segundo de dicha norma transitoria se prescribió que para los efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 141, es decir para los efectos de la llamada "oposición tácita" (que tiene lugar cuando dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la última publicación se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos), el plazo de treinta días en él indicado se contaría desde los sesenta días siguientes a la fecha

de entrada en vigencia de ese cuerpo legal, sin que los peticionarios necesiten efectuar nuevas presentaciones.

Precisamente en virtud de lo dispuesto en la norma citada, continúa el informe, se entendió que las dos solicitudes presentadas sobre las aguas del río Queuco se encontraban en plazo de oposición, pues desde la fecha de la última publicación de la primera a la fecha de presentación de la segunda sólo habían transcurrido trece días y no existiendo recursos suficientes para satisfacer a ambas se les aplicaba necesariamente lo dispuesto en el inciso primero del artículo 142 del Código de 1981, esto es que se citaba a un remate de los derechos disponibles entre los solicitantes.

Agrega el Director informante que con posterioridad, con fecha 16 de junio de 2005, entró en vigencia la Ley N° 20.017, modificatoria del Código de Aguas, cuyo artículo primero transitorio, en su inciso segundo, dispuso que para las solicitudes de derecho de aprovechamiento que se encontrasen pendientes de resolver a esa fecha y que fuesen incompatibles entre sí según lo establecido en el inciso primero del artículo 142 del Código, la Dirección General de Aguas citarí a uno o varios remates públicos de acuerdo al procedimiento señalado en los artículos 142, 143, 144, 145, 146 y 147 del referido ordenamiento legal. Con fundamento en tales disposiciones, señala el informe, la Dirección procedió a dictar la Resolución N° 1875, que estableció las bases de remate para los derechos de aprovechamiento solicitados por ambos peticionarios.

Rebatiendo lo pretendido y argumentado por los requirentes, el Director General de Aguas hace énfasis en que el artículo 7º transitorio del Código de Aguas de 1981 dispuso en forma precisa y clara que aquellas solicitudes que se encontraban pendientes de tramitación a la fecha de su entrada en vigencia debían ajustarse, tanto en su contenido como en su tramitación, a las nuevas normas contempladas en su articulado permanente, específicamente a las del Libro II, relativo a los procedimientos, justamente porque las solicitudes de mercedes de agua eran y son simples expectativas y no derechos adquiridos. Al efecto evoca lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, conforme al cual las meras expectativas no forman derecho, y cita jurisprudencia de la Corte Suprema que distingue entre la mera expectativa o simple esperanza que pueden tener los particulares de ejercitar eventualmente los derechos conferidos por las leyes vigentes con aquellas que nacen de los contratos, que sí constituyen derechos adquiridos conforme al principio de que a los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

También menciona el criterio sentado por este Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 13 de octubre de 1997 (autos rol N° 260), en cuyo considerando séptimo se consignó que "... antes de dictarse el acto constitutivo del derecho de aguas, de reducirse éste a escritura pública e inscribirse en el competente registro, el derecho de aprovechamiento no ha nacido al mundo jurídico, pues precisamente emerge, originariamente, en virtud de la mencionada resolución y

su competente inscripción". Añade que este predicamento concuerda con lo sostenido por la Corte de Apelaciones de Santiago, que en un fallo de 15 de diciembre de 1992 concluyó que si la tramitación de una concesión de agua iniciada durante la vigencia del anterior Código de Aguas no ha concluido, debe continuarse con las etapas señaladas en el nuevo Código, ya que si bien se ha iniciado el proceso de solicitud de concesión de aguas bajo el amparo del antiguo Código, este hecho no exonera de cumplir con los requisitos establecidos en la nueva norma legal, cuya finalidad es que, cuando existan dos o más solicitudes sobre unas mismas aguas, éstas se deben licitar. En la especie, expone el Director informante, la tramitación del proceso de adjudicación de aguas solicitada por los requirentes no había concluido, por lo que necesariamente debía continuarse con las etapas señaladas en el nuevo Código de Aguas.

Adicionalmente señala la repartición requerida que la clara intención del legislador de 1981 fue que todas las solicitudes de derechos de agua que resultaran incompatibles se licitaran, salvo el caso previsto en el artículo 148, en que por circunstancias excepcionales y de interés general se autoriza al Presidente de la República para que, previo informe de la Dirección General de Aguas, constituya directamente el derecho de aprovechamiento, como asimismo la otra situación de excepción prevista en el artículo sexto transitorio del Código de 1981, de acuerdo al cual "los derechos de aprovechamiento otorgados provisionalmente de acuerdo a las normas del Código que se deroga, continuarán tramitándose hasta obtener la concesión definitiva

conforme a dichas normas". A juicio del informante, esta última disposición marca claramente la diferencia que existe entre un derecho ya constituido y una mera expectativa como la que tenían los peticionarios en la situación materia de autos.

Sobre la base de lo expuesto y de las normas legales invocadas, el Director General de Aguas concluye que habiéndose presentado ambas solicitudes sobre las aguas del río Queuco en octubre de 1980 y habiendo sido ambas publicadas, estando la presentación de la segunda dentro del plazo de treinta días desde la última publicación de la primera, debía necesariamente ajustarse su tramitación a lo dispuesto en el Párrafo 2º del Título I del Libro II del Código de Aguas de 1981 y específicamente a sus artículos 141, inciso tercero, y 142, inciso primero, en cuya virtud procedía efectuar un remate público de los derechos solicitados. A mayor abundamiento, este criterio fue ratificado por el artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017, cuyo inciso segundo estableció que "...todas las solicitudes de derecho de aprovechamiento que a la fecha de publicación de la presente ley se encuentren pendientes de resolver y que sean incompatibles entre sí según lo dispone el inciso primero del artículo 142 de este Código, serán objeto de uno o varios remates públicos que al efecto realizará la Dirección General de Aguas de acuerdo al procedimiento señalado en los artículos 142, 143, 144, 145, 146 y 147 del Código de Aguas."

Conforme a lo argumentado en su informe, el Director General de Aguas sostiene que en la especie no se ha vulnerado garantía constitucional alguna de los

requirentes ni, específicamente, las que ellos invocan en su presentación, esto es la del debido proceso de derecho y particularmente el principio de la preclusión; y las de acceso a la propiedad del derecho de aprovechamiento de aguas, del libre emprendimiento de actividades económicas y de la no discriminación arbitraria en materia económica, toda vez que ellos nunca han adquirido un derecho de aprovechamiento de aguas y, por ende, no es susceptible de aplicarse a su mera pretensión de otorgamiento la norma del numeral 23° del artículo 19 de la Constitución, toda vez que ella garantiza el derecho a la propiedad o dominio, ni tampoco la del numeral 24° , que garantiza el derecho de propiedad, no encontrándose en ninguno de esos supuestos la petición de los recurrentes. Por lo que atañe a las garantías de los números 21° y 22° del citado artículo constitucional, tampoco han sido afectadas, en su opinión, puesto que no se les ha privado de desarrollar actividad económica alguna y no ha habido actuación discriminatoria o arbitraria por parte de ese servicio en contra de los reclamantes, limitándose simplemente en su obrar a la aplicación de la legislación de aguas vigente.

Se trajeron los autos en relación, escuchándose las alegaciones de los abogados de ambas partes con fecha 7 de diciembre de 2006.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 93 N° 6° de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión*

que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

SEGUNDO: Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso undécimo, que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;*

TERCERO: Que, como se ha señalado en la parte expositiva de este fallo, en el presente requerimiento se solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017 en la instancia promovida por el recurso de reclamación presentado por los requirentes en contra de las resoluciones N°s 1873 y 1875 de la Dirección General de Aguas, de 13 de diciembre de 2005, el que se encuentra bajo conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago con el número de ingreso 577-2006. Esta es, precisamente, la gestión pendiente que faculta a esta Magistratura para pronunciarse sobre la acción de inaplicabilidad deducida en autos;

CUARTO: Que el citado precepto legal reza textualmente: *“Asimismo, todas las solicitudes de derecho de aprovechamiento que a la fecha de publicación de la presente ley se encuentren pendientes de resolver y que*

sean incompatibles entre sí según lo dispone el inciso primero del artículo 142 de este Código, serán objeto de uno o varios remates públicos que al efecto realizará la Dirección General de Aguas, de acuerdo al procedimiento señalado en los artículos 142, 143, 144, 145, 146 y 147 del Código de Aguas.”;

QUINTO: Que las normas constitucionales que se estiman infringidas por los requirentes son los numerales 3° (en su inciso quinto), 21°, 22° y 23° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Los aludidos enunciados preceptivos del artículo 19 constitucional disponen respectivamente:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

(inciso quinto) Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

21° El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las

excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;

22° La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos;

23° 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 la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes;"

SEXTO: Que de la lectura de los antecedentes que rolan en el expediente respectivo, resumidos en lo fundamental en la parte expositiva de esta sentencia, así como de lo sostenido por los abogados de ambas partes en sus alegatos en estrados, fluye con claridad que en la especie estamos en presencia de un conflicto de sucesión de leyes en el tiempo, en el que la aplicación del precepto legal impugnado a la asignación de los derechos

de aguas solicitados tanto por los requirentes como por Hidroeléctrica Melocotón Limitada sobre las aguas del río Queuco daría lugar, en opinión de aquéllos, a una transgresión de las garantías constitucionales invocadas;

SEPTIMO: Que el tipo de controversia caracterizado en el razonamiento precedente es de aquellos que, según el criterio sostenido por la jurisprudencia de este Tribunal, así como por la de los Tribunales Superiores de Justicia, corresponde dilucidar a los jueces del fondo (resolución de la Primera Sala, de fecha 19 de julio de 2006, recaída en el Rol 503 de este Tribunal Constitucional y sentencia de la Corte Suprema de fecha 2 de julio de 2002, considerando 4º, Rol 4.798-09), por tratarse de un conflicto de aplicación de normas legales que debe resolverse en conformidad a las normas pertinentes de ese rango, particularmente las contenidas en la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

OCTAVO: Que lo anteriormente señalado resulta particularmente atingente en el caso de autos, pues en el mismo se presentan situaciones de hecho acerca de las cuales difieren las partes (entre otras, una cuestión tan relevante como la fecha en que efectivamente se presentó la solicitud de merced de aguas por los requirentes), asuntos que por su propia naturaleza fáctica no corresponde que sean resueltos por esta Magistratura, sino por los tribunales de instancia, ante los cuales resulta pertinente producir y evaluar las pruebas correspondientes;

NOVENO: Con todo y en atención a que, según los actores, la aplicación retroactiva del precepto legal impugnado a su solicitud de merced de aguas configuraría

una infracción de las garantías constitucionales citadas en el considerando quinto, en los razonamientos subsiguientes este Tribunal se hará cargo de examinar y emitir decisión respecto de cada una de las infracciones constitucionales que se pretenden cometidas con el proceder aplicado por la Dirección General de Aguas en el caso *sub lite*;

DECIMO: Que, en estrados, las partes controvirtieron acerca de la aplicabilidad del precepto legal impugnado en la gestión pendiente. La Dirección General de Aguas afirmó que las pretensiones de los requirentes no se habían resuelto en sede administrativa con aplicación del precepto legal impugnado, sino en virtud de lo dispuesto en el Código de Aguas de 1981. No le corresponde a este Tribunal expedirse acerca de problemas de fondo, por lo que se pronunciará acerca de la inaplicabilidad del precepto impugnado ante la probabilidad de su aplicación en la gestión jurisdiccional aludida en considerandos anteriores, sin que ello constituya una decisión respecto a si tal precepto debió o no tener aplicación por la Dirección General de Aguas;

I. EN CUANTO A LA EVENTUAL INFRACCION DE LA GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO (artículo 19 N° 3°, inciso quinto).

UNDECIMO: Que la primera de las garantías constitucionales que los requirentes consideran infringidas es la del debido proceso, consagrada en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 constitucional. Dicha garantía, como se desprende de la

simple lectura del precepto constitucional en cita, ha sido contemplada por el constituyente respecto de los órganos que ejercen jurisdicción, concepto que es más amplio que el de tribunales judiciales y comprende, por tanto, a órganos administrativos en la medida en que efectivamente actúen ejerciendo funciones jurisdiccionales. Por tanto, resulta determinante establecer si, en el caso bajo examen, el órgano administrativo que es la Dirección General de Aguas ha ejercido o no facultades de esa índole;

DUODECIMO: Sobre el particular debemos partir precisando que cuando la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas no es objeto de oposición ni expresa ni tácita por parte de terceros, no hay ejercicio de jurisdicción sino simple aplicación de la potestad decisoria de la autoridad administrativa, toda vez que la jurisdicción supone resolver una controversia jurídica entre partes, misma que en el indicado supuesto no se presenta de modo alguno. Ahora bien, si la solicitud del primer interesado aparece rivalizada por un oponente que ha ocurrido dentro del plazo legal (cuestión que, como se ha dicho, en la especie resulta controvertida entre las partes), tampoco existe ejercicio jurisdiccional, pues a pesar de haber una controversia de relevancia jurídica entre partes, no hay juzgamiento, elemento que es consustancial a la noción de jurisdicción. En palabras del profesor Juan Colombo, *“en virtud de este momento jurisdiccional, el tribunal resuelve el conflicto aplicando el derecho o la equidad a los hechos probados en la fase de conocimiento, mediante un raciocinio mental que se exterioriza y adquiere forma en un acto procesal*

denominado sentencia definitiva." (Colombo Campbell, Juan, La Jurisdicción en el Derecho Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pág. 58). En efecto, tanto bajo la preceptiva del Código de Aguas de 1969 como aplicando la del de 1981, el órgano administrativo no emite un raciocinio mental para dirimir el conflicto, sino que, según el caso, asigna el derecho a la primera solicitud presentada que cumpla los requisitos legales, haciendo una aplicación mecánica de la ley (Código de 1969) o, bien, procede a otorgarlo al peticionario que se impone en la respectiva subasta (Código de 1981). Por lo tanto, la Dirección General de Aguas, en el caso *sub judice*, no ha actuado en ejercicio de jurisdicción;

DECIMOTERCERO: Cabe a continuación analizar la alegación de los requirentes en orden a que la aplicación del inciso segundo del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017 ha ocasionado la vulneración del principio del debido proceso en su proyección a la esfera de los procedimientos propiamente administrativos, misma que, a su entender, sería plenamente procedente de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado, y al criterio sentado en la jurisprudencia de este Tribunal. Como se ha dejado ya establecido en la parte expositiva, los actores reprochan a la Dirección General de Aguas haber violentado, con su proceder, las instituciones del orden consecutivo legal y de la preclusión, que a su juicio forman parte del aludido principio constitucional y que se habrían atropellado al reabrir, después de más de veinte años, la fase de discusión en el referido

procedimiento, al remitir a un proceso de subasta la asignación de derechos que, conforme a la legislación vigente al momento en que fueron solicitados, debieron otorgarse según orden cronológico de presentación y sólo entre quienes los pidieron, debiendo preferir su solicitud por ser la más antigua;

DECIMOCUARTO: Que, antes de examinar la cuestión enunciada en el considerando que antecede, es preciso señalar que la innovación legislativa en el sistema de asignación de derechos de agua cuando hubiere solicitudes incompatibles entre sí, la introdujo el Código de Aguas de 1981, que sustituyó el régimen de asignación gratuita que contemplaba su antecesor, el Código de 1969, por un mecanismo de licitación entre los varios interesados, procurando maximizar el beneficio general derivado del aprovechamiento de este recurso nacional de uso público. Se trató, pues, de un cambio sustantivo de la política nacional en la materia, asentado en la conveniencia de terminar con el uso especulativo del otorgamiento de derechos de agua, que se veía favorecido por su índole gratuita. De modo que, en tal sentido, la Ley N° 20.017 no hizo sino introducir adecuaciones complementarias a tal nuevo sistema, entre ellas la de ampliar a seis meses, contados desde la presentación de la primera solicitud, el plazo para formular nuevas solicitudes sobre el mismo recurso, consideradas como "oposiciones tácitas", en lugar del plazo de treinta días, contados desde la última publicación de dicha solicitud, que establecía el primitivo texto del Código de 1981. En rigor, fue el artículo 7° transitorio del Código de 1981, no impugnado

en el requerimiento, la primera disposición que sometió a las solicitudes pendientes al nuevo mecanismo de remate y cuya aplicación, por la Dirección General de Aguas, mediante la Resolución N° 430, de 1987, dio lugar a la reconsideración resuelta a través de uno de los actos administrativos que se impugnan en la instancia pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago (la Resolución DGA N° 1873, de 13 de diciembre de 2005);

DECIMOQUINTO: Que, en lo tocante a la aplicación del debido proceso de derecho a los procedimientos administrativos, es efectivo que este Tribunal se ha manifestado positivamente al respecto, particularmente cuando dichos procedimientos importan ejercicio de jurisdicción o entrañan la materialización de la potestad sancionatoria de la Administración, lo que no sucede en el caso de autos, según se dejó consignado en el considerando duodécimo;

DECIMOSEXTO: Que, debiendo ser racional y justo el procedimiento administrativo, no cabe concluir que para ello deba estar revestido de las mismas garantías exigibles a un proceso judicial, ni tampoco que le resulten aplicables con igual intensidad. En tales condiciones, aunque se aceptara que la aplicación de nuevas normas en un procedimiento administrativo pudiere reabrir etapas precluidas, no se sigue de ello que tal procedimiento haya perdido el carácter de racional y justo;

DECIMOSEPTIMO: Que, a mayor abundamiento e incluso dando por sentado que, en sus contenidos medulares, el principio constitucional del debido proceso se aplica al procedimiento administrativo común, aunque

no con la misma intensidad ni modalidades que en procesos judiciales, en la especie no podrían considerarse transgredidos los institutos del orden consecutivo legal y de la preclusión, pues la Ley N° 19.880, antes citada, contempla tres fases o etapas a través de las cuales se desarrolla dicho tipo de procedimiento, a saber iniciación, instrucción y finalización (inciso segundo del artículo 18), encontrándose en este caso pendiente por largo tiempo la segunda de ellas, sin que se advierta el retroceso procedimental de una etapa ya clausurada, como lo pretenden los requirentes;

DECIMOCTAVO: Que por las consideraciones expuestas en los razonamientos que preceden, este Tribunal no hará lugar a la primera de las impugnaciones de inconstitucionalidad formuladas por los requirentes, y así se dirá;

II. EN CUANTO A LA EVENTUAL VULNERACION DE LA LIBERTAD DE EMPRENDIMIENTO ECONOMICO (artículo 19, N° 21°).

DECIMONOVENO: Que el segundo de los motivos de agravio constitucional que aducen los requirentes lo constituiría la afectación a la garantía de libre emprendimiento de actividades económicas a que daría pábulo la aplicación en este caso de la norma legal impugnada. A este respecto es útil recordar que esta garantía se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad

económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, por lo que este tipo de derecho no supone una obligación correlativa positiva de parte del Estado en orden a satisfacer la pretensión del titular del derecho. Dicho en otros términos, no se vulnera esta garantía en los casos en que su ejercicio supone la obtención previa de una concesión por parte de la autoridad, si ésta no la otorga por motivos legales, como ocurre en el caso de autos, en que es una norma legal la que ordena a la Dirección General de Aguas proceder al otorgamiento de los derechos de agua conforme a un procedimiento de licitación entre los varios peticionarios;

VIGESIMO: Que, por otra parte, el referido derecho no es absoluto sino que reconoce limitaciones basadas en el respeto a la moral, el orden público y la seguridad nacional, así como a las normas legales que regulen su ejercicio. En el caso de autos, a juicio de estos sentenciadores, se está en presencia de una actividad económica legalmente regulada, puesto que lo que hace la norma impugnada es precisamente regular la manera en que los interesados pueden obtener el derecho de aprovechamiento de aguas de dominio público. Ahora bien, la regulación legal tiene también sus limitaciones constitucionales, pues con motivo de ella no se pueden afectar los derechos en su esencia ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (numeral 26º del artículo 19 constitucional). Se hace por ello necesario precisar qué ha entendido nuestra jurisprudencia por "regular" y cuándo las limitaciones o restricciones de garantías

constitucionales exceden los rangos admisibles por la Constitución.

En lo relativo a la primera cuestión, este Tribunal Constitucional ha expresado que por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la acción de ajustar y conformar a reglas. "De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad". (Rol N° 146, sentencia de 21 de abril de 1992, considerando 9°). En el mismo sentido ha señalado que "regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de 'regular' un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política". Por otra parte ha dicho que "si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo". (Rol N° 167, sentencia de 6 de abril de 1993, considerandos 12° y 14°).

Respecto de las limitaciones de derechos, este Tribunal ha establecido ciertos estándares que permiten determinar en qué casos se incurre en una restricción inadmisibles desde el punto de vista constitucional. Con tal propósito ha señalado que "un derecho es afectado en

su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible". Asimismo ha dicho que "se impide el libre ejercicio de un derecho en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica." "El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular". (Sentencias del Tribunal Constitucional en los roles N°s. 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 21°; 200, de 14 de noviembre de 1994, considerando 4°; y 280, de 20 de octubre de 1998, considerando 29°).

A la luz de los criterios jurisprudenciales expuestos es posible concluir que, en el caso de autos, estamos en presencia de una regulación legal que no implica conculcación de la libertad de emprendimiento económico. En efecto, el precepto legal impugnado se limita a reglamentar la forma transitoria conforme a la cual se puede adquirir un derecho de aprovechamiento de aguas y, en virtud de ello, desarrollar una actividad económica, en este caso la generación de energía eléctrica. No se advierte, entonces la manera en que el mecanismo de remate de los derechos de agua pueda hacer que la libertad económica de los requirentes "deje de ser reconocible" o se "haga irrealizable" o quede "privada de

la tutela jurídica adecuada" o, por último, se "torne ilusorio su ejercicio". Se trata, entonces, de una norma que si bien reduce la opción de los solicitantes de llegar a ser titulares de los derechos de agua solicitados, al obligarlos a concursar en un remate en pos de su obtención, no les impide acceder a tal adquisición ni les ha puesto obstáculos que la hagan imposible;

VIGESIMOPRIMERO: Que, por otra parte, 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. En la especie los requirentes no han adquirido el derecho de aprovechamiento de las aguas respectivas, por lo que tampoco pueden emprender una actividad económica en la que deban emplear el correspondiente caudal. Si bien ellos pueden argumentar que allí reside la inconstitucionalidad de la norma que impugnan, al ponerles trabas a la obtención del derecho que han solicitado, ya se ha demostrado en el razonamiento precedente que dichas limitaciones no afectan a tal derecho en su esencia ni son caprichosas ni arbitrarias, pues resultan de una norma legal que, fundándose en orientaciones de bien público, ha regulado sobre bases de general y objetiva aplicación el acceso al aludido recurso natural;

VIGESIMOSEGUNDO: Por las motivaciones expuestas en los tres razonamientos que anteceden, tampoco procede

acoger el requerimiento de inaplicabilidad por vulneración del derecho al libre desarrollo de actividades económicas, consagrado en el número 21º del artículo 19 de la Constitución;

III. EVENTUAL VULNERACION DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACION ARBITRARIA EN EL TRATO QUE DEBEN DAR EL ESTADO Y SUS ORGANISMOS EN MATERIA ECONOMICA (numeral 22º del artículo 19 de la Carta Fundamental).

VIGESIMOTERCERO: Que el tercer precepto constitucional que los requirentes invocan como transgredido por la norma legal que impugnan es el numeral 22º del artículo 19 de la Carta Magna, disposición que estatuye el derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Como fluye de su propio enunciado, este derecho lo que resguarda es la no discriminación o diferenciación arbitraria en el tratamiento económico de los sujetos, por parte del Estado y sus organismos. Por ello, para desentrañar su exacto sentido en la aplicación a circunstancias concretas, resulta ilustrativo evocar la forma en que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha entendido el concepto de arbitrariedad. En esta materia la Corte Suprema ha resuelto que un acto o proceder es arbitrario cuando es contrario a la justicia, la razón o las leyes, y dictado por la sola voluntad o capricho. (Sentencia expedida en el rol N° 862-2000, de fecha 21 de junio de 2001, considerando 11º. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 98, sección 5ª, páginas 105 y

siguientes). Asimismo ha dicho “que por discriminación arbitraria ha de entenderse toda distinción o diferenciación realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparece como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias.” En consecuencia, la Constitución acepta discriminaciones “cuando ellas obedecen a la salvaguarda o protección de bienes jurídicos superiores.” (Sentencia dictada en el rol N° 16.227, con fecha 12 de julio de 1991. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 88, sección 5ª, páginas 179 y siguientes);

VIGESIMOCUARTO: Que en el caso de autos, según los actores, la discriminación arbitraria se configuraría por el hecho de que la aplicación de la norma legal objetada da por resultado el que se los obligue a participar en un proceso de subasta pública para acceder a la titularidad de los derechos de agua que en su oportunidad solicitaron, en circunstancias que a los demás peticionarios de análogo recurso que presentaron sus solicitudes en la misma época (es decir, antes de la sustitución del Código de 1969 por el de 1981), sobre otras fuentes naturales, se les aplicaron las normas del Código de Aguas de 1969 y, en consecuencia, adquirieron esos derechos por asignación directa, en función del orden de precedencia cronológica de sus presentaciones;

VIGESIMOQUINTO: Que, según se ha dejado establecido en el considerando decimocuarto de esta

sentencia, el cambio de régimen legal en la forma y criterios de asignación de los derechos de aprovechamiento de aguas fue introducido por el Código del ramo del año 1981 con arreglo a orientaciones de interés público, vinculadas a un mejor uso de este recurso en las actividades económicas, precaviendo su utilización con fines especulativos y procurando satisfacer de modo más adecuado las necesidades generales inmersas en el aprovechamiento de un bien escaso y de importancia esencial. Si a ello se une que la innovación en las condiciones y modo de otorgamiento de estos derechos se hizo con alcance general y objetivo para todas las solicitudes que se encontraban pendientes a la fecha del cambio de legislación, no se advierte cómo la aplicación de la nueva normativa pueda ser reprochada de arbitrariedad, según los rasgos caracterizantes de esta noción que se han citado en el considerando vigesimotercero;

VIGESIMOSEXTO: Por lo tanto y en cuanto estos sentenciadores no advierten irrazonabilidad ni carácter antojadizo en la aplicación al caso de los requirentes de las nuevas normas sobre asignación de derechos de aguas, no se hará lugar a su impugnación por este motivo contra el inciso segundo del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017;

IV. EN CUANTO A LA EVENTUAL VULNERACION DE LA LIBERTAD PARA ADQUIRIR EL DOMINIO DE TODA CLASE DE BIENES (numeral 23° del artículo 19 de la Constitución).

VIGESIMOSEPTIMO: Que la última de las garantías constitucionales que los actores señalan como infringidas por la aplicación de la norma legal objetada es la señalada en el número 23º del artículo 19 de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, configurando así el llamado "derecho a la propiedad", que no debe ser confundido con el "derecho de propiedad" garantizado por el numeral 24º del mismo artículo.

En opinión de los impugnantes, la aludida transgresión se produce al vedarles el proceder de la Dirección General de Aguas la posibilidad de acceder al derecho de aprovechamiento que ellos solicitaron, lo que importaría también una infracción del deber de velar por el orden público económico, que asiste al Estado;

VIGESIMOCTAVO: Que, según se desprende de su sentido y finalidad, el precepto constitucional que se pretende vulnerado tiene como sustento el aseguramiento de la posibilidad jurídica de adquirir el dominio o de ser titular de toda forma de propiedad, posibilidad que en el caso *sub lite* no ha desaparecido para los requirentes, pues ellos conservan la opción de participar en el remate público de los derechos y a través de esa vía llegar a adquirirlos. Asimismo de la consulta de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se puede apreciar que al consagrar este derecho los comisionados tuvieron en vista, como un elemento vertebral del nuevo orden público económico que la Constitución se proponía instituir, la conveniencia de que los particulares tuvieran preeminencia frente al

Estado en cuanto a ser titulares del dominio de los bienes situados en el territorio nacional, lo que es coherente con el rol subsidiario que el nuevo régimen jurídico-político asignó al Estado en materia económica.

Lo anterior resulta corroborado por la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia. En efecto, en sentencia dictada por ese alto Tribunal el 26 de mayo de 1988, ratificando un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 85, sección 5ª, página 186), se declaró que lo que reconoce la Constitución en el artículo 19 N° 23° "es la aptitud genérica y sin discriminaciones que tienen los particulares para adquirir todo tipo de bienes, protegiendo esta posibilidad eventual de exclusiones unilaterales de la autoridad respecto de ciertos bienes, de manera que lo que se ha querido enfatizar en esta disposición es el derecho prioritario de los particulares frente al Estado, para impedir a éste ejercer limitaciones abusivas o arbitrarias a esta libertad de incrementar la propiedad privada". En el mismo fallo señaló que "el artículo 19 N° 23° de la Constitución ha sido establecido con el objeto de garantizar el libre acceso al dominio privado de las personas de toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, y de todas las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal. Su finalidad ha sido proteger a las partes de actos legislativos o de autoridad que excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes, salvo las excepciones contempladas en la misma norma constitucional."

Entretanto, en el caso de autos no se aprecia interés alguno del Estado por apropiarse de los derechos de agua solicitados por los requirentes; antes, por el contrario, la Dirección General de Aguas ha seguido el procedimiento previsto por el ordenamiento vigente para la apropiación del derecho de uso del respectivo caudal por parte de los privados, siendo el remate el mecanismo instituido por la ley para dar lugar a la constitución de tal derecho cuando dos o más particulares tienen pretensiones incompatibles sobre el mismo recurso hídrico;

VIGESIMONOVENO: Por las razones indicadas en el considerando precedente, no se hará lugar tampoco al presente motivo de impugnación de la norma legal objetada.

Y VISTO: Lo dispuesto en los artículos 19 N°s 3°, inciso quinto, 21°, 22° y 23°, y 93 N° 6° de la Constitución Política de la República, así como en el artículo 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA QUE SE NIEGA LUGAR AL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1 Y QUE SE PONE TERMINO A LA SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 133.

Redactó la sentencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 513-2006.

Se certifica que el presidente señor José Luis Cea Egaña, concurrió a la vista y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse ausente con licencia.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don José Luis Cea Egaña y los Ministros señores, Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.