

Discrecionalidad administrativa y nuevas limitaciones a los derechos de agua

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

- El Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas establece nuevas y amplias facultades discrecionales para la Administración, limitando por ley simple el libre acceso a los derechos de aguas.
- Existen aspectos claramente criticables del proyecto, tanto en un debate de ideas como desde el punto de vista de la coherencia de la disciplina del derecho de aguas.
- Respecto de las aguas subterráneas establece nuevas limitaciones a la adquisición. Además crea nuevas potestades discrecionales para la autoridad.
- Hay evidencia disponible de los graves problemas del aprovechamiento de las aguas subterráneas, pero el Proyecto aborda parcial y fragmentariamente un tema que merece un tratamiento sistemático.
- Respecto del medio ambiente, incorpora facultades para la Dirección General de Aguas, lo que es incoherente con el principio de la coordinación administrativa.
- Respecto de embalses construidos por el fisco, se insiste en darle potestad a la Dirección General de Aguas para constituir derechos de aprovechamiento de aguas en tales "embalses estatales" (sic), a pesar de que ellos deben ser adjudicados a los usuarios.
- Establece el pago de patentes por la no utilización de las aguas, y con ello se amenaza el papel actual del mercado (esto es, las decisiones espontáneas y des-
- centralizadas de los particulares) como instrumento de reasignación del recurso. Implica alterar el modelo vigente de protección de la decisión espontánea del particular.
- El Proyecto implica más burocracia en la determinación administrativa del "no uso".
- Establece limitaciones a la adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas, esto es, al acceso a través de nuevas potestades discrecionales obligando a cada peticionario a acompañar "una memoria explicativa en la que se justifique la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará".
- Establece una reserva inconstitucional, dirigida "para el abastecimiento de la población", ante lo cual puede disponer el Director General de Aguas la denegación total o parcial de una petición.
- Establece el Proyecto la aplicación retroactiva de la nueva ley, a las solicitudes en trámite. Esta cláusula es claramente abusiva, pues implica una invalidez formal y sobrevinida de la solicitud original.
- El autor postula la necesidad de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Uno de los temas que contiene el proyecto fue abordado por el Tribunal Constitucional en una sentencia de 1997, y ello se hizo teniendo a la vista una redacción y unas disposiciones distintas a las que se observan en la actual redacción del Proyecto de Ley, al que se le incorporan aspectos aún más gravosos que los que se observaban a esa fecha.

Alejandro Vergara Blanco, Abogado y Doctor en Derecho. Es profesor de Derecho de Aguas (y de derecho Administrativo y Minero) en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es Director del Doctorado y del Programa y Diplomado de Derecho Administrativo Económico de dicha casa de Estudios; y de las publicaciones *Revista Chilena de Derecho* y *Revista de Derecho Administrativo Económico*.

En el marco de la tramitación del Proyecto de modificaciones del Código de Aguas, el 13 de septiembre de 2004, la Comisión de Hacienda del Senado, ha dado aprobación a un texto de las modificaciones que serán votadas en breve en la sala del Senado. Al respecto, quisiera aportar mi opinión de jurista y de ciudadano.

I. Antecedentes sobre los derechos de aguas en Chile

1º Las aguas tienen ante toda la tradición legislativa nacional, una condición de bien común, no estatal. Esta situación de *publicatio* de las aguas no ha cambiado, en esencia, en dos siglos de historia legislativa, en especial en los cuerpos codificados, todos los cuales han declarado que las aguas son “bienes nacionales de uso público”.

2º Los derechos de uso o aprovechamiento de aguas de los particulares han tenido tres evoluciones perfectamente distinguibles:

- a) desde un inicio del derecho nacional convivieron, en los mismos ríos, los titulares de dos tipos de derechos: los de riberanos y los derivados de mercedes estatales, cada uno de los cuales tenían estatutos legales diferenciados; la derogación de las disposiciones civiles que reconocían derechos de aguas a los riberanos, en 1951, haría desaparecer tal diferencia, sometiendo a todos los derechos a un mismo régimen de uso, que es la situación vigente.
- b) en un inicio la legislación civil reconoció la existencia de derechos de propiedad particular sobre algunas aguas; hoy, los particulares ostentan sobre las aguas un “derecho de aprovechamiento”, que le permite a su titular el “uso y goce” de las aguas (no su propiedad).
- c) la última fase de esta evolución es la actual posibilidad de desvinculación jurídica de estos derechos de uso de aguas respecto a un terreno específico, o a un uso específico, pudiendo los particulares alterar dichos usos específicos y cambiar los lugares de uso.

3º En efecto, a partir de 1981, los particulares ostentan unos derechos de aguas libremente obtenibles, ejercibles y transferibles; fruto de la última evolución de la legislación de aguas como el resultado de la evidente aplicación de una política económica de libre mercado, que ha caracterizado a estos derechos del siguiente modo:

- a) el libre acceso a la titularidad sobre nuevos derechos de aguas;
- b) la libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas;
- c) la protección de la intangibilidad de los derechos de aguas;
- d) el libre uso y goce de las aguas a que se tiene derecho, y
- e) la posibilidad de integrar organizaciones de usuarios para la autónoma y descentralizada distribución del agua.

II. Generalidades sobre el Proyecto de Ley de modificación al Código de Aguas

El Proyecto de modificación del Código de Aguas tiene una tramitación de 14 años, pues se inició en 1990 en sede del Ejecutivo e ingresó al Congreso en 1992.

Cabe señalar que su objetivo inicial fue la “recuperación de la calidad de bienes públicos de las aguas”, en una ambigua formulación inicial, dirigida más bien a aminorar los efectos de las políticas de liberalización en la materia. Cabe recordar que el Código de Aguas 1981 estableció mecanismos que posibilitan con mucha libertad la adquisición y transacción de los derechos de aguas. De la larga tramitación de este Proyecto de Ley hay varios aspectos que resaltar:

1º La evolución evidente en el pensamiento del Ejecutivo y de los promotores del cambio legislativo: desde una crítica teórica inicial al modelo de libre mercado a la actual aceptación explícita de los mecanismos de mercado incorporados en la institucionalidad de 1981. Se ha prometido que esta institucionalidad no será alterada en sustancia.

2º La lamentable dictación de una sentencia de mayoría por el Tribunal Constitucional, en 13 de octubre de 1997, que contiene una argumentación claramente alejada de la racionalidad de la Constitución Política, en virtud de la cual, aspectos esenciales del Proyecto, que debieran aprobarse con quórum calificado, es probable que en definitiva sean aprobados en el Congreso con el quórum de una ley simple (crítica que he fundado en un trabajo anterior).

3º En todo caso, desde el punto de vista de la ciudadanía, la misma prolongación del trámite legislativo ha producido los siguientes efectos:

- a) Una amplia participación de muchos sectores interesados, en especial de usuarios y empresarios, asociaciones e instituciones representativas de ellos, y ciudadanía en general. En este último ámbito me incorporo, como ciudadano, con la particularidad de tener como oficio el estudio y la enseñanza de la disciplina del derecho de aguas.
- b) Conjuntamente, o a partir de las reacciones que las diferentes versiones del proyecto ha ocasionado en tales grupos de personas, ha habido una constante variación en el contenido del Proyecto, a través de una serie de Indicaciones, algunas sustitutivas *in integrum*.

Sobre todo, entonces, por esta dilatada tramitación, y las variaciones, sólo comentaré aquellos aspectos que me parecen más destacables, por sus efectos positivos como por sus efectos negativos.

III. Aspectos destacables y criticables del Proyecto

Cabe destacar que el Proyecto, de un modo algo inorgánico, incorpora algunos elementos que a mi juicio pueden considerarse como positivos, pues vienen a ayudar a una mejor interpretación y aplicación de la legislación vigente, si bien no siempre su formulación es del todo feliz. No obstante, otros aspectos son claramente criticables, a mi juicio, no sólo desde el

punto de vista de mis ideas de ciudadano, sobre el gobierno de la “ciudad” (*las que me hacen pensar que es mejor un sistema con mayor libertad para las personas y menos potestades para la autoridad, pero con regulaciones claras que delimiten responsabilidades*), sino desde el punto de vista de la coherencia de la disciplina del derecho de aguas. Y ninguno de ambos aspectos cabe descuidar: en cuanto a las ideas, cabrán los acuerdos políticos o prevalecerán las mayorías; pero en los aspectos de técnica legislativa, será necesario el trabajo de los especialistas el que podrá aportar a un mejor resultado legislativo.

A. Respetto de las aguas subterráneas

1º Señala textualmente la necesaria conexión entre aguas superficiales y subterráneas, al constituir nuevos derechos de aguas. En la legislación vigente hay dos regímenes diferenciados, pero la realidad geográfica y geológica impone esta relación, que es reconocida en el Proyecto. (art. 22 *in fine*, modificado). Las consecuencias de este texto se verificarán en el respeto a los derechos de terceros.

2º Incorpora el mecanismo del remate ante peticiones contemporáneas de exploración. Es una técnica de sistema de mercado, adecuada en este caso (art. 58, nuevo inc. 2º). Pero su formulación es ambigua, utilizando de manera anacrónica la expresión “bienes nacionales” para referirse a los “fiscales”.

3º Otorga explícitamente a la Dirección General de Aguas la potestad de declarar área de restricción (art. 65, nuevo inc. 2º), lo que aclara una duda interpretativa actual.

4º Aclara que es posible organizar una comunidad de aguas respecto de aguas subterráneas, al aprovechar “un mismo acuífero” (modificación del art. 186).

5º No sólo establece nuevas limitaciones a la adquisición de todos los derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas (art. 147 bis inc. final, nuevo), sino que incorpora además, desde su nacimiento, dichas limitaciones a su ejerci-

cio, las que antes eran propias de medidas excepcionales consideradas en la legislación (declaración de área o zona de restricción). La adquisición y ejercicio de los derechos de agua subterránea son objeto de limitaciones y de nuevas potestades discrecionales para la autoridad.

En todo caso, el Proyecto dista de abordar íntegramente el tema de las aguas subterráneas, lo que es de una necesidad regulatoria evidente, y sólo se contenta con estas pinceladas.

Hay evidencia disponible de los graves problemas del aprovechamiento de las aguas subterráneas, sobre todo en la regulación del acceso a su aprovechamiento, sobre lo cual existen pronunciamientos contradictorios de la Contraloría General de la República y de los Tribunales. El Proyecto aborda parcial y fragmentariamente un tema que merece un tratamiento sistemático, por responsabilidad legislativa, a través, por ejemplo, de un capítulo especial.

Es de público conocimiento que el agua subterránea debe ser materia de Ley, y de lo irregular e ilegítimo que resulta ser la regulación “*general*” vigente establecida en la Resolución N°186/1996 de la Dirección General de Aguas (que no es ni siquiera un DS o un Reglamento) en que un órgano administrativo captura para sí una materia de Ley (escudándose en el artículo 59 del Código de Aguas, que en ningún caso es una delegación legislativa) lo que es incoherente con la Constitución Política; en otras palabras, inconstitucional.

B. Respecto del medio ambiente

Se incorpora un título nuevo, con varios artículos, relativos a la protección de las aguas y cauces (art. 129 bis y siguientes, nuevos). En el nivel de las ideas es positivo, pero inevitablemente, dada la forma en que se aborda el tema, es posible criticar lo siguiente:

1° Se otorga la potestad de declarar “caudal ecológico mínimo”, sin regular el modo en que la autoridad ejercerá esa potestad, ni definir tal concepto (art. 129 bis 1).

2° Establece una potestad dirigida a establecer “*modalidades*” que afecten a los nuevos

derechos de aprovechamiento de aguas, al constituirlos, otorgada a la Dirección General de Aguas, “*con el objetivo de conservar el medio ambiente*” (art. 149 N° 7, nuevo), lo que es incoherente con el principio de la coordinación administrativa (Ver la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado), al entregarle a la Dirección General de Aguas potestades de protección del medio ambiente que les corresponden a otros organismos, en virtud de la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, y que deben dirigirse al ejercicio de los derechos y no como limitantes a su creación.

C. Respecto de embalses estatales y bienes fiscales

Al respecto, observo en el Proyecto dos aspectos que son claramente criticables, relacionados ambos con bienes fiscales.

1° Se insiste en darle potestad a la Dirección General de Aguas para constituir derechos de aprovechamiento de aguas en: “*embalses estatales*” (sic). Si bien esta es una figura que con otra denominación está presente en el Código de Aguas vigente (art. 22), incorporarle ahora el aditivo de “*estatal*”, lo que en realidad produce es un quiebre en la lógica interna del sistema de constitución de nuevos derechos de aguas. En efecto, los derechos nuevos se crean respecto de las aguas existentes en fuentes naturales (ríos, lagos o acuíferos), y no en embalses. Además, tales embalses se construyen para aprovechamiento particular, y sólo transitoriamente son estatales/fiscales, pues si bien son financiados con dineros del fisco, ellos deben ser adjudicados a los usuarios. Esta modificación, en el fondo, implica un conflicto con la propiedad que sobre las aguas acumuladas ostentan los titulares de derechos de aguas que los ejercen embalsando tales aguas (Me he referido más ampliamente a esto en *El Mercurio*, A-2, 20 junio 2000)

2° En la patente que se establece respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas (cuya conveniencia critico más adelante, por el modo como se regula), se consagra una exención de pago a favor de los derechos de aprovechamiento de aguas de “*propiedad fiscal*”

(art. 129 bis 6 inc. 4º nuevo), desigualdad ésta respecto de la generalidad de los derechos que es claramente inconstitucional, pues quebranta el principio de la igualdad de trato en materias económicas (art. 19 N° 22 CP), debiendo someterse el Estado a la legislación común, salvo ley de quorum calificado (art. 19 N° 21 CP).

D. El pago de patentes por la no utilización de las aguas

Las regulaciones en materia económica deben realizarse considerando la información empírica del sector respectivo y sus objetivos y efectos esperados deben ser contrastados no sólo con la teoría económica sino también con la jurídica.

En el Proyecto de modificación del Código de Aguas se contiene el aspecto relativo al “uso” del agua; o, en teoría jurídica, al “ejercicio” de tal derecho.

En el Proyecto se señala que el establecimiento de una “patente” (un tributo), a la que tendrían obligación sólo aquellos “que no utilizan los derechos de aguas” o que no extraen las aguas, es un buen mecanismo para el mejor aprovechamiento global de las aguas de nuestros ríos y acuíferos por parte de los titulares de derechos de aguas.

Según los promotores de este Proyecto, con este nuevo esquema se incentivará la valoración privada del agua, y en ningún caso con ello se amenaza el papel actual del mercado (esto es, las decisiones espontáneas y descentralizadas de los particulares) como instrumento de reasignación del recurso.

Al respecto, deseamos exponer algunos conceptos de política económica y jurídicos.

1. En cuanto al mercado y los derechos de aguas.

Vale la pena señalar un concepto jurídico más depurado de lo que la teoría económica define como “mercado de aguas”; pues el “mercado” es la posibilidad de libre y espontánea transacción de los “derechos” de aguas. De modo general un “derecho de aguas” puede ser descrito como aquella posibilidad cierta y segura que proporciona el ordenamiento jurídico de extraer un caudal de aguas aproximado desde una fuente

natural (nunca de un «embalse» como se propone en este Proyecto: modificación al art. 22). Los derechos son una potencia, un poder, una posibilidad de acción y decisión; acciones éstas que dependen de sus titulares. En nuestro actual sistema jurídico se protegen las decisiones llamadas de “mercado”; esto es, las decisiones sobre el ejercicio de los derechos la adoptan libremente los particulares; de manera descentralizada (respecto del Estado) y atomizadamente por todos y cada uno de los titulares de derechos de aguas. Por esa razón, en materia económica, el “mercado”, como instancia social de decisiones libres, se opone a “Estado” (como centro burocrático que intenta reemplazar las decisiones libres de los particulares).

En el sistema actual de derechos de aguas (como ocurre en la globalidad de las titularidades protegidas por la garantía del dominio en Chile, hoy), los particulares pueden decidir libremente la utilización de las aguas a que les da derecho su título; por lo que la introducción de una decisión distinta a los titulares del dominio implica evidentemente menos “libertad”, menos “mercado”; más “estado” en esta materia económica. Implica alterar el modelo vigente de protección de la decisión espontánea del particular.

2. El ejercicio de los derechos y el “uso” de las aguas.

En la discusión y en el Proyecto se confunden dos planos o dos aspectos de los derechos de aguas, que es necesario aclarar. No es lo mismo el uso “del agua” que el uso (ejercicio, más bien) “del derecho”. En un sistema de libertad de ejercicio de los derechos, que es lo que propicia un sistema de mercado, sus titulares tienen dos opciones: o bien, pueden mantenerse titulares de su derecho, simplemente, sin usar aguas, con el objeto de tener un patrimonio, apartado, por ejemplo, a una sociedad, o para esperar el mejor momento para enajenarlo a terceros; o bien, puede su titular ejercer sus derechos extrayendo las aguas correspondientes del cauce o del acuífero.

Este Proyecto obviamente está reemplazando la libre y espontánea decisión de los particulares de no ejercer su derecho en una sola

de las posibilidades jurídicas: extraer aguas. Por ello es inútil, pues conociendo la naturaleza humana (que comparten tanto los titulares de los derechos como los burócratas), los particulares, entonces, intentarán convencer a sus fiscalizadores de que están extrayendo, siquiera, una pequeña porción de aguas, y que ello significa “uso”; y estos fiscalizadores, ciertamente, serán funcionarios de la Administración, que deberán elaborar discrecionalmente los parámetros para comprobar el señalado “uso” de las aguas.

En otras palabras, el otro aspecto indicado del ejercicio de los derechos, esto es, el especulativo, usual y legítimo en un sistema de mercado, y quizás tan importante como el del aprovechamiento directo de los bienes a que se tiene derecho, no es considerado “uso” del derecho.

Esto último es lo que está limitando el Proyecto: el beneficioso poder especulativo de los derechos; para que otros, en otro momento u oportunidad, ejerzan tales derechos, usando materialmente el agua.

3. Más burocracia: determinación administrativa del “no uso”.

¿Quién determinará el “no uso” de las aguas? (no del derecho) ¿La Dirección General de Aguas? Esta es la primera disfunción: la distribución de las aguas en Chile la realizan las Juntas de Vigilancia, y esos organismos existen en una gran parte de los cauces. Ahora, comenzará una nueva tarea para tal Dirección: revisar las obras de captación; esto es, “policía y vigilancia”. Pero debe recordarse que esta facultad de policía la Dirección la ha tenido siempre, pero nunca la ha ejercido, para lo cual seguramente aducirá falta de personal. Entonces, ¿cómo abordará una nueva potestad si ni siquiera para las vigentes ha podido hacerlo con el personal actual? ¿Se aumentará la planta del servicio? Estas mayores potestades son mayores costos para la Administración del Estado.

Es curioso: los titulares de derechos de aguas quedarán obligados a extraer el agua para no pagar impuestos; si extraen el agua, significará que están haciendo un buen “uso social” del agua. ¿Y las políticas de ahorro del agua? No sólo es una desviación desde políticas libertarias, de mercado, hacia políticas más estatistas este

proyecto, sino que curiosamente, está incentivando a los titulares de derechos de aguas a que no se preocupen de ahorrar el agua.

4. El mecanismo de los impuestos (“patentes”) debe ser general, y no basarse en un esquema de “uso/no uso” de las aguas.

De partida, establecer mecanismos de “uso/no uso” de las aguas implica incorporar un criterio expresamente excluido en la legislación de aguas vigente. Este esquema estaba en el corazón de la legislación de aguas de 1967, que tenía como noble fin lograr un “uso racional y beneficioso” de las aguas; ello fue profundamente alterado en el actual esquema, y se dejó la determinación del “uso” de las aguas a mecanismos de libre decisión de los particulares (el mercado). Ahora, se intenta alterar esta libre decisión, devolviendo la determinación del “uso” a un ente administrativo. Ello quizás no es ilegítimo, per se, pero debe decirse claramente que es una especie de amenaza al mecanismo de mercado.

Estos mecanismos de “patentes” (impuestos) a los derechos deben ser generales para evitar distorsiones; como ocurre en materia minera. Recordemos que en materia minera el camino para llegar a las patentes sin intervención de la Administración que verifique la “actividad” fue aún más difícil, dados los términos de la Constitución (art. 19 N° 24 inciso 7°). Y aún aquellos que criticamos en su momento la decisión de técnica jurídica, dada la difícil interpretación de tal cláusula constitucional, hoy podemos decir que el mecanismo de la “patente” minera como único amparo de los concesionarios ha demostrado ser adecuado para preservar la libertad de decisión de los titulares de concesiones mineras.

Sin perjuicio de esta crítica general, en que manifestamos nuestro desacuerdo a un sistema de aplicación de una “patente” por el uso/no uso, existen algunos aspectos adicionales, que cabe comentar:

1° Se le otorga al Director General de Aguas, “previa consulta a la organización de usuarios respectiva”, la potestad de determinar los derechos de aguas “cuyas aguas no se encuentren total o parcialmente utilizadas”

(art. 129 bis 8, nuevo). Es una potestad claramente ambigua, sólo morigerada por una declaración (art. 129 bis 9, nuevo) según la cual, ante la existencia de “obras de captación” no cabrá el pago de derechos de aguas.

2º Existe ambigüedad en varios sitios respecto del uso “parcial” de las aguas, en que se confunden jurídicamente las cosas, al punto de señalar que en tal caso podrá recaer un embargo judicial “en la parte del derecho de aprovechamiento afecto al pago de patentes que se adeuden” (art. 129 bis 13, nuevo) como si el derecho fuese divisible intelectualmente, con relación a cantidad de aguas. Es esta una confusión entre el derecho (abstracción) y la cosa sobre que se ejerce (corriente o acuífero, según disponibilidad).

E. Limitaciones a la adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas

1º Limitaciones al acceso y nuevas potestades discrecionales

Se incorpora, como nuevo requisito de las solicitudes de derechos de aguas acompañar “una memoria explicativa en la que se justifique la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará”. (art. 140 Nº 6, nuevo).

Este requisito se transforma en una limitación al acceso a la titularidad sobre derechos de aprovechamiento de aguas, y en una nueva potestad de amplia discrecionalidad para la autoridad, estableciendo expresamente el Proyecto que “[e]l Director General de Aguas podrá, mediante resolución fundada, limitar las solicitudes de derechos de aprovechamiento, en el caso que no se hubiese justificado la cantidad de agua que se necesita extraer atendidos los fines invocados por el peticionario, para lo cual deberá considerar las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento de aguas”. (art. 147 bis inc 2º, nuevo).

2º *Reserva inconstitucional*. Establece el Proyecto una facultad inconstitucional a favor del Presidente de la República, dirigida a “reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua, o bien, por circunstancias excepcionales y de in-

terés general, tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos”, ante lo cual puede disponer el Director General de Aguas la denegación total o parcial de una petición. (art. 147 bis inc. 3º del proyecto)

Esta reserva está en principio prohibida a partir del art. 19 Nº 23 CP, y ni siquiera la legislación, ni aún con rango de quórum calificado, puede establecer “reservas” de bienes.

La regla y técnica constitucional es que no existe posibilidad de negar el acceso a las titularidades de derechos sobre bienes, y sólo es posible limitar o establecer requisitos para una categoría completa de bienes, debiéndose explicitar por la propia ley en qué consiste el “interés general”, y no dejarlo a la determinación gubernamental.

3º *Establece el Proyecto la aplicación retroactiva de la nueva ley*.

Una vez publicada, la nueva ley se aplicará a las solicitudes en trámite, señalando que “deberán ajustarse a las disposiciones de esta ley”, dando de este modo potestades al Director General de Aguas respecto de solicitudes ya presentadas y en actual tramitación para requerir “los antecedentes e informaciones que fueren necesarios para dicho fin” (art.1º transitorio Proyecto). Esta cláusula no sólo es retroactiva, y por tanto atentatoria de la estabilidad de las solicitudes ya presentadas, sino que es claramente abusiva.

Se establece una invalidez formal y sobrevenida de la solicitud original. Queda claro que lo que se pretende es aplicar la ley de inmediato, pero ello alterará significativamente a las peticiones en actual tramitación.

Cabe un juicio a lo menos reservado de la armonía político-legislativa de estas abusivas disposiciones con lo establecido en la reciente ley Nº 19.880, de 2003, sobre bases generales de procedimientos administrativos, que estableció estándares bastante más beneficiosos para los administrados que este Proyecto de Código de Aguas, algo desfasado en los criterios de justicia, y, por ende, constitucionalidad.

F. Necesidad de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Todo este sistema en virtud del cual se introducen facultades a favor de la Administración para limitar discrecionalmente el acceso de los particulares a los derechos de aprovechamiento de aguas y se establecen reservas de bienes, prohibidas en la Constitución, como la aplicación retroactiva de la misma, implican, a mi juicio, una contradicción con el art. 19 N^{os} 23 y 24 de la Constitución, en virtud de lo cual, por un lado estas limitaciones deben realizarse por ley de quórum calificado, y por otro están prohibidas las reservas y la irretroactividad confiscatoria.

Sólo el primero de estos temas fue abordado por el Tribunal Constitucional en una sentencia de 1997, y ello se hizo teniendo a la vista una redacción y unas disposiciones distintas a las que se observan en la actual redacción del Proyecto de Ley, al que se le incorporan aspectos aún más gravosos que los que se observaban a esa fecha, lo que justifica con creces un nuevo pronunciamiento de ese Tribunal.

En efecto:

- a) Aparece ahora en el art. 147 bis inciso 1^o, nuevo, una nueva causal de denegación del derecho de aguas, en virtud del cual se le entrega al Director General de Aguas la posibilidad discrecional de “limitar” las solicitudes de derechos de aguas, para el caso en que un solicitante no justifique, a juicio del burócrata, la cantidad de agua solicitada con relación a sus “necesidades y fines”, pudiendo considerar la autoridad para establecer tales limitaciones al acceso “*las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento de aguas*”,

concepto jurídico indeterminado que podrá ser fácilmente el caldo de cultivo de la arbitrariedad.

Esto rompe directamente la libertad de acceso establecida en el art. 19 N^o 23 de la Constitución, y es una causal aun más extrema que la revisada por el Tribunal Constitucional en 1997; y, además, rompe la actual tendencia del derecho chileno de reducción de la discrecionalidad, y el esquema habitual por necesidades constitucionales de regular legislativamente las causales respectivas, y no dejar abierta a la Administración la discrecionalidad de aspectos tan amplios como “*necesidad*”, “*prácticas habituales*”, y otras cláusulas que pueden ser llenadas o vaciadas sin límite legal.

Esta limitación, en todo caso, sólo es legítima mediante ley de quórum calificado y por las causales que establece el art. 19 N^o 23 de la Constitución; de ahí la necesaria y preceptiva revisión por el Tribunal Constitucional.

- b) Los casos más extremos de establecer “reservas” de aguas y efectos retroactivos, son quebrantos sustantivos a los arts. 19 N^o 23 y N^o 24 de la Constitución, y deben ser invalidados por el Tribunal Constitucional.

Colofón: Este Proyecto de Ley, en fin, marca una tendencia ya arcaica en el sistema chileno, a partir de la Ley N^o 19.880, sobre procedimiento administrativo, en el que es evidente la mayor garantía para el ciudadano; pues en este Proyecto sólo se exacerban las potestades para la Administración de Aguas, con incoherencia hacia el modelo de fondo.