

EL DERECHO COMÚN EN EL DERECHO DE AGUAS

Luis Simón Figueroa del Río

1.- Existe una tendencia en dar autonomía a ciertas especialidades; en cuanto al derecho de aguas colabora a esa propensión la especificidad del agua y la apreciación que algunos tienen de ella, no como algo distinto, sino que casi sagrado. Asimismo la existencia de un código específico sobre las aguas contribuye a creer que en él se encuentra normado el todo sobre la materia, imperando para su aplicación solamente los criterios del derecho administrativo. Ello no es así, y para mejor apreciar lo que se dirá es conveniente tener previamente en cuenta que de los clásicos tres problemas reconocidos en torno al agua dulce, terrestre o continental, que son la escasez, la temporal abundancia que destruye y la contaminación, el código del ramo está referido solamente a lo primero; el segundo problema recae en las obras públicas y privadas a realizar y el tercero lo aborda la ley ambiental. El problema de la escasez dice relación con la economía, porque es un recurso indispensable sin el cual no hay producción de bienes y servicios cualquiera sea su naturaleza. La referencia a la economía importa preferentemente en relación con el régimen de asignación de bienes o recursos, el cual es fijado por el sistema económico que se escoja; el sentido y alcance de ese sistema determina la característica de la ley pertinente; en nuestro caso la constante asignación y reasignación de bienes la efectúan los precios que resultan del libre intercambio. Es deber de la ley y su aplicación que ello opere a cabalidad, y se respeten otros valores que no sean necesariamente económicos y que dicen relación con el bien común.

El propósito de esta charla es hacer ver que, no obstante el derecho de aguas en algunos asuntos tiene relación con el derecho administrativo, en gran medida las decisiones que la autoridad administrativa deba adoptar están determinadas por el derecho común, es decir por el derecho civil, y, es más, asuntos trascendentes y esenciales que dicen relación con el agua se resuelven todos única y exclusivamente por las normas de este derecho.

Se denuncia que muchas resoluciones de la Dirección General de Aguas son objeto de reclamos ante los tribunales, a lo que en términos peyorativos se comenta como “judicialización” de esas decisiones; pero la causa de numerosos reclamos a las Cortes es la insatisfacción que producen las decisiones DGA, que no convencen, por estar marcadas más bien por un arbitrio, atribuyéndose ese organismo que puede resolver según su personal criterio, sin ceñirse a las pautas objetivas establecidas en la ley. Es necesario advertir que el derecho de aguas no deja margen a decisiones independientes de lo ordenado por la ley, estoy convencido que si esto se comprende y aplica disminuirán notablemente los reclamos.

A continuación casos en los cuales el derecho común determina los criterios para resolver en materia de aguas.

2.- Creación de nuevos derechos y el perjuicio a terceros. El Director General de aguas es la autoridad administrativa que tiene competencia para constituir derechos de aprovechamiento, pero esta competencia está limitada cuando de la constitución del derecho nuevo se derivan perjuicios a terceros, en cuyo caso le está vedado constituir el derecho. El artículo 22 del Código de Aguas expresamente dice que: “La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros,...”

En conversaciones corrientes sobre el asunto y en resoluciones de la Dirección General de Aguas que rechazan solicitudes fundadas en el perjuicio a terceros, aparece éste como un asunto etéreo de gran interés, pero sin definición precisa, dando lugar a manifiestos errores, porque ese perjuicio debe ser identificado de la misma manera como el Código Civil lo establece, porque forma parte del ordenamiento jurídico chileno, tanto como que se aplica también para los efectos de discernir la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Recordemos que las normas pertinentes están en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, y se requiere que el perjuicio sea cierto y actual, o futuro pero igualmente cierto, y debe haber una relación de causalidad entre el daño y el acontecimiento que se dice lo produce, que en el caso que

estamos tratando es el acto de autoridad por el cual se constituye el derecho nuevo.

Lo anterior supone necesariamente que si en el expediente administrativo se establece que hay perjuicio a terceros, se debe explicitar quienes son los terceros, se explique en qué consiste el daño y se argumente sobre la relación de causalidad. Los antecedentes pertinentes deben producirlos los que se oponen a la solicitud; y si ellos no lo hacen y el Director entiende que ese perjuicio existe, es deber de su servicio dejar claramente acreditados esos antecedentes.

No olvidemos que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 137 del Código de Aguas, de las resoluciones de la Dirección General se puede reclamar ante la Corte de Apelaciones, y la razón de esa norma está en que la Corte debe velar se respete la objetividad que la ley manda, y constatar que el perjuicio que se aduce efectivamente existe, de la misma manera como se identifican los daños en cualquier procedimiento mediante los cuales conocen los tribunales de justicia. El derecho común es el que se debe aplicar.

Sobre este asunto deberemos volver más adelante porque está comenzando una equivocada corriente de opinión, todavía débil, que debe haber tribunales especiales en materia de aguas.

3.- Aguas disponibles. Cuando se trata de la constitución de derechos de aprovechamiento nuevos, a lo que ya nos referimos en el número precedente, debe analizarse también si hay o no aguas disponibles, lo que quiere decir que se debe de identificar si las aguas de que se trata están o no ocupadas, porque estándolo, de constituirse el derecho nuevo obviamente se perjudica al que lo ocupa; por ende, en la práctica la determinación de la disponibilidad está inserta en el concepto del perjuicio a terceros, y se debe resolver siempre bajo la inspiración y mandato de las normas de Código Civil relativas a los perjuicios. La determinación de que las aguas están ocupadas es un asunto objetivo que requiere datos ciertos, que se debe acreditar como se acreditan los hechos para cualquier materia. La aplicación del derecho común es una garantía de objetividad y certeza en el razonamiento, no hay razón legal para no aplicarlo en esos asuntos, por el contrario es una obligación.

4.- Autorización para instalar o construir obras y para otros asuntos. Lo mismo ocurre cuando se trata de pedir autorización a la Dirección General de Aguas para hacer obras que intervienen algún álveo, construir bocatomas, aprobar el traslado del lugar de ejercicio de un derecho de aprovechamiento, cambiar la fuente de abastecimiento y para otros asuntos que compete a esa Dirección conocer y resolver.

En todo ello lo esencial de lo que debe analizarse es si deriva perjuicio a terceros y por ende requiere el mismo análisis a que ya nos hemos referido. Importa muchísimo lo que dispone el artículo 132 de ese mismo Código, que “Los terceros que se sientan afectados en sus derechos, podrán oponerse a la presentación dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la última publicación o notificación en su caso.” Esta norma está referida a toda solicitud que requiere aprobación de esa Dirección General.

Otra vez, entonces el Código Civil, en plena majestad, aparece imperando sobre lo central materia del debate.

5.- Peso de la prueba. De la existencia o inexistencia de los hechos pertinentes dependerá la resolución de la DGA en gran parte de los asuntos que debe conocer, por lo que determinar qué es lo que se debe acreditar y a quién corresponde hacerlo es fundamental. En esta materia el estricto rigor es una necesidad y las pautas las proporciona el derecho común. No hay disposiciones especiales en el Código de Aguas.

Si los hechos no se acreditan se deben tener por inexistentes y por consiguiente no puede dictarse resolución basada en ellos. Que el derecho se aplica sobre hechos es de la esencia en todo pleito y también en todo asunto administrativo.

En cuanto a quien corresponde probar, la norma del 1698 del Código Civil es de general aplicación, y resultado de siglos de decantación en la materia: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta.” El criterio que manda ese artículo se extiende a los hechos cualesquiera sean sus alcances, aunque no se refieran específicamente a una obligación. Así pues, el peso, la carga, el deber de acreditar los hechos recaen sobre el que los aduce.

Así, por ejemplo, para constituir un derecho de aprovechamiento nuevo sobre aguas superficiales las aguas deben existir y estar disponibles, como dijimos más arriba. Disponible es lo que no está ocupado o comprometido, que en términos asertivos es lo que está pronto para usarse o utilizarse, o bien aquello que se puede disponer libremente. Una cosa está disponible mientras a su respecto no concurra algo que impida disponer de ello; no se prueba por tanto que está disponible, sino que está ocupado. Por ejemplo, si se cava en el suelo y se encuentra dinero o alhajas, éstos se consideran bienes perdidos, salvo que alguien pruebe derechos sobre ellos. En un terrero sin cerco ni sembradío ni plantación las aves están libres para la caza, salvo que el dueño haya prohibido expresamente cazar en el lugar y notificado la prohibición. Presentado el conflicto el dueño tendrá que probar que había prohibido y notificado; el peso de la prueba recae sobre él, no sobre el que alega la disponibilidad. Repitamos entonces, las aguas están disponibles mientras no concurra a su respecto un hecho que determine que están ocupadas. Corresponde la prueba al que alega que están ocupadas y por ende no están disponibles; es decir lo afirmativo, porque es imposible demostrar que las aguas no están ocupadas. El solicitante solo debe acreditar que las aguas existen, pero no está obligado a acreditar que están disponibles.

Otro asunto es la explicación de cuáles son los hechos que determinan la ocupación, como la existencia de derechos de aprovechamiento sobre las mismas aguas, las reservas cuando ellas están vigentes, el caudal mínimo ecológico o el permiso de acuicultura.

Todo lo dicho no es más que derecho común.

6.- La distribución o la entrega material del agua. El derecho común está en el origen del sistema de distribución de las aguas que tiene Chile y las normas que sobre la materia contiene el Código de Aguas no pueden esconder la paternidad del Código Civil, que no sólo ilustra sino que también completa las que sobre el particular tiene el código de la especialidad.

Sabemos que el reparto o distribución es la entrega material del agua a aquellos que tienen derecho a usarla en forma exclusiva, y al

respecto se distinguen las Juntas de Vigilancia que realizan esa función en la fuente natural; las Comunidades de Aguas y las Asociaciones de Canalistas que la efectúan en los canales, en la obra artificial. Esta tarea se lleva a cabo por los propios usuarios, por los titulares de los derechos de aprovechamiento, sin intervención de agencia estatal alguna y concurriendo a los gastos que esto significa solamente los miembros de cada una de esas organizaciones.

La creación de ellas es consecuencia del concepto de Comunidad que se constató cuando históricamente comenzó a ser necesario la existencia de un reparto organizado. Se apreció que existe una masa de agua de caudal variable, según las horas del día y los meses del año, respecto de la cual dos o más, muchos en realidad, tienen derechos sobre ella, cada uno en su cuota. Sobre la base de ese concepto se dio lugar a estas organizaciones que comenzaron de manera incipiente y se han ido perfeccionando en el tiempo. No es del caso, para esta exposición entrar a lo de esta última parte del asunto, lo que importa es constatar que es el concepto de comunidad, propio del Derecho Civil, el que ha dado lugar a ellas. Importa destacar, por ejemplo que si no hay voluntad unánime para organizar una Comunidad de Aguas ello puede hacerse de manera forzada, recurriendo a los tribunales ordinarios, los cuales realizan el trabajo de constatar la existencia de la comunidad y es esa declaración parte esencial de su sentencia. La otra parte consiste en determinar la cuota que cada comunero tiene en la masa de agua común, y si no hay acuerdo abre un término probatorio al efecto para resolver.

Las pautas para administrar la comunidad que establece el Código Civil son insuficientes, por lo de la unanimidad para proceder y por las dificultades de cobros de cuotas y para resolver conflictos; de manera que mediante la ley, que es lo que contempla el Código de Aguas, ese faltante se completó estructurando una organización, y facultándola para cortes de agua, configurar título ejecutivo, resolver conflictos con arbitraje forzoso y modificar el rol de usuarios adaptándolo permanentemente a las nuevas realidades, y otros asuntos de importancia. Sin embargo, todo ello en nada altera lo esencial sobre lo que ya dimos cuenta: el concepto de comunidad. Las Asociaciones de

Canalistas en lo no normado en el Código de Aguas se rigen por las Corporaciones del Código Civil. Otra vez, es el derecho común el que impera.

7.- Operaciones que se pueden hacer con el derecho de aprovechamiento. La vida del derecho de aprovechamiento se realiza, se ampara o protege por la Constitución Política, el Código Civil y también el Código Penal; una vez que se perfecciona el “acto de autoridad” que genera, que crea el derecho de aprovechamiento, éste se desenvuelve bajo las normas del derecho de propiedad. La Dirección General de Aguas se desprende de lo que ha creado y no tiene atribuciones para alterarlo, se produce al respecto un completo desasimio.

Ese derecho se puede transferir al precio que libremente se pacte, se transmite, forma parte del patrimonio de una persona o del activo de una empresa, se puede dar en hipotecas separado de la industria, campo o mina en la cual se empleen las aguas pertinentes, y se pueden constituir derechos reales sobre él y todas esas operaciones están tuteladas exclusivamente por el derecho común.

La posesión del derecho de aprovechamiento se tiene por la competente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, y se aplica al caso, también en su integridad, las normas de la posesión inscrita, como asimismo, por ejemplo, la acción de dominio que contempla el Código Civil; asunto de sumo interés porque por consecuencia de errores que se comenten está siendo cada vez más necesario recurrir de reivindicación para recuperar parte o el total de la posesión inscrita de un derecho de aprovechamiento. Asimismo en esta materia los Conservadores de Bienes Raíces están obligados a someterse a las normas del Reglamento Conservatorio de 1857, salvo en lo que explícitamente el Código de Aguas regula, de tal manera que, por ejemplo, se pueden realizar respecto de las inscripciones de derechos de aguas las subinscripciones a que se refiere el artículo 88 de ese Reglamento.

8.- Los derrames. Otro asunto en el cual el Derecho Civil ha aportado la solución es en lo tocante a los excedentes de agua después de

empleadas por el que tiene derecho de aprovechamiento, las que deben conducirse ordenadamente para no producir perjuicios a otros predios y discernirse qué ocurre con ellas; es el caso de los derrames. Si el que produce excedentes los abandona, las aguas pertinentes pasan a ser res derelicta y los que están más abajo, por donde ellas transcurren, pueden hacer legítimamente uso exclusivo de ellas. El Código de Aguas lo confirma. Esas aguas recuperan el carácter de uso público si se confunden con las de un cauce natural.

9.- Uso público concepto jurídico independiente de criterios económicos y siempre válido cualquiera sea la doctrina económica que rijan. A propósito de uso público es conveniente, tal vez indispensable, detenernos en ese término porque es el atributo que usa la ley cuando cataloga las aguas terrestres como bienes nacionales, tanto el Código Civil (Art. 595) como el Código de Aguas (Art. 6). Sabemos que el término “uso público” significa que todos los habitantes de la nación pueden hacer uso de la cosa de que se trata como las calles, plazas, etc. (Art. 589 inc. 2º C.C.) cumpliendo los reglamentos de policía pertinentes para que se respete lo esencial de ese concepto, esto es que ningún habitante puede hacer de la cosa un uso exclusivo y excluyente de terceros, sino que transitoriamente, para dar lugar a que otro también lo use; por ende si se trata de las aguas el uso a realizar con esa característica solamente puede efectuarse cuando ellas están en la fuente natural, como pesca artesanal, nadar, navegar, etc. Sin embargo por desatender la definición que la ley otorga a la frase “uso público”, muchos pretenden sacar de ella conclusiones que no dicen relación con el concepto, se lo utiliza como palanca para concluir que el agua debe asignarse por el poder central, lo que es un error. Las aguas son necesarias para la vida en la medida que se usan para la economía; sin agua no hay actividad económica posible y las actividades económicas requieren emplear el agua en forma exclusiva y excluyente de otros, en caso contrario ningún sentido tendría construir bocatomas y canales para conducir las si todos los habitantes de la nación pueden hacer uso del agua extraída y mientras se conduce. Con el derecho de aprovechamiento las aguas que se extraen de la fuente natural son

desafectadas de su carácter de uso público, y eso ocurre ya sea que el que las extraiga y conduzca sea una empresa estatal o bien un humilde parcelero. Existen proyectos de ley en el Congreso Nacional que fundados en el término “uso público” propician modificaciones legales referidas al régimen de asignación del recurso, término esencialmente económico que nada tiene que hacer con el significado de esa frase según la ley. La confusión existente se debe única y exclusivamente a ese curioso afán de evitar la aplicación o la ilustración que aporta el derecho común.

10.- No perder de vista el verdadero problema. Abstraerse de la fuerza obligatoria del derecho común en materia de aguas, ha originado problemas de variados aspectos, no solo los relativos a la desazón al constatar la libertad de emprender conculcada cuando se deniegan derechos de aprovechamiento u otros asuntos con el fundamento del perjuicio a terceros sin que efectivamente se haya acreditado cuál es el daño y quiénes lo sufren. Lo mismo ocurre cuando se fuerza a los particulares a que inicien juicios contra alguien, sin tener necesidad jurídica alguna para ello, y sólo por el afán de poner en marcha un catastro de aguas mal concebido, que empuja a incorporar en los títulos existentes características de los derechos de aprovechamiento sin necesidad jurídica para ello, y sin que se haya promovido cuestión sobre el asunto, llegando esta situación forzada al extremo que los empujados a ella demandan a la DGA, la cual no tiene legitimación pasiva, no se defiende, no contesta, pero evacúa informes que el mismo tribunal le solicita. En ocasiones lo que se agrega al título es indebido afectando la propiedad de terceros, respecto de los cuales esa sentencia les es inoponible. La claridad jurídica se nubla. Si ello continúa ocurrirá lo que tantas veces pasa, se pierde de vista el origen del problema y se legisla produciendo cambios indebidos que demoran la paz social y el progreso nacional.

11.- Aguas subterráneas. En materia de aguas subterráneas ocurre el mismo fenómeno. La disponibilidad de ellas está tratada explícitamente en la ley y de manera diferente que para las aguas superficiales; como

no se ven y no se sabe cuántas hay ni se conocen las características del acuífero, se busca conocerlas mientras el embalse subterráneo se explota, estableciéndose como límites para nuevas explotaciones el perjuicio a terceros identificado como el derecho civil manda y reconociendo el abuso del derecho cuando corresponda. No aplicar la ley, en este caso el derecho común, ha significado que nadie crea hoy que los acuíferos estén verdaderamente afectados por las explotaciones existentes, en términos tales que hay embalses subterráneos en los cuales más del 50% de los pozos en uso no tienen derechos de aprovechamiento desde hace ya largos años.

12.- No se requieren tribunales especiales ni modificaciones esenciales de ley, sino aplicar correctamente la existente. Al inicio de esta exposición, al final del número 2, anunciamos que en materia de aguas terrestres ya ha nacido la corriente de opinión que propicia tribunales especiales; como ocurre tantas veces se lanzan propuestas sin que se describa con nitidez las razones, el por qué de los cambios, las sugerencias se producen por la existencia de un malestar que se comunica voz a voz, va creciendo y se extiende. Entonces se busca soluciones modificando lo existente sin reparar que la causa del mal ha sido la no aplicación de la ley. ¿Por qué tribunales especiales?, ¿por qué más leyes? El problema principal ya lo hemos descrito y no es del caso detenernos otra vez; si sin miedo aplicáramos la norma correcta, que como he expresado básicamente son las del Código Civil relativas a perjuicios, propiedad, posesión inscrita, comunidad, corporaciones de derecho privado, etc., no habría tribulación ni duda alguna que los tribunales ordinarios de justicia son los correctamente indicados para aplicarlas. Por parte de la Dirección General de Aguas se han emitido numerosos informes en los cuales se dice que ese organismo es el que tiene la competencia exclusiva para analizar y resolver sobre disponibilidad de aguas y otros asuntos. Es importantísimo detenernos un poco sobre eso. Ella tiene la competencia jurídica para resolver las materias que se le encargan, pero no puede resolver a su arbitrio ni con criterios subjetivos, su deber es resolver con los criterios objetivos que la ley le encomienda, es por eso que el Código de Aguas encarga a las

Cortes la obligación de corregir los errores en que la DGA pueda incurrir. La ingeniería hidráulica, la geología, la geografía, ni el derecho son patrimonios intelectuales exclusivos de la DGA. El agua no es un mundo separado como para que a su respecto existan leyes independientes del todo de la República; identificar un daño en esta materia requiere los mismos razonamientos que para tantos otros asuntos, como respecto de aeropuertos y aviones, puertos y naves, seguros, hospitales, quirófanos, etc. Propiciar tribunales especiales comprende decir que los tribunales ordinarios no están capacitados para resolver esas materias, razonamiento equivocado porque son precisamente los tribunales ordinarios de justicia, los encargados de exigir se aplique el rigor de la ley.

Tampoco se requiere modificaciones legales esenciales, considérese que en cada minuto de cada día se reparten todas las aguas del país en silencio, sin alborotos, y reasignándose con éxito para nuevos usos acordes con los tiempos, y todo amparado por el derecho civil y algunas normas del Código de Aguas.

Talca, 30 de noviembre de 2012.

Luis Simón Figueroa del Río