

# DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE REGULARIZACION DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS CONFORME AL ARTICULO 2° TRANSITORIO DEL CODIGO DE AGUAS

CHRISTIAN NEUMANN MANIEU<sup>1</sup>

Abogado

## SUMARIO

I. PRESENTACIÓN; II. *Del objeto del procedimiento de regularización del artículo 2° transitorio del Código de Aguas*; III. *Análisis sinóptico del artículo 2° transitorio del Código de Aguas*; IV. *De la interpretación de los elementos del artículo 2° transitorio del Código de Aguas*; V. *De la competencia de la Dirección General de Aguas*; VI. *Análisis de algunos casos y situaciones en particular*; VII. *De la competencia de los Tribunales de Justicia*; y, VIII. *Conclusiones*.

### I. PRESENTACIÓN

En los últimos años la Dirección General de Aguas ha experimentado un ingreso sostenido de solicitudes de regularización<sup>2</sup> de derecho de

aprovechamiento<sup>3</sup> de aguas fundadas al tenor de lo establecido en el artículo 2° transitorio<sup>4</sup> del Código de Aguas.

<sup>1</sup> Actualmente se desempeña como Director Regional de Aguas de la Quinta Región de Valparaíso. Candidato a Magíster en Derecho de Aguas del Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama.

<sup>2</sup> Cabe precisar que en nuestra opinión para obtener tal reconocimiento el Código de Aguas contempla por una parte un procedimiento general y ordinario para todo tipo de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas que se encuentra reglado en los artículos 177 y siguientes, y, por otra, tres procedimientos especiales y excepcionales para esa misma finalidad que establecen y norman respectivamente los artículos 1°, 2° y 5° transitorios de ese mismo cuerpo legal.

Por esta razón, en particular, es que titulamos este trabajo como "...procedimiento especial de regularización...". Es más, algunos avistan que el procedimiento de constitución judicial de una organización de usuarios de aguas, como lo es el caso de una comunidad de aguas, de que tratan los artículos 188 y siguientes del Código de Aguas, podría ser otro especial procedimiento para

reconocer derechos de aguas, básicamente fundado en el tenor del artículo 189 en concordancia con el artículo 197, y de lo prescrito en los artículos 194 y 195, de ese mismo cuerpo legal. Incluso, además, se sostiene que también sería posible obtener el referido reconocimiento a través del procedimiento de la formación de roles provisionales de usuarios por la Dirección General de Aguas que tratan los artículos 164 y siguientes del Código de Aguas, en especial, en virtud de lo establecido en los artículos 165 inciso final, 167, 168 y 169 de ese mismo cuerpo legal.

<sup>3</sup> Con dicha presentación se inicia uno de los procedimientos especiales que permite obtener el reconocimiento de un derecho de aguas sobre el cual el inciso final del N° 24, del artículo 19 de la Constitución Política de 1980, reconoce y garantiza un derecho de propiedad.

<sup>4</sup> Este artículo transitorio establece que: "Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este Código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes:

Esta afirmación en principio no tendría un halo de inquietud o de peligro, pues precisamente con dicha conducta no se estaría más que ejerciendo un derecho por sus legítimos titulares y haciendo realidad el espíritu que tuvo en vista el legislador al establecer este tipo de procedimiento. Pero la verdad sea dicha: en la fuerza de los hechos, algunas solicitudes presentadas al amparo del procedimiento en análisis no serían del todo legítimas como se pudiera esperar.

Por otra parte, al no existir un texto que contenga la historia fidedigna del establecimiento de las normas del Código de Aguas no hay más que respecto de esta institución la interpretación administrativa, la judicial y la dogmática que se ha desarrollado a la luz del caso a caso desde su vigencia.

En cuanto a la interpretación administrativa<sup>5</sup>, debemos precisar que ella ha jugado un papel fundamental para determinar el sentido y alcance tanto del procedimiento como de las normas que lo rigen, la que ha sido plasmada en particular en los informes y oficios que se han evacuado a los tribunales de justicia de acuerdo al tenor de las disposiciones legales respectivas. No obstante lo anterior, resulta

- a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;
- b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1º, del Título I del Libro II de este Código;
- c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y
- d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este Código.

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural".

<sup>5</sup> Pertinente es señalar que resulta más relevante en número y materias la jurisprudencia que emana de la propia Dirección General de Aguas que aquella de la Contraloría General de la República, es más, esta última se ha dictado generalmente con ocasión del control de legalidad -a través de la sanción denominada toma de razón- de los actos administrativos dictados por ese Servicio en los procedimientos de constitución originaria de derecho de aprovechamiento de aguas que en especial sobre este procedimiento.

indispensable destacar que la Dirección General de Aguas en su calidad de Organismo rector competente ha dictado una nueva instrucción<sup>6</sup> respecto del procedimiento de regularización del artículo 2º transitorio del Código de Aguas<sup>7</sup> en atención a que estimó indispensable dar orientaciones e instrucciones sobre diversos aspectos que se relacionan con esta institución de reconocimiento de derecho de aguas<sup>8</sup>.

Por su parte, la interpretación judicial lamentablemente ha quedado sometida a la restricción interpretativa que establece el tenor del inciso final del artículo 3º del Código Civil, siendo escasa su recopilación<sup>9</sup> y difusión<sup>10</sup>, y, en cuanto a las opiniones de los autores nacionales, ellas se encuentran dispersas, salvo la

<sup>6</sup> Estas instrucciones se encuentran contenidas en la Minuta N° 165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas según su Oficio DGA N° 725, de 5 de noviembre de 1999. En cuanto a las anteriores instrucciones, estas se encuentran contenidas en el Oficio DGA N° 591, de julio de 1983.

<sup>7</sup> No obstante que la Dirección General de Aguas mediante el Oficio N° 223, de fecha 22 de marzo de 1996, del Director General de Aguas al Señor Presidente de la Excm. Corte Suprema, solicitó que esa Excm. Corte dictara "...instrucciones de carácter y aplicación general para todos los tribunales del país, con el objeto de obtener una debida interpretación y aplicación de esta norma transitoria del Código de Aguas, en lo que dice relación con el conocimiento y fallo de este tipo de procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas", tal presentación solo motivó como resolución una recomendación del Pleno de dicho Máximo Tribunal en el sentido de disponer que se "oficiase a todas las Cortes de Apelaciones del país, para que estas pongan en conocimiento de todos los jueces que ejerzan jurisdicción en lo civil de sus respectivos territorios jurisdiccionales, del oficio dirigido a esta Corte Suprema por el Director General de Aguas, para que lo tengan presente, si lo estiman del caso, al hacer uso de sus facultades".

<sup>8</sup> Respecto del procedimiento de regularización del artículo 1º transitorio del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas a través del Oficio DGA N° 626, de fecha 18 de agosto de 1995, procedió a aclarar su sentido y alcance (Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, pp. 301-304).

<sup>9</sup> Consultar "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena: Código de Aguas". (Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1997). pp. 161 - 165.

<sup>10</sup> En todo caso, deben resaltarse los comentarios contenidos en diversos números del Informe Constitucional, de la oficina de abogados Guillermo Bruna C., Raúl Bertelsen R., Waldo Ortúzar L., y otros, y, en especial, los que se consignan en los diversos volúmenes de la Revista de Derecho de Aguas del Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama, los cuales algunos se citan en este trabajo.

relativa sistematización efectuada por algunos<sup>11</sup> de ellos.

Con el propósito de colaborar<sup>12</sup> con la información y estudio de este procedimiento, hemos estimado necesario consignar sistemáticamente algunas consideraciones<sup>13</sup> respecto de este tipo de regularización de derecho de aguas, a fin de aportar en su conocimiento y debida aplicación tanto para la citada repartición pública, como de los propios interesados, abogados, tribunales de justicia, por una parte, y, por otra, de generar un documento de discusión que lleve en su oportunidad, si existe mérito, a realizar los perfeccionamientos o modificaciones legales que permitan su absoluta sujeción al actual Estado de Derecho o su derogación, si procediere.

Finalmente, cabe tener presente que el fundamento de este procedimiento y por tanto de su normativa radica en lo preceptuado tanto en el artículo 7<sup>14</sup> del Decreto Ley N° 2.603, de 1977, como de lo prescrito en el artículo 19 N° 24, inciso final, de la Constitución Política<sup>15</sup>; de ma-

nera que su análisis debe ser efectuado en función de dicha institucionalidad, como en particular del Código de Aguas y complementariamente del derecho común, tanto de fondo como procedimentales.

## II. DEL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN DEL ARTÍCULO 2° TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS:

El derecho de aprovechamiento de aguas es un bien incorporal<sup>16</sup> y en virtud de esa naturaleza cualquier persona tiene la libertad para adquirir su dominio<sup>17</sup> como ser titular del amparo constitucional del derecho de propiedad sobre el mismo<sup>18</sup>, sea este derecho constituido o reconocido<sup>19</sup>, en cuanto estas garantías<sup>20</sup> se insertan dentro del denominado Orden Público Económico como derechos fundamentales<sup>21</sup>

<sup>11</sup> En ese sentido consultar en Vergara Blanco, Alejandro: *Derecho de Aguas* (Editorial Jurídica de Chile, 1998., Tomo II, pp. 339 - 350), y en Agurto Tapia, Patricio: *Adquisición originaria de los derechos de aprovechamiento de aguas en obras de riego Fiscal, bajo la normativa legal vigente desde 1981. Inaplicabilidad del artículo 2° transitorio del Código de Aguas* y *Algunos errores y deficiencias del actual Código de Aguas* (Actas de la Tercera Convención Nacional de Regantes, organizada por la Confederación de Canalistas de Chile).

<sup>12</sup> Las opiniones del autor no representan en caso alguno el parecer oficial del Servicio Público en donde presta sus servicios. En ese entendido, las referencias al parecer de la Dirección General de Aguas se expresan y se citan clara y definitivamente en este trabajo.

<sup>13</sup> El autor deja expresa constancia de la desinteresada colaboración prestada por los integrantes del equipo técnico de la Oficina de la Dirección General de Aguas de la Quinta Región de Valparaíso, tanto en el análisis como con sus observaciones a las opiniones que se han vertido y sostenido en este documento por el suscrito.

<sup>14</sup> Somos de la opinión que encontrándose acreditados los respectivos presupuestos de hecho y sin perjuicio de los restantes antecedentes que puedan derivarse de otros medios de prueba, para los efectos del recurso de protección y dentro de su ámbito propio de aplicación, en cuando a esta norma, debe considerarse al recurrente dueño del derecho de aprovechamiento de aguas.

<sup>15</sup> Respecto del estatuto legal y constitucional de los derechos susceptibles de ser regularizados como de los denominados usos consuetudinarios de aguas, consultar en Vergara Blanco, Alejandro: *Derecho de Aguas* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, diciembre de 1998), tomo II, pp. 329.

<sup>16</sup> Tener presente lo establecido en los artículos 565, 576 y 577 del Código Civil, y 6 del Código de Aguas.

<sup>17</sup> En este sentido ver artículo 19 N°s 14 y 23 de la Constitución Política de la República de 1980.

<sup>18</sup> Consultar artículos 19 N° 24 y 20 de la Constitución Política de la República de 1980. En cuanto al amparo legal de los derechos de aprovechamiento de aguas, ver lo establecido en los artículos 181 y siguientes del Código de Aguas como en el artículo 23, de la Resolución DGA N° 186, de 1996, que estableció *Normas sobre Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas*. En cuanto a jurisprudencia, consultar *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena: Código de Aguas* (Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1997). pp. 119 - 121.

<sup>19</sup> A partir de distinguir entre derecho de aprovechamiento de aguas constituido de derecho de aguas reconocido, Vergara Blanco, Alejandro: *Derecho de Aguas* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, diciembre de 1998), tomo II, pp. 307-367, realiza un interesante estudio acerca del *"Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas, en especial de su regularización y catastro"*, en el cual trata sistémicamente algunas reflexiones acerca de las regularizaciones de los derechos de aprovechamiento.

<sup>20</sup> En relación a la necesaria y racional armonía que debe existir entre la libertad para adquirir el dominio de un derecho de aprovechamiento de aguas como el dominio que se tiene sobre él, esto es, el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad dentro de nuestro ordenamiento legal, consultar sentencias de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones de Antofagasta, recaída en causa sobre recurso de protección. (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. III, 1992, pp 364.)

<sup>21</sup> Ver dicotomía entre libertades públicas (derechos públicos subjetivos) y potestades públicas a que da lugar el Orden Público Económico, en Vergara Blanco, Alejandro: *El orden público económico-minero y la superposición de concesiones*. (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II, 1991. pp 81-86.)

que la referida Carta Constitucional expresamente reconoce y protege a toda persona.

Concordante con lo anterior, dentro de la institucionalidad del país existe en relación con la materia en análisis una legislación de fondo –que al igual que la Constitución, todo órgano del Estado<sup>22</sup> como los particulares<sup>23</sup>, están obligados a respetar y acatar– la que se encuentra contenida en el Código de Aguas, ordenamiento legal que se inserta dentro de la normativa que en la forma y en el fondo posibilita las citadas garantías constitucionales y dicho Orden Público Económico.

En relación con la regularización de un derecho de aprovechamiento es deber de toda autoridad competente velar por el Orden Público Económico que se materializa en la circunstancia de garantizar a todos los agentes económicos que actúan en el mercado, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la posibilidad de obtener su reconocimiento legal con estricto apego a la Constitución y a la ley<sup>24</sup>,

teniendo presente que las respectivas solicitudes constituyen una manifestación expresa de la garantía constitucional del derecho a petición<sup>25</sup>.

En otro orden de ideas, cabe destacar que el actual Código de Aguas no establece como un requisito ni de la solicitud ni de la resolución administrativa que constituye originariamente un derecho de aprovechamiento de aguas, que el derecho real de aprovechamiento que se crea se encuentre o deba estar asociado a un uso, a una actividad, a un proyecto o a una inversión determinada, así tampoco, en nuestra opinión, el derecho de aguas que se regulariza se encuentra en dicha circunstancia, razón por la cual cabe inferir que en caso alguno la autoridad competente<sup>26</sup> sea al momento de informar o de pronunciarse en definitiva sobre la respectiva petición, puede eventualmente exigir el cumplimiento de dicho requisito, pues con esa conducta podría conculcar o amenazar alguna garantía constitucional del interesado, o afectar o infringir alguna disposición contenida en algún ordenamiento legal de fondo<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Esto es, por observancia del Principio de Legalidad establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

<sup>23</sup> En ese mismo orden de ideas, cabe destacar que los preceptos de la Constitución obligan, asimismo, a toda persona, institución o grupo, sin perjuicio del reconocimiento y amparo de ellos y la protección de su adecuada autonomía para que puedan cumplir sus propios fines específicos, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 6, en concordancia con lo prescrito en el inciso 3° del artículo 11, ambos de la actual Constitución Política.

<sup>24</sup> La ley N° 19.253, de 5 de octubre de 1993, que estableció “Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, dispone en su artículo 21 letra c) la creación de un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas para financiar la constitución, regularización o compra de derecho de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso. Asimismo, este cuerpo legal, en su artículo 64, que forma parte del Párrafo 2° del Título VIII, denominado “Disposiciones Particulares Complementarias para Aymaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del País”, establece que “Se deben proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten de las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”.

Cabe hacer presente que este estatuto legal tiene gran impacto no tan solo respecto del procedimiento de constitución originaria de derecho de aprovechamiento de aguas, sino que en aquellos que pretenden ser regularizados, sin perjuicio de lo que se puede sostener respecto de las garantías de igualdad ante la ley, de derecho de propiedad y no afectación en la esencia respecto de los derechos de aguas cuyos titulares no pertenecen a estas comunidades indígenas.

<sup>25</sup> Consultar en ese sentido lo establecido en el N° 14, del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

<sup>26</sup> Respecto del procedimiento de regularización contemplado en el artículo primero transitorio del Código de Aguas, el Conservador de Bienes Raíces respectivo y los Tribunales de Justicia, en su caso; en cuanto al procedimiento establecido en el artículo segundo de ese mismo ordenamiento, la Dirección General de Aguas, Organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas en la fase administrativa, como de los tribunales de justicia, en la fase judicial de ese procedimiento, y, finalmente, respecto del procedimiento a que se refiere el artículo quinto transitorio de ese mismo Código, el Servicio Agrícola y Ganadero.

<sup>27</sup> Esto se encuentra en directa relación con la observancia de los requisitos de no causar perjuicio a tercero y a que la solicitud respectiva sea legalmente procedente. Evidentemente, esta interpretación es discutible, pero las normas de la Constitución deben ser interpretadas de la manera más acorde, armónica y sistemática a los principios que la inspiran y a las instituciones que establece y garantiza, lo cual, en nuestra opinión, justifica plenamente y conforme a derecho dicho sentido y alcance. En ese mismo sentido, tener presente respecto de la autoridad administrativa competente las normas de la Ley N° 18.575, de 5 de di-

Ahora bien, dentro del referido marco constitucional y legal resulta pertinente dejar constancia que el derecho de aprovechamiento de aguas se puede adquirir entre otros modos, por acto administrativo de la autoridad correspondiente<sup>28</sup>, por el solo ministerio de la ley, por sentencia judicial ejecutoriada que declare la prescripción adquisitiva, por tradición, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 21 y 129 del Código de Aguas y en el artículo 19 N<sup>os</sup> 23 y 24, inciso final, de la Constitución Política de la República.

En cuanto al modo de adquirir tradición del derecho de aprovechamiento se hace necesario distinguir entre aquellos que están inscritos de aquellos que no lo están en el correspondiente Registro del Conservador de Bienes Raíces competente.

Así, respecto del derecho de aprovechamiento inscrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del Código de Aguas, su tradición se efectuará por inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces<sup>29</sup>.

---

ciembre de 1986, denominada Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y las especiales, de la Ley N<sup>o</sup> 18.834, de 23 de septiembre de 1989, denominada "Estatuto Administrativo".

<sup>28</sup> En relación a que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es un derecho real que se constituye originariamente por un acto de autoridad, conforme al procedimiento establecido en el Código de Aguas, que culmina con la Resolución constitutiva del derecho, inscrita en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, pertinente es dejar constancia de que antes de dictarse el acto administrativo constitutivo del derecho de aguas, de reducirse este a escritura pública e inscribirse en el competente registro, el derecho de aprovechamiento no ha nacido al mundo jurídico, pues emerge, originariamente, en virtud de la mencionada resolución y su competente inscripción, esto es, que mientras tal derecho de aprovechamiento no se constituya de acuerdo a las normas establecidas en la ley, tal derecho no existe, por lo demás, tal como lo declaró en los considerandos séptimo y octavo de la sentencia de fecha 13 de octubre de 1997, dictada por el Tribunal Constitucional de Chile, en los autos rol N<sup>o</sup> 260, referidos al requerimiento de inconstitucionalidad formulado por 30 diputados, de los algunos preceptos del proyecto de modificación del Código de Aguas de 1981.

<sup>29</sup> Reafirmando esta opinión, "la posesión del derecho de aprovechamiento de aguas constituidos en forma originaria se adquiere por la competente inscripción y el poseedor se presume dueño de la cosa que posee", consultar en ese sentido la sentencia del 30<sup>o</sup> Juzgado Civil de Santiago de fecha 28 de octubre de 1991, recaída en causa sobre tercería de dominio (Revista de Derecho de Aguas Vol. V, 1994, pp 185 - 191). Tener presente, además, lo establecido en los artículos 20, 21, 112, 117, 121 y 129 del Código de Aguas.

Esta norma debe ser relacionada con las contenidas en los artículos 21, 113, 114 N<sup>o</sup> 5, 121 y 317, del Código de Aguas, y artículo 19 N<sup>os</sup> 24 y 26 de la Carta Constitucional vigente.

En cambio, si el derecho de aprovechamiento de aguas es de aquellos que no están inscritos, previo a su inscripción<sup>30</sup> deberá este regularizarse ya sea a través de los procedimientos especiales establecidos en los artículos 1<sup>o</sup> o 2<sup>o</sup> o 5<sup>o</sup> transitorios del Código de Aguas, según corresponda, u obtener sentencia favorable a través del procedimiento judicial establecido en los artículos 177 y siguientes del mismo ordenamiento legal, que declare su existencia o constitución, como lo sería a vía de ejemplo, la adquisición por prescripción de un determinado derecho<sup>31</sup>. Estas normas deben relacionarse con lo preceptuado en los artículos 21, 113, 114 N<sup>o</sup> 7 y 317, del Código de Aguas y artículo 19 N<sup>os</sup> 23, 24, inciso final, y 26 de la Constitución Política de la República.

En cuanto al procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas es del caso precisar que él está sustentado en que el uso o aprovechamiento de las aguas debe cumplir con ciertos requisitos que permiten revestirlo de legitimidad y reconocimiento pleno que lo constituye en un derecho de aprovechamiento de aguas que en principio no ha nacido al mundo jurídico a partir de un acto originario de autoridad, es decir, se trata de usos que de facto, primero, y luego, por su formalización y registro en un Catastro Público de acuerdo al procedimiento<sup>32</sup> que establece la ley, se han transformado jurídicamente en un derecho.

---

<sup>30</sup> Esta que ya no será el modo de adquirir el derecho de aprovechamiento, sino registro e historia del mismo.

<sup>31</sup> En opinión en contra, respecto del procedimiento para declarar la prescripción adquisitiva de un derecho de aprovechamiento a través del procedimiento sumario, sino a través de uno de lato conocimiento, consultar sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 4 de junio de 1992, recaída en causa sobre recurso de reclamación (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. III, 1992, pp. 348).

<sup>32</sup> En cuanto al procedimiento de regularización de derecho de aguas que establece el actual Código de Aguas, es pertinente tener presente que el "artículo 1<sup>o</sup> transitorio del Código de Aguas tiende a mantener la historia de la posesión y propiedad de derecho de aprovechamiento alguna vez inscritos; el artículo 2<sup>o</sup> transitorio del mismo Código permite la formalización de un derecho adquirido por prescripción, incluso contra título inscrito y formalización de derechos no inscritos, o que se extraen individualmente de una fuente natural; y, en fin, el artículo 5<sup>o</sup> transitorio tiende a establecer el contenido y a formalizarlo".

En fin, la regularización de este bien incorporal de carácter real, es el mecanismo por el cual se ajusta a las normas del actual derecho de aguas un derecho subsistente o existente creado en la fuerza de los hechos<sup>33</sup>, en las más de las veces sin el contenido, las características o elementos esenciales<sup>34</sup> de un derecho de aprovechamiento de aguas constituido a partir de un acto concesional con arreglo al vigente Derecho de Aguas; de manera que la regularización no es más que un procedimiento que persigue el reconocimiento de la existencia fáctica de un derecho, esto es, el incorporar este bien al actual régimen normativo del Derecho, incorporación que se traduce en "un reconocimiento de su existencia (no su constitución, pues ellos ya existen) con la finalidad de incluirlo en los registros correspondientes, facilitando su transferencia y transmisión de las titularidades, como su inventario y catastro"<sup>35</sup>, como contribuir a su certeza y resguardo frente a terceros, en especial, al escriturarlo en un documento que haga plenamente prueba de su existencia, de su titular, y de las demás consideraciones o especificidades<sup>36</sup>, que lo hacen un

bien incorporal determinado o determinable, y, por tanto, un bien del patrimonio de su titular y objeto legítimo<sup>37</sup> del mal denominado mercado de aguas<sup>38</sup> en nuestro país.

Finalmente, cabe resaltar que este procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas es de carácter excepcional, de manera que sus normas deben ser siempre interpretadas en sentido restringido y aplicadas ellas en los casos en que expresamente lo autoriza el legislador.

### III. ANÁLISIS SINÓPTICO DEL ARTÍCULO 2° TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS

Aparecen del examen de la norma en estudio aspectos relacionados con el procedimiento, con la solicitud y sus publicaciones, con las oposiciones y su resolución, como con el informe técnico y otras consideraciones, las que abordaremos a través de un estudio de sus aspectos más esenciales.

#### III.a. Del procedimiento

En relación con el procedimiento de regularización que se encuentra consagrado y reglamentado en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, resulta pertinente señalar que él es aplicable tanto a derechos de aprovechamiento

---

zar los derechos provenientes del proceso de la Reforma Agraria..." según Vergara Blanco, Alejandro "*Derecho de Aguas*" (Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, diciembre de 1998), tomo II, pp. 347.

<sup>33</sup> El Oficio N° 591, de julio de 1983, de la Dirección General de Aguas, por el cual se imparten instrucciones acerca de este procedimiento especial de regularización de derecho de aprovechamiento, a sus diversas dependencias, señala que esa norma "tiene por objeto regularizar situaciones de hecho que afectan a personas que se encuentran usando actualmente recurso de aguas".

<sup>34</sup> Tener presente en cuanto al perfeccionamiento de los títulos en que consten los derechos de aprovechamiento de aguas, lo establecido en los artículos 44 y siguientes del Reglamento del Catastro Público de Aguas (D.S. MOP N° 1.220, de 1997).

<sup>35</sup> Según lo entiende Vergara Blanco, Alejandro "*Derecho de Aguas*" (Editorial Jurídica de Chile, 1998, dos tomos). p 348, tomo II.

<sup>36</sup> Respecto de las especificaciones o, bien sea dicho, de las menciones del derecho de aprovechamiento regularizado, en la mayoría de los casos ellas no están acordes a las que rigen para los derechos nuevos que se crean al amparo del Código de Aguas de 1981. Para esos efectos resulta oportuno tener presente las presunciones establecidas en los artículos 309, 310, 311, 312 y 313 del Código de Aguas como lo establecido en los artículos 44, 45 y 46 del Reglamento del Catastro Público de Aguas, contenido en el Decreto Supremo MOP N° 1.220, de 30 de diciembre de 1997. Asimismo, tener presente, además, acerca del contenido y de las características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas en Vergara Blanco, Alejandro: "*Derecho de Aguas*" (Editorial Jurídica de Chile, 1998, dos tomos) tomo II, pp. 339 - 345.

<sup>37</sup> Lo que se transa son los derechos de aprovechamiento de aguas mas no, en nuestra opinión, las aguas, pues estas jamás son objeto del tráfico jurídico entre privados en cuanto forman parte del dominio público, esto es, dada su calidad legal de bienes nacionales de uso público en ellas se encuentran de manifiesto los principios de la inalienabilidad e imprescriptibilidad que de suyo hace ilegítimo su tráfico bajo las formas y normas del derecho común.

<sup>38</sup> Creemos que la denominación correcta a esta transferencia de bienes incorporales es libre transferibilidad de derechos de aprovechamiento de aguas, pues lo que efectivamente es objeto de la transaccibilidad, es la facultad de usar, gozar y disponer del derecho de aprovechamiento (potencia jurídica -facultad- que autoriza legítimamente a su titular para extraer un caudal de aguas superficiales o subterráneas, de una manera determinada, en un período y volumen determinado, en un punto cierto y prefijado, desde una fuente natural precisa), mas no de las aguas que jamás son objeto del tráfico jurídico entre privados en atención a su calidad de bienes nacionales de uso público, en cuanto no haya operado su previamente desafectación con arreglo a derecho.

inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas, como respecto de aquellos derechos de aprovechamiento no inscritos y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural<sup>39</sup>.

Ahora bien, este procedimiento está conformado por dos instancias consecuenciales y distintas, una primera, en sede administrativa ante la Dirección General de Aguas<sup>40</sup>, y, una segunda, ante el Juez de Letras en lo Civil competente.

En sede administrativa<sup>41</sup>, el procedimiento de regularización se tramita de acuerdo a los requisitos, forma, plazos y procedimientos que el propio artículo 2° transitorio prescribe, y, además, de acuerdo a las normas contenidas en el párrafo 1°, del Título I, del Libro II del Código de Aguas.

El procedimiento ante la Dirección General de Aguas se desarrolla entre la presentación de la solicitud y el momento en que la respectiva Oficina Regional de ese Servicio<sup>42</sup> remite la solicitud y todos los antecedentes, más la oposición, si la hubiese, y el correspondiente informe técnico, al Juez de Letras en lo Civil

competente<sup>43</sup>, momento procesal en el cual la tramitación de la solicitud se eleva a la instancia judicial correspondiente.

En sede judicial, el tribunal competente conocerá y fallará la solicitud de regularización de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas, esto es, de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, juicios en los cuales se podrá decretar de oficio la inspección personal del tribunal, el nombramiento de peritos y un nuevo informe de la Dirección General de Aguas<sup>44</sup>, entre otras diligencias probatorias.

Cabe destacar que agotada la instancia administrativa, en la cual no le corresponde a la Dirección General de Aguas emitir pronunciamiento definitivo sino su parecer técnico y legal<sup>45</sup>, los antecedentes deben ser elevados a la instancia judicial competente, que es precisamente la que debe abocarse al conocimiento y fallo de la solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, esto es, si procede o no acoger la solicitud y tener, por tanto, reconocido el derecho de aguas.

### III.b. De la solicitud de regularización de derecho

Respecto de la petición de regularización se pueden distinguir dos aspectos específicos: i) su contenido y ii) su lugar de presentación.

#### III.b.i. Del contenido de la solicitud:

Dado que el artículo 2° transitorio del Código de Aguas solo hace referencia a las nor-

<sup>39</sup> Respecto de lo que debe entenderse por "derechos de aprovechamiento que se extraen en forma individual de una fuente natural, debe tenerse presente que se trataría de aquellos derechos cuyas aguas se extraen "por canales propios y exclusivos desde un cauce natural, pero en el que no existe junta de vigilancia constituida que permitiera efectuar su inscripción en la forma prescrita en el artículo 115 del Código de Aguas". (Oficio de la Dirección General de Aguas N° 591, de julio de 1983, que imparte instrucciones acerca del artículo 2° transitorio del Código de Aguas.) Asimismo, sin perjuicio de lo anterior, resulta de interés relacionar este tipo de derecho de aprovechamiento con lo establecido en el artículo 115 del Código de Aguas.

<sup>40</sup> Cabe precisar que esa fase administrativa está radicada en la Oficina de este Servicio del lugar por aplicación de la norma del artículo 130 del Código de Aguas y por estar expresamente delegada su competencia en el Director Regional de Aguas según el mérito de la letra B-28 de la Resolución DGA N° 501, de fecha 26 de diciembre de 1989.

<sup>41</sup> Se entiende que esta instancia constituye en la práctica una revisión previa del Organismo Administrativo para someter la petición de regularización a la resolución de la justicia, según el mérito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 9 de marzo de 1995 (Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, p 258).

<sup>42</sup> Para mejor comprensión, según lo dispone el inciso primero del artículo 130 del Código de Aguas, "la Oficina de este Servicio del lugar".

<sup>43</sup> Para determinar la competencia del tribunal de Letras en lo Civil, debe estarse a si hay un solo Juzgado de Letras en lo Civil en la comuna o si existen varios con igual competencia en ella, o si se trata de un lugar de asiento de Corte, de acuerdo a lo establecido en los artículos 175 y 176 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>44</sup> De acuerdo a lo establecido en la letra B-17, de la Resolución DGA N° 501, de 28 de diciembre de 1989, la competencia para evacuar este tipo de informe está radicada en los Directores Regionales de la Dirección General de Aguas.

<sup>45</sup> Respecto del contenido de este informe existe discusión. Algunos piensan que este informe debe solamente contener una simple relación de hechos y circunstancias acerca de los requisitos, en cambio, otros que deben serlo tanto en el ámbito legal y técnico.

mas contenidas en el párrafo 1º, del Título I, del Libro II del Código de Aguas, esto es, aquellas que van de los artículos 130 a 139, ambos inclusive, no resulta procedente conforme a derecho que la solicitud respectiva deba cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 140 de ese mismo cuerpo legal<sup>46</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, aparece indispensable que la solicitud de regularización deberá contener los elementos o datos que permitan determinar el derecho de aprovechamiento de aguas que se está haciendo uso, esto es, si se trata de un derecho inscrito, no inscrito o que se extrae individualmente de una fuente natural. Además, en particular, debería indicar el nombre del álveo de las aguas que se desean aprovechar; su naturaleza, esto es, si son superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas; si el derecho a regularizar es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas; la cantidad de agua que se extrae y que constituye el caudal en volumen por unidad de tiempo del derecho; el o los puntos don-

de se ha captado el agua y el modo que se ha utilizado para extraerla; y, en el caso de un derecho de uso no consuntivo, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución.

A partir de lo precedentemente afirmado podría sostenerse que hay una aparente confusión. Ello no es tal, pues hemos señalado que a la solicitud de regularización no se le aplica la norma del artículo 140 del Código de Aguas porque él no forma parte de las normas a que se refiere el Párrafo 1º, del Título I, del Libro II, de dicho ordenamiento legal. En ese contexto, los requisitos de la solicitud a que se refiere el artículo 140 del Código en estudio solo rigen para aquellas solicitudes de constitución originaria de un derecho de aprovechamiento y que deben someterse tal cual por lo demás lo ordenan los artículos 20 y 23 del Código de Aguas, ante la Dirección General de Aguas.

Por otro lado, sostenemos que resulta indispensable que el peticionario individualice, determine o entregue datos, indicios o antecedentes que permitan identificar el derecho que se pretende regularizar. En ese contexto planteamos los requisitos que señalamos precedentemente, los cuales en parte se confunden con algunos que contiene el artículo 140 del Código de Aguas, pero no son todos. Así una solicitud de regularización nada dice acerca de la comuna o de la provincia, donde se encuentra ubicada la captación de las aguas subterráneas o las que recorren las aguas superficiales, respectivamente, o los demás antecedentes, como son la distancia entre el punto de restitución, desnivel, etc., por ejemplo.

No obstante lo expuesto, resulta recomendable que el peticionario de una regularización de derecho aguas se guíe o tenga como referencia los requisitos que contempla el artículo 140 del Código de Aguas, pues con ello no cabrían dudas que obtendría una mayor identificación o determinación del derecho efectivamente, restringiendo, incluso, el ámbito o tenor de las oposiciones, por ejemplo, o que se sostuviera que la solicitud o publicaciones de estilo afectan la acertada inteligencia de terceros, sin perjuicio de si lo estima pertinente el peticionario otorgar a su solicitud una forma con los requisitos que preceptúa el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

En conclusión, no aparece contradicho que debe individualizarse debidamente el derecho

---

Nuestra opinión es que tratándose de un informe que debe orientar debidamente al juez, es un informe que tiene muchas veces la fuerza de un perito, esto es, aquel que emana de quien tiene conocimientos especialísimos sobre la materia sobre el que versa, y, finalmente, porque compartimos la opinión de que en todas las cuestiones relacionadas con las aguas terrestres superficiales o subterráneas, que deben ser sometidas al conocimiento y resolución de los tribunales de justicia, debe constar el parecer técnico y la interpretación legal administrativa que a dicho respecto tenga la Dirección General de Aguas; lo anterior se funda en el vasto, genérico, e incluso, en la mayoría de los casos, particular conocimiento jurídico y técnico que posee ese Servicio en materia de aguas, en sus procesos hidrológicos, en su gestión y administración, en su conservación y protección, lo cual redundaría, además, en que en el proceso respectivo se dará efectiva garantía de un debido e informado proceso, lo que salvaguarda los derechos de las partes en él y contribuye decididamente a la función jurisdiccional de los tribunales de justicia con el debido respeto de las garantías constitucionales de las partes como lo son el debido e informado proceso, la no afectación de los derechos, entre otros.

<sup>46</sup> Incluso es más, los requisitos de forma de este tipo de solicitudes no son aquellos que se exigen para deducir la demanda judicial en los términos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 9 de marzo de 1995. Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, p 257), razón por la cual legítimo es inferir que no podría ser legalmente procedente deducir la excepción de ineptitud del libelo que establece el artículo 303 N° 4 de ese mismo Código procedimental.



de aguas que se pretende regularizar, quedando al arbitrio del peticionario el cómo hacerlo, pues el legislador no estableció normas de forma y fondo al respecto.

En otro orden de materias, naturalmente el peticionario indicará que el aprovechamiento de las aguas lo ha efectuado ininterrumpidamente, libre de clandestinidad y violencia, y sin reconocer dominio ajeno, sin aportar mayores antecedentes tanto que lo demuestren como que estén relacionados con las menciones anteriores que exija la naturaleza del derecho que se solicita regularizar, sin perjuicio de que estas materias son parte de la indagación administrativa y del conocimiento y fallo de los tribunales de justicia, en las fases respectivas que conforman este procedimiento, razón por la cual su mención no resulta inoficiosa pues el solicitante estaría alertando a terceros que al menos formalmente cumple con los requisitos de fondo y de procedencia de su solicitud.

En fin, resulta razonable que tanto la solicitud como las publicaciones de estilo den cuenta o contengan los datos que permitan a la autoridad competente como a los terceros interesados, determinar debidamente el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar, a fin de resguardar los bienes jurídicos comprometidos con dicha presentación, en especial, los demás derechos de aprovechamiento constituidos o que sean susceptibles de regularizar que pudieran eventualmente verse afectados con esta pretensión.

### *III.b.ii. Del lugar de presentación de la solicitud:*

De acuerdo a lo establecido en el artículo 130 del Código de Aguas, la solicitud de regularización debe presentarse ante la oficina de la Dirección General de Aguas del lugar<sup>47</sup>, o ante el Gobernador respectivo<sup>48</sup>, en virtud de lo

preceptuado en la b) del inciso primero del artículo 2° transitorio de ese mismo cuerpo legal.

Lo anterior se determinara según sea la provincia o la comuna, en su caso, donde se encuentre el punto de captación o ejercicio del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar, para lo cual resulta atendible tener presente lo establecido en el artículo 118 del Código de Aguas.

### **III.c. De las publicaciones legales de la solicitud**

El legislador de aguas en relación a dar a conocer o poner en conocimiento la solicitud de regularización a los terceros que pudieran eventualmente verse afectados con ella, esto es, la forma de notificación o medida de publicidad, dispuso que se debía efectuar en base a la publicación en ciertos y determinados diarios o periódicos, tal como por lo demás ocurre con una solicitud de constitución originaria de derecho de aprovechamiento de aguas.

Así, en cuanto a su número, dónde deben hacerse, su contenido y forma, esto es, íntegra o en extracto, las publicaciones de la solicitud de regularización deben someterse a las normas establecidas en el artículo 131 del Código de Aguas, en conformidad a lo dispuesto en la letra b) del inciso primero del artículo 2° transitorio de ese mismo cuerpo legal.

A partir de la correcta interpretación de la citada disposición legal, no debería existir duda razonable, es más, creemos que la jurisprudencia judicial y administrativa<sup>49</sup>, como de

<sup>47</sup> Tener presente a este respecto el tenor del Dictamen N° 872, de 13 de enero de 1993, de la Contraloría General de la República, sobre delegación de facultades y competencias de los Directores Regionales de este Servicio (Revista de Derecho de Aguas, Vol. V, p 206, 1994), y la letra B-28 de la Resolución DGA N° 501, de 1989.

<sup>48</sup> Respecto al lugar de presentación de la solicitud que se regla por el artículo 130 del Código de Aguas, debe tenerse presente que la Dirección General de Aguas tiene oficinas regionales y provinciales y que las gobernacio-

nes "son las autoridades de gobierno interior en las provincias. De ello se sigue que la competencia está fijada por la provincia, sentido en que debe entenderse lugar. En consecuencia, la presentación de estas solicitudes (de regularización) deben efectuarse ante la oficina de la Dirección General de Aguas de la provincia, si existe, o ante el gobernador correspondiente. La Oficina Regional solamente podrá recibir solicitudes relativas a la provincia en que tenga su asiento" (Oficio N° 591, de la Dirección General de Aguas de julio 1983). Agregamos, aunque dentro del radio urbano de una sola de las comunas de ella tenga su domicilio o asiento.

<sup>49</sup> Resulta pertinente tener presente el dictamen N° 950, de 11 de enero de 1995, de la Contraloría General de la República, en cuanto a las publicaciones en extracto y de los datos que deben contener a fin de no contravenir la acertada inteligencia de los terceros de que habla el artículo 131 del Código de Aguas, y que es plenamente aplicable a las solicitudes de regularización de derecho de aguas.

la propia Dirección General de Aguas, sirven para respaldar este sentido y alcance, como ilustrar a los peticionarios y al propio tribunal que ha de resolver la respectiva pretensión.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar en relación con esta medida de publicidad a terceros de esta especie de solicitud, lo previsto en el inciso primero del artículo 34 de la Ley N° 19.253, de 1993, esto es, que los Servicios de la Administración del Estado y los organismos de carácter territorial, cuando traten de materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley, lo cual es aún más relevante en el caso establecido para los aimaras, atacameños y demás comunidades indígenas del norte del país de acuerdo a lo prescrito en el artículo 64 de ese Cuerpo Legal.

En todo caso, es nuestra opinión que esta obligación<sup>50</sup> se cumple por la Dirección General de Aguas a lo menos haciendo uso de la facultad establecida en el inciso final del artículo 131<sup>51</sup> del Código de Aguas<sup>52</sup>, como de hacer

constar, en su oportunidad, la opinión de esas comunidades en el respectivo informe técnico, sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el tribunal correspondiente.

### III.d. De la presentación de oposición a la solicitud

De acuerdo a lo establecido en la letra c) del inciso primero del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, las oposiciones que se deduzcan en contra de una solicitud de regularización de derecho de aprovechamiento deberán efectuarse a través de una presentación que se sujetará a las reglas<sup>53</sup> señaladas en párrafo 1°, del Título 1° del Libro II del Código de Aguas, razón por la cual, en la especie, deberán estarse a la forma, plazo y trámites que dispone el artículo 132 de ese mismo cuerpo legal.

En ese entendido, los terceros que se sientan afectados con la solicitud de regularización deberán oponerse<sup>54</sup> dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la última publicación de la notificación a que se refiere el inciso final del artículo 131 del Código de Aguas, en su caso<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Esta es una carga legal y procesal de la Administración y no de los peticionarios, pues así se desprende de lo expresamente establecido en las normas de la Ley N° 19.253, de 1993. La publicidad de la petición tanto a los que se puedan sentir afectados con ella o no, se resguarda debidamente por los interesados con las publicaciones de prensa de estilo, en las cuales no se requiere ni precisa individualizar la persona y número de los afectados. En ese sentido consultar el considerando decimotercero de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 9 de marzo de 1995 (Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, p 258).

<sup>51</sup> Esta facultad es genérica, por lo cual ese Servicio puede siempre disponer la notificación personal de la solicitud de regularización cuando aparezca de manifiesto la individualidad de la o las personas afectadas con la presentación y el número de estos no haga dificultosa la medida. Al respecto cabe tener presentes las normas sobre notificación personal y por aviso que dispone el Código de Procedimiento Civil.

<sup>52</sup> En nuestro parecer, como consecuencia del ejercicio de esta facultad –obligación respecto de las comunidades indígenas– la Dirección General de Aguas debería ordenar expresamente por medio de una resolución se efectúe esta notificación, designado para estos efectos a un ministro de fe, tal como procede para los efectos del artículo 139 del Código de Aguas. En cuanto a los gastos que esta diligencia irroge, debe estarse a lo establecido en el artículo 135 de ese mismo Código.

No obstante lo anterior, aparece del examen de las resoluciones de delegación de funciones y atribuciones dictadas por el Director General de Aguas, que dicha facultad no se encuentra expresamente delegada en los

Directores Regionales de ese Servicio, razón por la cual resulta recomendable dictar el acto administrativo que así lo establezca a fin de agilizar dicha diligencia.

<sup>53</sup> Cabe tener presente que en la fase administrativa de este procedimiento, los opositores no requieren actuar bajo patrocinio de abogado ni conferir el mandato respectivo, salvo que por su propia voluntad así lo dispongan soberanamente.

<sup>54</sup> La presentación deberá efectuarse materialmente, sea en la Oficina de Partes de la Oficina del Servicio del lugar o de la Gobernación Provincial respectiva, según corresponda, y deberá contener, entre otros datos, la designación de un domicilio dentro del radio urbano donde la efectúa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 139 del Código de Aguas, norma que es absolutamente aplicable a este tipo de procedimiento como sus efectos.

<sup>55</sup> No debe confundirse el derecho de los terceros para oponerse en el trámite administrativo de este procedimiento con los derechos que el opositor tiene como sujeto de la relación procesal controvertida en el juicio sumario propiamente tal, pues no caben dudas que puede intervenir como parte en este aquellos que deduzcan oposición dentro del plazo legal como los que lo han hecho extemporáneamente en la etapa administrativa, ya que esta circunstancia no hace precluir el derecho de los afectados en la etapa judicial propiamente tal y, por tanto, a ser oídos y tenidos como parte, toda vez que en caso contrario, sería excluir del juicio a que se refiere el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas a los opositores extemporáneos, admitiendo que el proceso se llevaría sin legítimo contradictor o tercero afectado, y transformando este en un asunto de jurisdicción voluntaria,

Luego, dentro del quinto día de recibida la oposición, sea la Oficina del servicio del lugar o la gobernación, en su caso, debe dar traslado de ella al regularizador<sup>56</sup> (peticionario), para que este la responda dentro del plazo de 15 días.

En lo referido a quién puede deducir oposición a una solicitud de regularización, aparece claramente que todo aquel que se sienta afectado en sus derechos con dicha pretensión<sup>57</sup>, en especial, si dicho perjuicio está en directa relación con un derecho de aprovechamiento de aguas, sea constituido o reconocido o en trámite de ello. Aún más, podrá deducir la oposición aquel que tiene conocimiento de que la petición no se encuentra ajustada a derecho, esto es, que el aprovechamiento de las aguas no cumple con el uso ininterrumpido, a que este no lo es dentro del plazo legal ni se efectuaba a la entrada en vigencia del Código de Aguas, o no cumplía con los demás requisitos que establece la ley para dicho reconocimiento.

Incluso es más, podría ocurrir que aquel que tiene inscrito a su nombre el derecho de aprovechamiento de aguas que se pretende regularizar deduzca oposición, tal como por lo demás lo establecen los artículos 724, 728, 731, 2505, 716 en relación con el artículo 2510 regla tercera, todos del Código Civil.

Finalmente, de estas actuaciones<sup>58</sup> como de su mérito la Dirección General de Aguas deberá de-

jar constancia en el respectivo expediente administrativo<sup>59</sup> que se crea para ese efecto de acuerdo a las normas que a este respecto ha establecido dicho Servicio en el Manual correspondiente<sup>60</sup>.

### III.e. De las aclaraciones, inspecciones oculares e informes para mejor informar

En atención a que la letra b) del inciso primero del artículo 2° transitorio del Código de Aguas establece que la solicitud de regularización de un derecho de aguas se debe ajustar en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en las normas contenidas en los artículos 130 a 139 del Código de Aguas, resulta absolutamente procedente que la Dirección General de Aguas a través de su Oficina respectiva, luego de haberse vencido los plazos a que se refieren los artículos 133 y 134 del Cuerpo Legal citado, de oficio o a petición de parte (interesado u opositor), mediante resolución fundada, solicite las aclaraciones, decrete las inspecciones oculares y pida los informes correspondientes para mejor informar.

En efecto, en nuestra opinión, la citada norma transitoria faculta expresamente a la citada Repartición para que en el ejercicio de su competencia, que se desarrolla en la fase administrativa del procedimiento de regularización, pueda recopilar y obtener información<sup>61</sup> del solicitante como del opositor o de un tercero, con el objeto no de resolver en definitiva la solicitud sino de allegar todos los antecedentes o datos que permitan efectivamente mejor evacuar su informe al tribunal de justicia competente<sup>62</sup>.

---

con lo cual se contravendrían las normas constitucionales del debido proceso y la bilateralidad de la audiencia. (Considerando decimosexto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 9 de marzo de 1995. Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, p 260.)

<sup>56</sup> También el petionario se encuentra obligado a efectuar la designación de domicilio que establece el artículo 139 del Código de Aguas, como a soportar los efectos de su no designación.

<sup>57</sup> Resulta pertinente tener presente lo establecido en los artículos 17 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la pluralidad de acciones y partes en este procedimiento de regularización, en especial, en lo que respecta a su fase judicial.

<sup>58</sup> Resulta pertinente destacar que en el caso que no se deduzcan oposiciones a una solicitud de regularización, procede que la Oficina del servicio del lugar o la gobernación respectiva extiendan certificado por el cual se acredita el hecho de no haberse ellas deducido como que el plazo legal para ello se encuentra vencido. Al respecto cabe precisar que esa actuación solamente corresponde a la autoridad respectiva, esto es, ante quien competentemente se haya presentado la solicitud. En ese sentido consultar jurisprudencia N° 1, del artículo 132, del *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas* (2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p 90).

<sup>59</sup> Este expediente es identificado con una sigla que se desglosa en NR - N° de Región - Provincia- N° de ingreso correlativo, según el Manual de Procedimiento de la Dirección General de Aguas.

<sup>60</sup> El vigente Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos está aprobado por Resolución (exenta) DGA N° 1700, de 8 de julio de 1999.

<sup>61</sup> No caben dudas que en el caso de decretarse inspección ocular por ese Servicio deberá determinar la suma que el interesado deberá consignar para cubrir los gastos de esta diligencia de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 135 del Código de Aguas.

<sup>62</sup> En relación con las medidas o diligencias que podrían decretarse, la Dirección General de Aguas ha estimado, según el mérito de la Minuta N° 165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas según su Oficio N° 725, de 5 de noviembre

A mayor abundamiento, dado que ese órgano administrativo debe en su oportunidad remitir todos los antecedentes que conforman el respectivo expediente<sup>63</sup> al tribunal competente, a que la carga procesal de recopilar y obtener información lo faculta para agregar al expediente todos los datos o documentos que estime pertinentes –dentro de plazo prudente– sin que a este respecto pueda estimarse que tiene

limitación en cuanto al régimen y medios de prueba<sup>64</sup>, y a que en su calidad de organismo asesor, consultor e informante de los tribunales de justicia en materias de aguas terrestres, según se infiere por lo demás de los artículos 177, 179, 183, 270 y 291 del Código de Aguas, está en la obligación no tan solo de emitir su opinión sino de adjuntar los elementos en que ella se sustenta con el propósito de evacuar con debida diligencia su informe.

de 1999, entre otras, las siguientes Declaraciones juradas notariales del peticionario como de testigos, relativas, por ejemplo, a que ha estado haciendo uso efectivo de las aguas desde más de cinco años antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981 como también en la actualidad; que tal aprovechamiento lo ha sido libre de clandestinidad y violencia y sin reconocer derecho de tercero respecto del derecho de aprovechamiento que pretende regularizar; declaraciones notariales al peticionario referidas a que no ha tenido juicios en relación con el uso de las aguas que pretende regularizar, como del tipo de cultivo o uso a que ha destinado las aguas, copias de inscripciones del predio donde se ubica la captación, la que puede ser de él o de su antecesor legal, para lo cual deberá adjuntar la correspondiente a los anteriores dueños, como copia de los instrumentos o sentencias que han servido de base para la transferencia o transmisión; instrumentos en que conste la existencia de una servidumbre o de la autorización del dueño del predio para aprovechar las aguas del derecho a regularizar de una captación ubicada en predio privado de tercero; pruebas de bombeo o registro de aforos relacionados con el derecho a regularizar; facturas u otros documentos públicos o privados en el cual conste antigüedad y caudal del derecho como de las obras por las cuales extrae o capta, como lo son las cuentas de luz eléctrica, pago cuotas a organizaciones de usuarios, etc.; planos o cartografía antigua referidos a la zona donde se ubica la extracción y que dé cuenta de su existencia a una fecha determinada; fotografías aéreas del lugar donde se halla la captación, en la cual se pueda apreciar la existencia del aprovechamiento de las aguas que se pretende regularizar a una fecha determinada; constatación o certificación de la organización de usuarios de aguas que tenga competencia dentro del área donde se ubica la captación del derecho; antecedentes de otros servicios Públicos en que puedan existir antecedentes respecto de quién ha usado las aguas, desde qué fecha, caudal, el punto de extracción, etc., tales como Municipalidades, Indap, Sag, Conaf, Inia, Ministerio de Agricultura, Dirección de Obras Hidráulicas, Ciren-Corfo; catastro de usuarios de aguas u otros antecedentes que obren en el Servicio, como estudios hidrológicos del sector, rol de usuarios, etc.; y otras que proponga el interesado, el opositor o que tengan relación directa con los requisitos que establece el artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

<sup>63</sup> El mérito del expediente tramitado ante la Dirección General de Aguas es un elemento probatorio que tiene un rango especial y constituye, en la práctica, la constatación de la revisión que ese Servicio efectúa previamente a la decisión judicial, razón por la cual es razonable concluir que su examen por el tribunal al momento de resolver no tan solo es obligatorio sino que una pieza fundamental para su decisión definitiva.

### III.f. Del informe técnico de la Dirección General de Aguas

De conformidad con lo establecido en la letra b) del inciso primero del artículo 2° transitorio y del inciso final del artículo 134 del Código de Aguas, reunidos los antecedentes solicitados más los que obren en el expediente administrativo respectivo, la Oficina del lugar de la Dirección General de Aguas debe emitir un informe técnico sobre la solicitud de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas sometida a su consideración, en un plazo máximo de cuatro meses, a partir del vencimiento del plazo de 30 días a que se refiere el inciso anterior de esa misma norma.

En particular respecto del informe del citado Servicio, resulta relevante precisar su importancia como su estructura y su contenido.

i). En cuanto a su importancia, cabe destacar que constituye el documento de respaldo de la opinión de la Dirección General de Aguas sobre una determinada solicitud de regularización, razón por la cual en él deben contenerse las diversas consideraciones técnicas y legales como los antecedentes que sustentan las conclusiones, esto es, que ameritan o no acceder a la regularización solicitada, es decir, la opinión fundada del

<sup>64</sup> Esto es sin perjuicio que resulta razonable estimar que el estatuto jurídico aplicable al régimen probatorio debe coincidir tanto en la jurisdicción administrativa como en la judicial, como con el aporte de elementos de convicción a la decisión final, no es legítimo restringir o menoscabar su ámbito, incluso es más, circunscribirlo a las rígidas normas probatorias del derecho común. Consultar en ese sentido el considerando duodécimo de la sentencia de 9 de marzo de 1995 de la Corte de Apelaciones de Valdivia. (Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, p 257.)

Servicio si es o no procedente acceder a la solicitud en los términos que en ella se expresan, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva, dentro de su competencia, el respectivo tribunal.

- ii). En lo que dice relación con su estructura, la Dirección General de Aguas ha determinado un formato<sup>65</sup> con el propósito de establecer un informe técnico tipo en esta materia para todas las Oficinas del Servicio.

- iii). Respecto del contenido del informe técnico que la Dirección General de Aguas debe evacuar en un proceso de regularización, en nuestro parecer debe contener su opinión técnica y legal de a lo menos si la utilización del derecho ha sido libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno, a si la utilización del derecho ha sido ininterrumpida, en cuanto a la antigüedad del uso del derecho, y respecto del caudal de aguas que se ha usado y que conforma el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar.

<sup>65</sup> En ese contexto, según la Minuta N° 165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos e impartidas por el Director General de Aguas según su Oficio N° 725, de 5 de noviembre de 1999, se debe superponer al modelo de informe técnico sea para aguas superficiales o subterráneas, a que se refieren los anexos 1 y 2 del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos vigente, la siguiente estructura:

#### 1. ANTECEDENTES DE LA SOLICITUD

- 1.a. Solicitud: Descripción detallada de ella, es decir, precisar el derecho que se pretende regularizar tal como se encuentra consignado en la respectiva solicitud.
- 1.b. Publicaciones: En qué diario o periódico se han efectuado como las fechas de ellas.
- 1.c. Oposiciones: Si se han deducido o no, como quiénes lo han efectuado. Así también si se dio traslado de ella al peticionario.

#### 2. ANTECEDENTES TÉCNICOS DE LA VISITA A TERRENO

- 2.a. Descripción de la visita a terreno:
- 2.b. Observaciones: Si se han decretado aclaraciones, inspecciones oculares, e informes correspondientes para mejor informar al peticionario, el estado de ellas, y eventualmente un resumen de sus resultados.

Si ha existido consulta a los antecedentes de la DGA, o de otros Servicios Públicos, como de sus resultados.

#### 3. CONCLUSIONES

- 3.1. Si la solicitud como sus publicaciones legales dan cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 130 y 131 del Código de Aguas.
- 3.2. Si se constató la existencia y ubicación de la obra por la cual se capta el derecho de aprovechamiento conforme a la solicitud.
- 3.3. Si la obra de captación denota ser de antigua data, por lo que cumpliría con los requisitos exigidos en el artículo 2° Transitorio del Código de Aguas, en cuanto al tiempo de uso de las aguas.
- 3.4. Si hay antecedentes que acrediten el uso ininterrumpido, libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno del derecho de aprovechamiento a regularizar.
- 3.5. Si hay antecedentes sobre si el caudal del derecho a regularizar concuerda con las características de la obra de captación y, por tanto, con el derecho.

### III.g. De la resolución de la o las oposiciones

En virtud de las publicaciones que se efectúan con arreglo a lo establecido en el artículo 131 del Código de Aguas, los terceros que se sientan afectados pueden deducir oposición a la solicitud de regularización. Para esos efectos, los opositores deben someterse a las normas establecidas en el artículo 132 del Código de Aguas, tanto en la forma y plazo.

Ahora bien, la Oficina de la Dirección de Aguas del lugar o la gobernación respectiva, en su caso, debe dar traslado de la oposición u oposiciones deducidas al peticionario para que en plazo de 15 días la o las evacuen.

Cabe destacar que la o las oposiciones deducidas a una solicitud de regularización de derecho de aprovechamiento, son de exclusiva competencia del Juez de Letras en lo Civil competente, quien debe conocerlas y fallarlas de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas<sup>66</sup>.

3.6. Si dentro del área de protección solicitada del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas a regularizar existen o no otras captaciones de derechos de aprovechamiento constituidos por la autoridad, regularizados de acuerdo a este mismo procedimiento, y si hay otras captaciones de derechos que sean eventualmente susceptibles de ser regularizadas o que se encuentren en trámite de constitución originaria en este Servicio.

3.7. En el caso de existir oposiciones, parece del todo recomendable que el Servicio emita su parecer técnico respecto de ellas, sin perjuicio de lo que resuelva el tribunal en definitiva.

3.8. La opinión del Servicio, en cuanto a que si de acuerdo a los antecedentes que obran en el expediente administrativo y a lo constatado en la inspección ocular, se dan los presupuestos que permitan aseverar que la petición de regularización en análisis es procedente o no.

<sup>66</sup> En ese sentido consultar en especial el Dictamen N° 11.668, de 1984, de la Contraloría General de la República.

En ese entendido, no corresponde a la Dirección General de Aguas pronunciarse sobre ellas por estar radicada su competencia en los tribunales de justicia, lo que no obsta a que respecto de ellas esa Repartición tanto técnica como legalmente exponga su parecer en el correspondiente informe al órgano jurisdiccional.

### III.h. De la resolución de la petición de regularización:

La resolución definitiva de la solicitud de regularización de un derecho de aprovechamiento no es de competencia de la Dirección General de Aguas, pues todos los antecedentes generados en la etapa de tramitación administrativa de ella como los que se han adjuntado durante la sustanciación del procedimiento sumario en sede judicial y que sirven de base para la dictación de la sentencia definitiva<sup>67</sup> por el Juez de Letras respectivo<sup>68</sup>, constituye materia que es de exclusiva competencia de esa autoridad<sup>69</sup>.

Cabe destacar que en contra de la sentencia definitiva que se dicte con ocasión de una solicitud de regularización, proceden los recursos que regla el Código de Procedimiento Civil, como, asimismo, las demás instituciones procesales, como el abandono de la instancia, la prescripción, la cosa juzgada, el desasimio y la preclusión, por citar algunas de ellas, y respecto de las cuales deben estarse a las normas que establece la citada ley procesal.

<sup>67</sup> En relación con los requisitos de la sentencia definitiva de primera instancia o de la de segunda que modifique o revoque en su parte dispositiva las de otros tribunales, debe estarse a lo que establece el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de tener presente lo dispuesto en el auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, de fecha 30 de septiembre de 1920, que se encuentra contenida en el Apéndice de ese mismo Código de Enjuiciamiento Civil.

<sup>68</sup> En cuanto a determinar cuál es el Juzgado de Letras en lo Civil competente para conocer de este tipo de solicitudes de regularización de derecho de aguas, deben observarse las normas que a este respecto establece el Código Orgánico de Tribunales, en especial, lo relativo a los elementos de la materia y territorio y distribución de causas.

<sup>69</sup> En ese sentido consultar los Dictámenes N°s 11.668, de 1984, y 16.579, de 1984, ambos de la Contraloría General de la República.

### III.i. Del registro de la sentencia:

Aparte del registro de la sentencia judicial que recaiga en definitiva sobre una solicitud de regularización de derecho de aprovechamiento en el libro copiatorio de sentencia<sup>70</sup> del respectivo juzgado de Letras, como la que debe efectuar el peticionario en el Registro de Propiedad de Agua del Conservador de Bienes Raíces correspondiente<sup>71</sup>, de acuerdo a lo que establece el artículo 114 N° 7 del Código de Aguas, ella debe ser registrada además en el respectivo registro del Catastro Público de Aguas según lo dispone el artículo 122 del Código de Aguas, y, en particular, los artículos 13, 15 b) 1, y 16 b) 1, del Reglamento de dicho Catastro que estableció el Decreto MOP N° 1.220, de 1997<sup>72</sup>.

Para los efectos del registro en el citado Catastro Público, cabe destacar que si bien en el oficio conductor por el cual la Oficina del lugar de la Dirección General de Aguas respectiva envía todos los antecedentes al Tribunal competente, solicita que en su oportunidad se remita copia de la sentencia ejecutoriada a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 122 del Código de Aguas ello no es suficiente, pues de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 32 y 37 y siguientes del Reglamento del Catastro Público de Aguas, el peticionario una vez inscrita la sentencia en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente a la luz de lo dispuesto en el artículo 114 N° 7 del Código de Aguas, debe cumplir con la inscripción en el registro respectivo de ese Catastro, requiriéndola por escrito y acompañando copia de aquella.

Finalmente, en relación con el registro del derecho de aprovechamiento regularizado en el indicado Catastro de Aguas resulta de interés tener presentes las normas de los artículos

<sup>70</sup> Ver a este respecto lo establecido en el número 1 del artículo 384 del Código Orgánico de Tribunales y los Auto Acordados de la Corte Suprema de fecha 1 de abril de 1966, sobre registro de sentencias, y el de 27 de agosto de 1982 (Diario Oficial de 8 de septiembre de 1982) que complementó el anterior.

<sup>71</sup> En cuanto al registro de la sentencia en el Conservador de Bienes Raíces que es competente para efectuar la inscripción respectiva, tener presente lo dispuesto en el artículo 118 del Código de Aguas.

<sup>72</sup> Este decreto fue tomado razón por Contraloría General de la República con fecha 15 de julio de 1998 y su publicación se efectuó en el Diario Oficial con fecha 25 de julio de 1998.

33, inciso segundo, y 43, inciso segundo, del citado Decreto MOP N° 1.220, de 1997, en cuanto a que la Dirección General de Aguas no recepcionará<sup>73</sup> solicitud alguna relativa a este derecho como de las dirigidas a obtener las autorizaciones y/u oposiciones que en esa norma se señalan, a menos que los interesados exhiban copia autorizada del respectivo registro en el Catastro Público de Aguas, como que deberá exhibirse copia de la inscripción del derecho en el registro de propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces que corresponda, para los efectos de ser incorporado en el registro competente del citado Catastro.

#### IV. DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 2° TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS

La norma transitoria del Código de Aguas en análisis contiene elementos que permiten ser interpretados tanto por el tribunal, como por el peticionario y sus opositores.

Por otra parte, en atención a la experiencia y conocimiento legal y técnico que la Dirección General de Aguas tiene acerca del aprovechamiento de las aguas terrestres en el país, ha estimado que se encuentra en el deber de establecer el debido sentido y alcance de los diversos elementos y requisitos que se establecen para el procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento en estudio<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Dispone la citada norma que no se pueden recepcionar y por tanto es legítimo inferir que no se pueden someter a tramitación las solicitudes de competencia de esa Repartición ni aun oposiciones a las mismas, mientras el peticionario no demuestre tener cumplido con la inscripción de su derecho de aprovechamiento en el Registro del Catastro respectivo, para lo cual deben exhibir (mostrar) copia autorizada del registro correspondiente.

Esta situación, generalmente, en nuestra opinión se traducirá en la práctica que el peticionario deberá adjuntar con su solicitud una copia autorizada del registro competente del Registro Público de Derecho de Aprovechamiento de Aguas a que se refieren los artículos 13 a 16 de ese Reglamento, pues en la mayoría de los procedimientos de que conoce y resuelve ese Servicio se refieren o recaen sobre este tipo de bien inercial.

<sup>74</sup> La opinión oficial de ese Servicio respecto del sentido y alcance de los elementos que contiene el artículo 2° transitorio del Código de Aguas se encuentra contenida en la Minuta N° 165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas según su Oficio DGA N° 725, de 5 de noviembre de 1999.

A partir de ese escenario, sistematizamos a fin de contribuir a determinar el debido sentido y alcance de los mismo, dejando constancia que los fundamentos o referencias que se efectúan al Código Civil están basado en lo expresamente establecido en el artículo 21 del Código de Aguas, el que por lo demás hace concordancia y armonía con lo prescrito en los artículos 4 y 13 de ese Ordenamiento de Derecho Común, pues el Código de Aguas no contiene conceptos como tampoco establece elementos que permitan al intérprete entender qué ha querido decir o qué se entiende por ciertos requisitos que establece la norma transitoria del Código de Aguas. En razón de ello, estimamos que procede que estos sean determinados en su debido sentido y alcance haciendo uso de las normas de interpretación de la ley que disponen los artículos 19 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de aplicar las demás normas de ese Código, como es, por ejemplo, que el que no tiene ánimo de señor y dueño del derecho de aprovechamiento no tiene su posesión<sup>75</sup>, como el que cumple y acredita el cumplimiento de los requisitos de esa institución civil, debe reputarse dueño del derecho de aprovechamiento de aguas<sup>76</sup>.

#### IV.a. El uso ininterrumpido lo es antes de la vigencia del Código de Aguas

En cuanto al plazo del uso ininterrumpido a que se refiere la norma del artículo 2° transitorio hay diversa opinión. Unos plantean, que el plazo de este uso lo es hasta después de los

<sup>75</sup> En ese sentido la jurisprudencia ha sostenido que " el hecho de presentar una solicitud de derecho de aprovechamiento sobre aguas cuyo actual uso y ejercicio se alega, por considerar que no se está en posesión de ellos, permite tener por establecido que no se tiene el ánimo de señor y dueño de tales derechos de aguas, por lo tanto tampoco se tiene posesión", en ese sentido, consultar la sentencia del 30° Juzgado Civil de Santiago, en causa sobre tercería de dominio, de 28 de octubre de 1991. (Revista de Derecho de Aguas, Vol. V, 1994, pp. 185 - 191).

<sup>76</sup> Así, se puede desprender de una interpretación armónica y sistemática de lo resuelto para un caso en que se aplica el artículo 7° del D.L. N° 2.605, de 1979, respecto de una regularización reglada por el artículo 2° transitorio del Código de Aguas. Sentencia recaída en recurso de protección, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 6 de noviembre de 1994. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 83, 1986, II, 5°, pp. 75 - 84, o en Revista de Derecho de Aguas, Vol. V, 1994, pp. 236 - 241.)

cinco años de entrada en vigencia del Código de Aguas; otros, en cambio, que este plazo es de cinco años antes de la vigencia del Código de Aguas. En todo caso, no existe discusión en el hecho de que el aprovechamiento debe ser a lo menos coetáneo o debe existir a la fecha de entrada en vigencia esta ley especial de Aguas<sup>77</sup>.

Ahora bien, en nuestra opinión el plazo de cinco años que requiere este particular uso lo es antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981, esto es, 5 años contados hacia atrás del día 29 de octubre de 1981, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 que fijó su texto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 y siguientes del Código Civil, y que, por tanto, de acuerdo a las normas que reglan la vigencia de la ley, el Código de Aguas entró en plena vigencia.

Respecto del uso inmemorial de las aguas y por ende de su uso ininterrumpido, resulta pertinente destacar que aquel siempre tiene una protección oficial<sup>78</sup> por el actual Ordenamiento del derecho de aguas<sup>79</sup>. Así, se despren-

de, por ejemplo, de una interpretación sistemática y concordante de lo establecido en los artículos 22, 23, 114 números 2 y 7, 115, 129, 130 y siguientes, 141 inciso final, 164 y siguientes, 181 y siguientes, 188, 189, 194, 195, 197, 259, y 270 del Código de Aguas, como en los artículos 5, letra c) inciso segunda parte, 13 número 1, 21, 23 inciso primero, y 24 inciso segundo, de la Resolución DGA N° 186, de 1996.

#### IV.b. Quién puede regularizar

La norma en análisis contempla tres situaciones, a saber: a) persona distinta del titular del derecho inscrito que se pretende regularizar; b) persona que usa un derecho no inscrito<sup>80</sup>; y, c) persona que extrae un derecho en forma individual desde una fuente natural<sup>81</sup>.

En nuestra opinión, en cualquiera de estas situaciones la petición podrá ser presentada por una persona natural o jurídica, por sí o por sus representantes legales<sup>82</sup>; como también lo podrá efectuar sus continuadores legales<sup>83</sup>, es decir, aquel que por cualquier título demuestre que lo es en la actualidad de uno anterior o del originario.

En ese sentido, aparece fundamental que quien efectúe la presentación respectiva debe demostrar que efectivamente ha hecho uso ininterrumpido del derecho que pretende regularizar, o bien, que aquellos que lo han precedi-

<sup>77</sup> Tener presente que este es un elemento básico para la procedencia de este tipo de solicitudes, al respecto consultar sentencia de 11 de junio de 1993, del 3<sup>er</sup> Juzgado Civil de Santiago (Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV, 1993).

<sup>78</sup> Para resaltar esta protección, consultar sentencias de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 18 de julio de 1991, recaída en causa sobre recurso de reclamación, en cuanto la Dirección General de Aguas debe respetar dentro del procedimiento especial de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas, los derechos de aprovechamiento que terceros hayan adquirido en virtud de legislaciones anteriores, ya que no puede perjudicar ni menoscabar derecho de terceros" (Revistas de Derecho de Minas y Aguas, Vol. III, 1992, pp. 321-325, y Vol. VI, 1995, pp 262 - 263).

<sup>79</sup> No obstante, la Contraloría General de la República a través del dictamen N° 17.570, de 23 de julio de 1986, ha determinado que respecto de los usos inmemoriales a que se refiere el artículo 20 del Código de Aguas, esto es, derecho de aprovechamiento de aguas de que se es titular por el solo ministerio de la ley, este uso "no tiene en su concepto otro valor que el de una mera expectativa y que carece de validez frente a una petición para constituir un derecho de aprovechamiento".

En virtud de dicho criterio, los derechos de aprovechamiento de aguas que son susceptibles de regularizar en los cuales claramente existe un uso inmemorial, se podría sostener erróneamente esta misma doctrina.

En todo caso, para consultar una opinión distinta ver dictamen N° 1.408, de 20 de enero de 1992, de esa misma Entidad Contralora. (Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV, 1993, pp 291-292.)

<sup>80</sup> Mediante dictamen N° 37.369, de 1988, la Contraloría General de la República señaló que " frente a la falta de reducción a escritura pública y de inscripción del acto constitutivo de la merced (de aguas) el artículo 2° transitorio, inciso final, del actual Código de Aguas, contempla un procedimiento administrativo judicial (sic) para inscribir derecho de aprovechamiento no inscrito por cualquier motivo, regularización a la que pueden optar las interesadas". En este mismo sentido, consultar el dictamen N° 16.579, de 1994, de esa misma Entidad Fiscalizadora.

<sup>81</sup> Para aclarar el sentido y alcance de esta parte de la norma transitoria en estudio, consultar sentencia de fecha 7 de julio de 1992, de la Corte de Apelaciones de La Serena, recaída en causa sobre juicio sumario de regularización de derecho de aprovechamiento. (Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV, 1993, pp 221 -223.)

<sup>82</sup> El peticionario podrá actuar a través de mandatario e incluso constituir patrocinio y otorgar poder a un abogado habilitado, al respecto ver artículos 2116 y siguientes del Código Civil y artículos 6 y 7 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

<sup>83</sup> Tener presente lo establecido en los artículos 717, 718, 719 y 2500, todos del Código Civil.



do en el uso, efectivamente lo hayan estado aprovechando, dentro del plazo legal.

En relación con lo anterior, se ha sostenido en cuanto a la persona del peticionario que para que su solicitud pueda prosperar constituye elemento indispensable que la utilización de las aguas estuviera ya iniciada por el solicitante a la época de entrada en vigencia del Código de Aguas, esto es, a octubre de 1981, sin reglar ni solucionar los problemas que se derivan de las personas naturales o jurídicas que han iniciado el uso con anterioridad<sup>84</sup>.

Esta interpretación plantea dos problemas, el primero que se trataría de una acción personalísima que solo podría ser intentada por quien era titular del aprovechamiento de aguas a regularizar, es decir, un derecho personalísimo y por tanto indelegable<sup>85</sup>; y, el segundo, de si se pueden agregar los usos de los antecesores legales a aquel que invoca el regularizante.

Respecto del primer tema, nosotros sostenemos que dado el carácter de bien incorporal real que presenta el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar no es de aquellos de los cuales nacen acciones personales, esto es, que pueden ser solamente ejercidas por ciertas y determinadas personas que generalmente la ley se encarga de señalar taxativamente; es más, siendo un bien incorporal, además de las normas que se han invocado en las citas de este trabajo, es del caso tener presente las que establecen los artículos 583, 889, 891, 715, 2498 y 2512 del Código Civil, los cuales interpretados armónica y sistemáticamente permiten aseverar legítimamente que no hay restricción respecto de la identidad del peticionario, pues la acción de solicitar la regularización del derecho de aprovechamiento se tiene respecto de la cosa sin respecto de determinada persona, tal como por lo demás lo dispone expresamente el artículo 577 del Código Civil.

<sup>84</sup> En este sentido consultar la sentencia del 3er Juzgado Civil de Santiago recaído en la causa sobre procedimiento sumario de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas, de fecha 11 de junio de 1993. (Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV, año 1993, pp. 287 - 289.)

<sup>85</sup> Respecto a que el aprovechamiento de las aguas da lugar a la regularización de un derecho de aprovechamiento es de carácter personalísimo, indelegable, intransferible e inalienable consultar sentencia de fecha 20 de mayo de 1994, del Juzgado de Letras de Panguipulli (Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, pp. 261 -262).

En cuanto al segundo problema, es nuestro parecer que resulta del todo procedente que el peticionario continuador legal en el aprovechamiento del derecho a regularizar, puede adicionar a su tiempo de uso ininterrumpido el de sus antecesores, con sus mismas virtudes y vicios, pues el requisito del uso del derecho de aguas se entiende cumplido sumando al uso propio del solicitante más el de los antecesores, lo que queda corroborado cuando existe un título que da continuidad a la utilización, como sería el caso de una compraventa o una sentencia judicial a firme que concede la posesión efectiva de la herencia, u otra. En ese sentido, pensamos que es procedente aplicar en la especie el principio a que se refiere el artículo 17 del Código Civil, más aún por lo prescrito en el artículo 715 de ese mismo cuerpo legal.

#### IV.c. Qué es lo que se regulariza

La acción de regularización recae sobre un derecho de aprovechamiento de aguas que ha sido usado ininterrumpidamente por el peticionario como por su o sus antecesores, en su caso, es decir, un bien incorporal determinado respecto del cual es necesario constituir un título para someterlo al sistema de aprovechamiento legítimo de las aguas terrestres que regula el Código de Aguas.

Respecto de lo anterior, resulta necesario destacar que en la presentación como en las publicaciones competentes se debe individualizar claramente tanto la naturaleza como el tipo de ejercicio del derecho que se regulariza, es decir, si es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo discontinuo o alternado con o entre varias personas. Asimismo, deberá indicarse si él recae sobre aguas superficiales corrientes o detenidas, o subterráneas, como el caudal de las aguas que ininterrumpidamente se han usado. Además, aparece indispensable que se señale la fuente natural desde donde se han extraído las aguas como el lugar preciso donde ellas se han captado ininterrumpidamente, como si se trata de un derecho de aprovechamiento que está inscrito a nombre de otro, o que no ha estado inscrito, o que se extrae individualmente desde la fuente natural.

Al expresarse estas menciones se está precisamente determinado cuáles, cuánto, cómo y dónde se han usado y gozado las aguas, es de-

cir, cuál es el derecho de aprovechamiento determinado que se pretende regularizar bajo la norma en estudio.

#### **IV.d. La utilización del derecho a regularizar debe ser libre de clandestinidad y/o violencia y sin reconocer dominio ajeno**

La Dirección General de Aguas entiende que existe una utilización libre de clandestinidad del derecho de aprovechamiento a regularizar, cuando esta lo ha sido no ocultándola de aquellos que tienen derecho para oponerse a ella<sup>86</sup>. Compartiendo ese sentido, aparece concordante tener presente lo establecido en el artículo 713 en armonía con el artículo 715 del Código Civil.

Asimismo, se entiende por ese Servicio que la utilización de un derecho de aprovechamiento no es libre de violencia, cuando ella se ha adquirido por la fuerza actual o inminente contra el que tiene derecho sobre el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar, o bien contra el que las usaba sin título o lo hacía en representación de otro<sup>87</sup>, en este sentido existe armonía con lo preceptuado en los artículos 710, 711 y 712 en concordancia con el artículo 715, todos del Código Civil.

Se entiende finalmente por esa Repartición que la utilización del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar lo es sin reconocer dominio ajeno, cuando el uso de las aguas o el ejercicio del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar lo ha sido a nombre propio como señor y dueño y sin atribuir derecho de dominio a otro<sup>88</sup>.

Como se desprende de los referidos conceptos, resulta la mayoría de las veces imposible que en la respectiva visita a terreno el técnico de la Dirección General de Aguas pueda verificar

la ocurrencia o no de estas circunstancias, salvo las meras declaraciones de vecinos o de los propios interesados o de terceros sean o no opositores a la solicitud respectiva, como de las trazas o indicios que en terreno se puedan constatar.

En virtud de ello, resulta del todo razonable que este requisito debe quedar para ser resuelto por el tribunal respectivo de acuerdo al mérito de la prueba que se rinda en la correspondiente causa, sin perjuicio que a su respecto el Servicio competente emita su parecer, más aún cuando existan antecedentes en el expediente administrativo que demuestren en uno u otro sentido su cumplimiento o no, lo cual debería expresamente señalarse en el informe técnico como las fuentes que permiten efectuar tales afirmaciones.

En definitiva, este requisito es materia de prueba y de la decisión del tribunal competente, no obstante la opinión de la Dirección General de Aguas emita como del mérito de los antecedentes que sirva adjuntar para ilustrar al juez.

#### **IV.e. La utilización del derecho a regularizar debe ser ininterrumpida**

Este requisito no debe ser confundido con el tipo de ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas que se trata de regularizar, esto es, a que él sea continuo, es decir, al que permite usar las aguas en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día y los trescientos sesenta y cinco días del año, pues de ser así solo podrían regularizarse derechos con ese tipo de ejercicio.

Lo que se pretende por la norma es que el uso de las aguas, cualquiera que haya sido su ejercicio, lo haya sido permanentemente durante el plazo que establece la norma legal, de una manera que permita que esa misma persona, por sí o por sus representantes<sup>89</sup>, o bien sus continuadores legales<sup>90</sup>, lo hayan hecho efecti-

<sup>86</sup> Según la Minuta N° 165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartida por el Director General de Aguas por Oficio N° 725, de 5 de noviembre de 1999.

<sup>87</sup> Según Minuta N° 165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartida por el Director General de Aguas por Oficio N° 725, de 5 de noviembre de 1999.

<sup>88</sup> Según Minuta N° 165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartida por el Director General de Aguas por Oficio N° 725, de 5 de noviembre de 1999.

<sup>89</sup> Al respecto tener presente lo establecido en los artículos 719, 720, 721, 730, 2116 y siguientes del Código Civil.

<sup>90</sup> Nosotros somos de la opinión que para cumplir con el plazo de uso ininterrumpido que exige el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, el peticionario puede a su arbitrio agregar el tiempo de su antecesor, basado en lo establecido en el artículo 2500 en relación con la norma del artículo 717, todos del Código Civil, debiendo alegarse. Es posible ello, pues a partir de lo prescrito en

vamente sin que a su respecto cualquiera otra persona lo haya usado en su intermedio o bien haya impetrado alguna reclamación ante los tribunales de justicia.

En efecto, este requisito hace referencia a que el derecho de aprovechamiento se haya estado usando sin interrupciones por el regularizante o por sus antecesores legales dentro del plazo legal, es decir, cuando el aprovechamiento o uso del derecho de aguas no lo haya efectuado en los hechos otra persona, o bien, que a consecuencia de un recurso o acción ante los tribunales de justicia, el verdadero dueño o el que se pretende por tal del derecho a regularizar, tenga o haya tenido la intención de recobrarlo o hacer cesar la posesión del mismo a la persona del regularizador.

En el fondo se requiere que el uso no haya sido suspendido por otra persona ni por la fuerza de los hechos ni por una acción ante los tribunales de justicia, de manera que lo que se discutirá en el fondo y es materia de prueba, es si ha existido interrupción –natural o civil– de la prescripción, según lo disponen los artículos 716 en relación con el artículo 2510, regla 3ª, y artículos 2498, 2501 y siguientes del Código Civil.

Vistas así las cosas, el informe de la Dirección General de Aguas que se evacua luego de efectuar la visita ocular de estilo, debería visualizar y constatar si las aguas han sido usadas bajo esa condición, por un lado, y, por otra, permitir aseverar que efectivamente así lo ha sido de acuerdo al mérito de todos los antecedentes que obran o forman parte del expediente administrativo respectivo.

Naturalmente, el referido Servicio ante la duda deberían dejar expresa constancia en sus correspondientes documentos de que no existe certeza<sup>91</sup> con el propósito de que el tribunal

requiera del peticionario, si así lo estima necesario, los antecedentes probatorio que demuestren la efectividad del uso ininterrumpido, al fijar este como uno de los hechos sustantivos y controvertidos que conforman el auto de prueba, de manera que el interesado y el opositor, en su caso, rindan prueba sobre el mismo.

En cambio, si existe certeza para la Oficina del lugar del Servicio sobre el uso ininterrumpido del agua no caben dudas que así debe decirse agregando los antecedentes que avalan tal opinión. En todo caso, del estudio de lo obrado en el expediente administrativo, el juez deberá fijar los puntos de prueba, razón por lo cual podrá estimar si es necesario allegar pruebas de las partes sobre este requisito o darlo por cumplido, sin perjuicio del derecho que tienen las partes a pedir que se agregue o modifique el auto de prueba<sup>92</sup>.

#### IV.f. La antigüedad del uso del derecho de aprovechamiento de aguas que se pretende regularizar

Uno de los aspectos que necesariamente ha concitado problemas en la aplicación de esta institución es la determinación de la antigüedad del uso del derecho que se pretende regularizar.

En efecto, ha sido costumbre señalar que las obras denotan antigua data con lo cual la Dirección General de Aguas, en su oportunidad, suele aseverar en su Informe Técnico que dado que las obras a través de las cuales se captan las aguas son antiguas así también lo es el derecho a regularizar como su caudal.

Al respecto, cabe precisar que hay obras que por su sistema de construcción o por los materiales empleados en ellas permiten sostener sin equivocación que aquellas son de una aproximada fecha de antigüedad, con lo cual se infiere asimismo que las extracciones que se han efectuado a través de ellas son de antigua data. Si además, existen trazas u otros indicios inequívocos de uso y su antigüedad, aparece razonable la deducción antes señalada<sup>93</sup>.

el artículo 2498 del Código Civil y teniendo presente que sea de buena o mala fe, sea con justo título o no, y sin reconocer derecho de tercero, no obstante ese derecho real estar inscrito (a pesar de lo establecido en el artículo 724 de ese mismo Código), se ha tenido posesión de este bien incorporal, y en el fondo es lo que reconoce como propiedad la propia Constitución Política en el artículo 19 N° 24, en su inciso final.

<sup>91</sup> Ello debe ser así, pues no resulta razonable aseverar un hecho del cual no existe certeza de su ocurrencia, ya sea por falta de antecedentes o porque de la inspección ocular no se pueden desprender indicios que así lo demuestren en conciencia al menos al técnico informante, toda vez que se asume una responsabilidad innecesaria y no contribuye debidamente a ilustrar la decisión judicial.

<sup>92</sup> Ver artículos 684 y 685 en concordancia con lo establecido en los artículos 318 y siguientes, todos del Código de Procedimiento Civil.

<sup>93</sup> Ha dicho la jurisprudencia administrativa que "...El uso inmemorial de las aguas no tiene en su concepto otro valor que el de una mera expectativa y que carece de

Sin embargo, existen obras respecto de las cuales no se puede concluir tan certeramente su data, sea porque por los materiales usados en su construcción, por su diseño y otras características de la obra, no es posible aseverar que ellas corresponden o no a un período determinado o determinable, o bien, porque de acuerdo a los antecedentes que obran en el Servicio informante o en otras fuentes que se consultan y que forman parte del respectivo expediente administrativo, no aparecen indicios de la existencia de tales obras de captación en alguna fecha al menos anterior al plazo legal, de lo que no es posible afirmar consecuentemente con certeza su antigüedad.

En estos casos, en nuestro parecer resulta fundamental que la Dirección General de Aguas para mejor informar la regularización al tribunal haga uso de sus facultades, razón por la cual debe decretar en el expediente administrativo diligencias<sup>94</sup>, entre otras las indicadas anteriormente en este documento, esto es, aquellas que hemos denominado genéricamente solicitudes de aclaraciones o antecedentes que permitan ilustrar cada uno de los puntos que debe contener el informe técnico correspondiente.

---

validez frente a una pretensión para constituir un derecho de aprovechamiento..." (Dictamen N° 17.570, de 23 de julio de 1986, de la Contraloría General de la República). Pero esa afirmación, respecto de la regularización de un derecho de aguas es precisamente uno de los elementos propios de la pretensión, de manera que en la medida que las obras denotan uso, que este es antiguo, que este se ha efectuado sin clandestinidad y violencia, y que ellas tienen la capacidad para captar y conducir las aguas a que se refiere la petición, debe entenderse que se configuran los supuestos de hecho que establece el artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

<sup>94</sup> Dicha facultad resulta necesaria que sea ejercida en el más breve plazo, y, en la medida de lo posible, dentro de los treinta días que los antecedentes se encuentran en estado según lo dispone el artículo 134 del Código de Aguas, para que con ello no se dilate la tramitación de la solicitud ante ese Servicio. En concordancia con lo anterior, resulta razonable otorgar un plazo de a lo menos treinta días, contado desde la fecha del oficio respectivo, al peticionario para que este pueda acompañar los antecedentes o aclaraciones solicitadas, como acceder a las prórrogas que él solicite. Asimismo, es aconsejable tener presente que suele indicarse en el competente documento de la citada Repartición que de no acompañarse los antecedentes requeridos, el informe técnico se evacuará con solo los antecedentes que obren en el expediente. Ahora bien, vencido el plazo otorgado o el de la prórroga, en su caso, sin que se hayan acompañado los antecedentes por el peticionario, parece razonable que el informe técnico de la Dirección General de Aguas consigne el hecho de haberse requerido tales y cuales antecedentes como los fundamentos por los cuales ellos se han requerido.

Sin perjuicio de lo expuesto, constituye una gestión diligente de ese Servicio el evacuar fundamentalmente el informe técnico, razón por la cual en él deben citarse o hacer referencia o adjuntar copia de los antecedentes que obren en poder de la respectiva dependencia de ese Servicio, tales como catastros de usuarios, fotografías, etc., en los cuales consten las aseveraciones que en el documento técnico se consignan, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se agreguen en la causa civil por las partes respecto de este requisito<sup>95</sup>.

#### IV.g. El caudal de aguas que se ha usado y que conforma el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar

Naturalmente debe existir plena armonía entre el caudal de aguas del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar con la capacidad de las obras, pues de otra forma no se avistaría como efectivamente dicho caudal se ha extraído ininterrumpidamente dentro del plazo legal desde la fuente natural.

Si no existe esa armonía o aparecen antecedentes que la pongan en dudas, resulta razonable que se deje expresa constancia de dicha situación en el informe técnico correspondiente, y, en razón de ello, se exprese la opinión del Servicio informante que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho pues aparece presuntivamente que la extracción ininterrumpida del caudal de aguas del derecho que se pretende no ha sido posible tanto a través de ellas como durante el tiempo que la norma exige, sea porque las obras jamás han tenido esa capacidad o porque no hay otros indicios que así manifiestamente lo demuestren, salvo lo que en definitiva resuelva el tribunal de acuerdo a los demás medios de prueba que las partes rindan en la causa civil<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> En todo caso, pensamos que no resulta legítimo regir la preclusión ante sede administrativa como la imposibilidad de acompañar por el peticionario fuera de plazo o ante el tribunal de justicia competente los antecedentes que desvirtúen en todo o en parte las aseveraciones o conclusiones del informe de estilo que evacua el citado Servicio, sin perjuicio del derecho de obtener que se fijen los puntos de prueba que le asisten a su pretensión y de rendir los medios de prueba que lo comprueban, en la respectiva fase judicial de este procedimiento.

<sup>96</sup> Cabe destacar que este hecho constituye aquel que puede ser catalogado de sustancial, pertinente y controvertido, razón por la cual siempre procede en nuestro parecer que se fije como punto del auto de prueba correspondiente.

Finalmente, nos parece legítimo que en la petición de regularización se exprese el caudal del derecho de aguas en volumen por unidad de tiempo, a fin de regularizarlo de acuerdo al tenor de las especificidades que la actual ley de aguas establece para todos los derechos de aprovechamiento<sup>97</sup>, de no permitirse esta posibilidad, pensamos que podría vulnerarse entre otros el principio de la economía procesal. En todo caso, el peticionario deberá demostrar que ese es el caudal de su derecho y el que ha aprovechado de acuerdo con los requisitos legales, sin perjuicio de ser materia que el indicado informe de la Oficina del Servicio Público competente deberá pronunciarse claramente.

#### V. DE LA COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

En relación con la regularización de derecho de aprovechamiento de aguas fundado en las normas que establece el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, resulta relevante tener presente la opinión del organismo rector en materias de aguas continentales, en especial, porque tal como lo hemos dicho, es de suyo importante la consulta al mismo como la trascendencia de su informe.

Al respecto, la Dirección General de Aguas ha sostenido invariablemente en este último tiempo, en primer término, la opinión de que "se hace necesario que en todas aquellas cuestiones relacionadas con las aguas terrestres, superficiales o subterráneas, que sean conocidas y falladas, tanto por la vía contenciosa como por la no contenciosa, sea en única, primera o segunda instancia, por los diversos tribunales del país, sea que tengan o no una tramitación especialmente establecida, se disponga de manera obligatoria por los tribunales de justicia, que debe requerirse informe a ese Servicio con el propósito de que en el respectivo proceso conste el parecer técnico y la interpretación legal administrativa que a dicho respecto tenga esa Repartición"<sup>98</sup>.

Dicho parecer está fundado en "...que existe una razón de conveniencia para contar y consultar siempre el conocimiento jurídico y técnico que posee este Servicio en materia de aguas, la que reside principalmente en la garantía de un debido e informado proceso, el que salvaguarda los derechos de las partes en el proceso y contribuye decididamente a la función jurisdiccional de los Tribunales de Justicia".

Agrega la Dirección General de Aguas que "...dicha conveniencia radica también en el hecho que esta Repartición Pública, como un órgano más del Estado, debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas, como asimismo, debe actuar dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, razón por la cual debe velar porque sus actos no sean nulos, lo que conlleva a que no teniendo interés en los resultados del juicio, manifieste su opinión sin más ánimo e intención que el buen resguardo y vigilancia de un bien nacional de uso público como son las aguas terrestres, apegándose estrictamente a derecho y a los principios de la ciencia hidráulica, así como a las mediciones y demás elementos de convicción de hecho que sustentan sus conclusiones".

En atención a lo anterior, ese Organismo Público precisa que "...de acuerdo a diversas disposiciones legales, el informe de la Dirección General de Aguas es obligatorio en algunos procedimientos, tal es el caso del recurso de amparo judicial de aguas regulado en los artículos 181 y siguientes del Código de Aguas; como también lo es respecto del recurso de reclamación en contra de las Resoluciones Administrativas que este Servicio dicta en materias propias de su competencia; también lo es en el procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas reglamentado en el artículo 2° transitorio del mismo ordenamiento legal antes señalado. Asimismo, en algunos ca-

<sup>97</sup> Si esto no fuera posible, en un juicio posterior el titular del derecho de aguas regularizado debería complementar judicialmente su título. La acción, en todo caso, debería someterse a las normas de los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas.

<sup>98</sup> Esta opinión forma parte del tenor del Oficio N° 223, de fecha 22 de marzo de 1996, del Director General de Aguas al Señor Presidente de la Excm. Corte Suprema,

el cual solo motivó como resolución una recomendación del Pleno de dicho Máximo Tribunal en el sentido de disponer que "oficiase a todas las Cortes de Apelaciones del país, para que estas pongan en conocimiento de todos los jueces que ejerzan jurisdicción en lo civil de sus respectivos territorios jurisdiccionales, del oficio dirigido a esta Corte Suprema por el Director General de Aguas, para que lo tengan presente, si lo estiman del caso, al hacer uso de sus facultades".

sos, el citado informe es facultativo para los Tribunales de Justicia, como lo es en el procedimiento sumario establecido en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas, el que dice relación con juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas, como de todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan establecido un procedimiento especial; también lo es, tratándose del conocimiento y fallo de los recursos de protección en materia de aguas, siempre y cuando así se haya dispuesto en los correspondientes antecedentes, sea a petición de parte o de oficio, por las respectivas Íltnas. Cortes de Apelaciones del país”.

En fin, esta Repartición sostiene que en “...este contexto, y en virtud de la gran demanda hídrica experimentada en el último tiempo, la que se expresa en el aumento de solicitudes de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas ingresadas a esta Repartición, además de la mayor escasez de recursos hídricos disponible en las fuentes naturales, así como la importancia que el agua ha adquirido en el desarrollo nacional, todo lo cual debe ser armonizado con las políticas de administración de los recursos hídricos que de acuerdo a las atribuciones y facultades legales tiene esta Dirección General de Aguas, se hace necesario que este Servicio haga presente las consideraciones de hecho, técnicas y de derecho, en cada caso en particular que sea sometido al conocimiento y fallo de los Tribunales de Justicia, con el propósito de tener al día, por una parte, la real y efectiva disponibilidad física y jurídica del recurso hídrico en la correspondiente fuente natural, lo que conlleva la debida protección de terceros; como asimismo, la información adecuada para hacer uso de las facultades de fiscalización de que se encuentra investida esta Dirección General de Aguas, como para el cumplimiento de la obligación legal que tiene este Servicio de hacer constar toda la información que tenga relación con las aguas en el Catastro Público de Aguas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Aguas, entre otras materias.”

En conclusión, es opinión del citado Órgano Público que el informe a que se refiere la letra b) del inciso primero del artículo 2º transitorio del Código de Aguas, es obligatorio, y, en ese sentido, tanto lo es para la propia institución como para los tribunales de justicia, y, además, se colige que la importancia de las consideraciones

de hecho, técnicas y de derecho relacionadas con las aguas que en cada caso en especial es sometido a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia, está en estrecha relación con las competencias y atribuciones de que se encuentra dotado dicho Servicio, como lo son, entre otras, la determinación de la disponibilidad del recurso hídrico en las fuentes naturales, las facultades de fiscalización de que se encuentra investida, y la observancia de la obligación de hacer constar toda la información acerca de las aguas en el Catastro Público de Aguas.

En definitiva, obtener en materia de aguas terrestres de todos los órganos del Estado un irrestricto apego a los principios y pleno respeto de las garantías que consagran los artículos 1, 6, 7 y 19 N°s 2, 3, 21, 23 y 24 de la Constitución Política vigente, esto es, los principios del bien común, de la igualdad de la ley y ante la ley, de desarrollar cualquier actividad económica, como los del derecho a la propiedad y el derecho de propiedad, principios que se encuentran insertos en el denominado Orden Público Económico como en el legítimo y debido ordenamiento que regula el aprovechamiento de las aguas terrestres en el país.

## VI. ANÁLISIS DE ALGUNOS CASOS O SITUACIONES EN PARTICULAR

Con ocasión de la aplicación de este procedimiento de regularización aparecen algunos casos o circunstancias<sup>99</sup> en los cuales suelen existir opiniones diferentes. Con el propósito de colaborar con su análisis y establecer criterios claros y definidos que permitan resolverlos, se exponen las siguientes ideas:

### VI.a. La Dirección General de Aguas no es parte en el procedimiento de regularización

En efecto, es nuestro parecer que a esa Repartición no se la puede considerar parte en este procedimiento de regularización de dere-

<sup>99</sup> Naturalmente, en la práctica, se dan muchos otros problemas por la aplicación del procedimiento de regularización en análisis que no se abordan en este trabajo, pues en opinión del autor los desarrollados por su trascendencia y reiteración, manifiestan más interés para ser abordados en este trabajo. Lo anterior no excluye, que en el futuro se puedan consignar los voluntariamente preteridos.

cho de aprovechamiento de aguas, razón por la cual no debe ser ella citada –a petición de parte o de oficio por el tribunal– al comparendo de contestación, avenimiento o prueba, como tampoco procede notificársele resolución alguna que en los autos judiciales se dicte, salvo que se trata de una diligencia en que se ordene evacuar un informe complementario de acuerdo al mérito de lo obrado en el respectivo expediente judicial o de la sentencia a firme para los efectos del artículo 122 del Código de Aguas.

Esta interpretación se basa en las siguientes consideraciones<sup>100</sup>:

- i). La Dirección General de Aguas no tiene facultades para acoger o rechazar la solicitud de regularización que se tramita ante ella, pues esta facultad está entregada única y exclusivamente al competente Juez de Letras en lo Civil, lo cual se desprende expresamente de las normas del inciso primero letra d), del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, de acuerdo a las normas de interpretación de la ley que establecen los artículos 19 y siguiente del Código Civil;
- ii). De los vicios, omisiones y errores, como de las demás consideraciones que se produzcan o se manifiesten durante la tramitación en sede administrativa de una petición de regularización, como de aquellas de carácter legal y técnico que ameritan acceder o no a la solicitud de regularización, ese Servicio debe informar al correspondiente Tribunal, el cual los deberá sopesar conjuntamente con el mérito de los demás antecedentes e informaciones sumarias que se alleguen al proceso.
- iii). La Dirección General de Aguas, en su calidad de ente rector de las aguas terrestres, de acuerdo a sus facultades y atribuciones legales, debe emitir un informe en el cual deja constancia de las consideraciones legales y técnicas que se encuentran avaladas por los criterios y principios fundados en la ciencia hidráulica con pleno apego a derecho, sin que le competa algún interés directo en los resultados definitivos de la gestión que pue-

da estimarse como una pretensión concordante o contrapuesta a la del solicitante de regularización. En definitiva, este informe es eminentemente técnico y jurídico, el que se evacua en su calidad de Servicio especializado por la Repartición señalada.

- iv). La opinión legal y técnica de la Dirección General de Aguas que está contenida en el correspondiente informe puede ser desvirtuada por el solicitante de regularización o por el o los opositores de acuerdo a los demás medios de prueba o justificaciones que acompañe en autos, entre los cuales, por cierto, se encuentra el informe de peritos, tal como por lo demás se infiere de lo preceptuado en el artículo 178 y 180 del Código de Aguas;
- v). En definitiva, de acuerdo a lo dispuesto expresamente en la última parte de la letra d), del inciso primero, del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, el Juez de Letras en lo Civil competente debe conocer y fallar esta solicitud de regularización de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas, lo cual debe ser interpretado en forma armónica con lo dispuesto en el artículo 179 de ese mismo ordenamiento legal, en cuanto que en estos juicios se podrá decretar de oficio, entre otras diligencias probatorias, el informe de la Dirección General de Aguas.

En razón de ello, no cabe dudas que la correcta interpretación es que el legislador previó y dispuso que la Dirección General de Aguas no era parte en este tipo de procedimiento de regularización, sino que solo le compete llevar adelante la tramitación de la solicitud ante sede administrativa, dictar el competente informe, y remitir todos los antecedentes al Juez competente, sin perjuicio que durante la tramitación de la solicitud de regularización de acuerdo a las normas del juicio sumario, este Servicio evacue informe decretado de oficio o a petición de parte.

#### **VI.b. Si el peticionario se desiste de su solicitud ante la Dirección General de Aguas**

Hemos señalado que la Dirección General de Aguas debe remitir al Juzgado respectivo un oficio con los antecedentes completos de la citada petición contenidos en el expediente administrativo con el objeto de obtener de

<sup>100</sup> En todo caso, cabe hacer presente que estos argumentos se encuentran contenidos en el citado Oficio N° 223, de fecha 22 de marzo de 1996, del Director General de Aguas al Señor Presidente de la Excm. Corte Suprema.

esa autoridad jurisdiccional una resolución definitiva.

Puede ocurrir que el peticionario por razón de su soberana voluntad o de un vicio que invalide su petición o el procedimiento se desista de ella ante la sede administrativa, o bien lo haga en la causa civil ante el juez correspondiente<sup>101</sup>.

En nuestro parecer, la Dirección General de Aguas en el oficio que adjunta todos lo obrado en el expediente administrativo, debería informar de dicha presentación al Tribunal competente a fin de que la conozca y resuelva, sin perjuicio de asistirle el derecho de una solicitud de regularización o de proponer su opinión de denegar la solicitud por haber operado un desistimiento de la misma.

En efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, el conocimiento y fallo –conforme a las normas del procedimiento sumario– es de competencia del respectivo Juzgado de Letras, correspondiéndole a la Dirección General de Aguas solamente su conocimiento y tramitación en sede administrativa, lo cual concluye con el informe técnico de estilo y la remisión de todos los antecedentes al Tribunal de Letras correspondiente.

De manera que, en atención a lo expuesto el Servicio citado a objeto de colaborar con la resolución de la solicitud de regularización e inscripción de derecho de aprovechamiento de aguas, debe informar al respectivo tribunal y hacer presente que se sirva dictar la correspondiente resolución por la cual se tenga por desistido de ella al peticionario, con el propósito de hacer expreso el equivalente jurisdiccional que pone término al procedimiento en estudio, toda vez que conforme a derecho dicha Repartición carece de jurisdicción para ello, todo lo cual será salvo mejor parecer del competente tribunal<sup>102</sup>.

En todo caso, hacemos presente que por el hecho de haber operado el desistimiento del peticionario, los efectos de la sentencia que re-

caiga sobre ella no pueden entenderse que afectan el derecho de iniciar un nuevo procedimiento de regularización, pues de no ser así habría que concluir que el peticionario no podría regularizar su derecho de aguas nunca a través del procedimiento que regla el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, es decir, en este caso somos de la opinión que solo se produce cosa juzgada respecto del derecho a ese procedimiento y en caso alguno se produce la extinción de la acción como tampoco esta situación da derecho para alegar la excepción de cosa juzgada, según lo reglan respectivamente los artículos 150 y 177 del Código de Procedimiento Civil<sup>103</sup>.

Finalmente, cabe hacer presente que la Oficina Regional respectiva deberá solicitar siempre al tribunal respectivo que, en su oportunidad, se remita copia de la sentencia a firme dictada en los autos a fin de incorporarla al Catastro Público de Aguas que esta Repartición debe llevar en conformidad a lo establecido en el artículo 122 del Código de Aguas.

#### **VI.c. Si la petición no contiene los datos para determinar el derecho que se pretende regularizar**

Aparece en algunos casos que la petición de regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas no contiene los datos para determinar o individualizar debidamente el derecho que se pretende regularizar, lo que puede haber sido representado por opositor a esta o no.

En este evento, es razonable que la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de dicha situación en su informe técnico y, en razón de ello, exprese la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece que el peticionario no ha cumplido con los requisitos que establece el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, esto es, que la solicitud y las publicaciones no son del todo legalmente procedente, salvo lo que en definitiva resuelva el tribunal tanto respecto de incorporar este hecho

<sup>101</sup> Esta última situación deberá ser resuelta conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil, contenidas entre otras en los artículos 148 y siguientes de ese Cuerpo Legal.

<sup>102</sup> Confirma esta opinión la sentencia del Juzgado de Letras de Limache, de fecha 17 de junio de 1999, recaída en causa sobre procedimiento de regularización, autos rol N° 38.475.

<sup>103</sup> Hacemos extensivo estos efectos respecto del caso en que el desistimiento haya operado en la fase judicial de este procedimiento. Una razón más para sostener esta tesis se puede visualizar en los casos que reglan los artículos 194 y 195 del Código de Aguas.



como punto de prueba como de lo que disponga en su sentencia definitiva.

Cabe consignar que la sanción señalada para este incumplimiento o infracción a la ley implica que el peticionario debe presentar de nuevo la solicitud respectiva, toda vez que el vicio invalida solamente la solicitud y el respectivo procedimiento de regularización, mas no hace extinguir de modo alguno el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar, es decir, lo que se pierde en esta situación es el derecho a seguir tramitando la solicitud en atención al vicio y no la posibilidad de regularizar el derecho de aprovechamiento, para lo cual deberá iniciarse de nuevo el procedimiento respectivo.

#### **VI.d. Si en las publicaciones legales se ha omitido algún dato o requisito legal que afecte la acertada inteligencia de terceros**

Toda solicitud de regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas en virtud del procedimiento que regla el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, debe ser puesta en conocimiento de los terceros a fin de que hagan valer sus derechos, lo que constituye en sí el objeto que persiguen las publicaciones de estilo a que se refieren el artículo 131 del Código de Aguas, según lo prescrito en la letra b) del inciso primero de esa norma transitoria.

Ahora bien, con ocasión de esas publicaciones puede ocurrir que se haya omitido algún dato, elemento o requisito legal que afecte la acertada inteligencia de terceros. En esta circunstancia aparece conforme a la razón que la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de dicha situación en su informe técnico y, en razón de ello, exprese la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece que el peticionario no ha cumplido con los requisitos que establece el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, esto es, que no es del todo legalmente procedente y causa perjuicio a derecho de tercero, salvo lo que previamente resuelva el tribunal al momento de fijar los puntos de prueba, en cuanto establezca como uno de ellos si la solicitud se ajusta a derecho, esto es, si la petición cumple con los trámites de publicidad respecto de terceros de acuerdo a lo establecido en el artículo 131 del Código de Aguas como de lo que resuelva en definitiva en su sentencia.

Cabe señalar que la sanción que procede por esta infracción implica que el peticionario debe presentar de nuevo la solicitud respectiva, toda vez que el vicio invalida esta como el respectivo procedimiento mas no hace extinguir de modo alguno el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar.

A este respecto, es oportuno tener presente lo que ha sostenido la Contraloría General de la República<sup>104</sup> respecto de las publicaciones legales efectuadas en extracto de una solicitud de constitución originaria de derecho de aprovechamiento, pues es legítimo sostener la misma opinión o razones respecto de hechos o situaciones similares aun cuando se traten de aquellos que se constatan en otro procedimiento administrativo reglado por el Código de Aguas.

Hay que tener presente, además, que como no es posible aplicar a la solicitud de regularización la norma contenida en el artículo 140 del Código de Aguas, esto es, los requisitos que debe contener una solicitud de constitución originaria de derecho de aprovechamiento, la eventual infracción a la acertada inteligencia se debe ponderar en función a si en las publicaciones de estilo se han puesto en conocimiento de los terceros y debidamente todos los antecedentes que permitan tomar conocimiento del derecho de aprovechamiento de aguas determinado que se pretende regularizar, como si de esa solicitud se afecta sus derechos.

En definitiva, lo que se pierde en esta situación es el derecho a seguir tramitando la solicitud en atención al vicio de derecho en las publicaciones y a la acertada inteligencia de terceros, y, no por tanto la posibilidad de regularizar el derecho de aprovechamiento, para lo cual deberá el peticionario iniciar de nuevo el procedimiento respectivo.

#### **VI.e. Si no se acompañan las publicaciones legales**

No obstante haber efectuado el peticionario las publicaciones legales, puede ocurrir que no las acompañe al expediente administrativo, a

<sup>104</sup> Esta doctrina se encuentra contenida en el Dictamen N° 950, de fecha de 1995, de esa entidad fiscalizadora.

pesar de habersele requerido por la Dirección General de Aguas que lo haga en un plazo determinado.

En este evento resulta razonable que la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de esta situación en el informe técnico y, en razón de ello, exprese la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece que el peticionario no ha cumplido con los requisitos que preceptúa el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, salvo lo que en definitiva resuelva el tribunal tanto respecto de agregar este hecho como punto de prueba como de lo que resuelva en su sentencia.

En todo caso, el peticionario siempre que la resolución respectiva no se encuentre ejecutoriada conforme a lo que establece el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, podrá acreditar en la causa judicial respectiva haber cumplido con las publicaciones competentes como que ellas se han efectuado dentro de plazo y no afectan a la inteligencia de terceros, y en ese sentido puede acontecer que el tribunal al momento de fijar los puntos de prueba establezca como uno de ellos si la solicitud se ajusta a derecho, esto es, si cumple con los trámites de publicidad respecto de terceros de acuerdo a lo establecido en el artículo 131 del Código de Aguas, sin perjuicio de lo que respecto de ello resuelva en definitiva.

La sanción a esta infracción que se propone, esto es, la denegación de su solicitud por no ser legalmente procedente, está fundada en la circunstancia de que el peticionario no ha efectuado la especial forma de notificación a terceros de su petición, es decir, que no ha dado cumplimiento con el requisito de publicidad legalmente establecido, lo que implica que el peticionario deberá presentar de nuevo la solicitud respectiva e iniciar por tanto un nuevo procedimiento, toda vez que el vicio o infracción constatada invalida la solicitud y el respectivo procedimiento, mas no hace extinguir de modo alguno el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar.

#### **VI.f. Si no se acompañan los antecedentes que solicite la Dirección General de Aguas**

En virtud de lo preceptuado en el artículo 134 del Código de Aguas, la Autoridad Admi-

nistrativa competente puede haber dispuesto en el expediente administrativo que el peticionario acompañe antecedentes relacionados con todos o alguno de los requisitos a que se refiere el artículo 2° transitorio del Código de Aguas. En ese caso puede ocurrir que el solicitante no acompañe tales datos, documentos, etc., o estos sean incompletos, y/o, en definitiva, transcurra el plazo que dicho Servicio señale.

En estos casos resulta aconsejable que la Oficina del lugar de la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de esta situación en el informe técnico respectivo y, en razón de ello, exprese la opinión de que no es posible informar adecuadamente al tribunal sobre tal punto, elemento o requisito, solicitando al tribunal, si lo tiene a bien, en su oportunidad requerir tales antecedentes al peticionario y solicitar a esta repartición un informe técnico complementario de acuerdo a su tenor, todo ello salvo lo que en definitiva resuelva el tribunal tanto respecto de fijar dicha circunstancia como un punto de prueba como de lo que establezca en su sentencia.

Cabe consignar que lo anterior no implica una sanción para el peticionario, sino que como consecuencia de su falta de cooperación, la Dirección General de Aguas se ve impedida de informar adecuadamente sobre tal o cual requisito, no obstante ello debe elevarse para conocimiento y fallo la solicitud y sus antecedentes al tribunal competente para que él resuelva lo que estime en derecho.

#### **VI.g. Si el peticionario no acompaña fondos y no se efectúa la inspección ocular y el respectivo informe técnico**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 135 del Código de Aguas, esto es, que los gastos que irroguen las presentaciones ante la Dirección General de Aguas, como lo es una solicitud de regularización según lo establece la letra b) del inciso primero del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, son de cargo del interesado y los que originen las medidas que dicha Dirección adopte de oficio, será de cargo de ella; de manera que si ese Servicio Público estima necesario practicar inspección ocular, es ajustado a derecho que determine la suma que el interesado debe consignar para cubrir los gastos de esta diligencia.

Para tal efecto suele ordinariamente esa Repartición formalmente requerir al peticionario de una suma determinada, señalándole la forma y en qué plazo. En la mayoría de las veces los interesados cumplen con poner los fondos a disposición de esa Dirección General, en los menos, no.

En el caso de que el peticionario no remita los fondos, resulta razonable que la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de esta situación en el informe técnico competente y, en razón de ello, exprese que no es posible informar adecuadamente la respectiva solicitud, pidiendo al tribunal, si lo tiene a bien, en su oportunidad, requerir tales fondos al peticionario y disponer que ese Servicio evacue el informe técnico respectivo, todo ello salvo lo que en definitiva resuelva el tribunal.

Lo anterior no implica una sanción para el peticionario que dé mérito para denegar su solicitud, pues se trata de una diligencia que establece la ley que no se ha podido efectuar como consecuencia de la falta de cooperación del propio peticionario, por lo que ese Servicio se ve impedido de informar adecuadamente la solicitud respectiva al tribunal.

Ahora bien, dicho informe y demás antecedentes deben ser elevados al tribunal competente, para que tome conocimiento y resuelva lo que estime en derecho. Esto es, resolver definitivamente sin el informe de la Dirección General de Aguas, o bien, apereibir al peticionario para que efectúe la remisión de fondos a fin de sufragar los gastos en que debe incurrir el referido Servicio para emitir el informe que la ley establece expresamente.

En todo caso, resulta indispensable destacar que tanto para esa Repartición<sup>105</sup> como para los interesados y el propio tribunal, es relevante que ese Servicio emita su opinión respecto de la solicitud de regularización respectiva, sin perjuicio de lo establecido expresamente en las normas de los artículos 134, 135 inciso final, y la letra d) del inciso primero del artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

<sup>105</sup> La Dirección General de Aguas ha hecho saber a la Excma. Corte Suprema que en todos los asuntos contenciosos o voluntarios que sean de competencia de los tribunales de justicia, se le requiera su opinión técnica legal, lo que consta por lo demás del mérito del Oficio de este servicio N° 223, de fecha 22 de marzo de 1996.

#### **VI.h. Si el punto de captación indicado por el solicitante no coincide con el constatado por la Dirección General de Aguas**

Una de las menciones que determinan específicamente el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar es precisamente el punto desde donde se captan las aguas, sean estas superficiales o subterráneas. Cabe precisar que la identificación de dicho punto podrá efectuarse haciendo uso de las Coordenadas Geográficas (UTM), o bien haciendo referencia a la distancia que este se ubica de accidentes geográficos, infraestructura público o cualquier otro punto de referencia que permita determinar dónde se ubica la captación del derecho respectivo.

En ese contexto, no es una infracción menor el que no se indique el punto de captación del derecho a regularizar, así como el que efectivamente no exista la debida correspondencia entre el señalado en la solicitud y en las publicaciones con aquel que verifica la Dirección General de Aguas en terreno como consecuencia de la visita técnica de estilo. En el primer caso, en nuestra opinión, el Servicio competente debería informar a la luz de lo que se expuso en los puntos VI.c. y VI.d. de este documento. En el segundo caso, esa Dirección General debería dejar expresa constancia de dicha situación en su informe técnico y, en razón de ello, expresar la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece presuntivamente que la extracción ininterrumpida del derecho que se pretende no lo ha sido en el punto que indica el solicitante, sea porque no existen obras o porque no hay otros indicios que así manifiestamente lo demuestren, sin perjuicio de afectar tanto la acertada inteligencia de terceros y de causar una desinformación que hace que los terceros no hagan valer sus derechos, todo sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el tribunal.

Esta incongruencia entre el punto de captación señalado y el punto constatado, en nuestra opinión es fundamental, pues aquel se encuentra íntimamente vinculado tanto con el hecho de haberse estado extrayendo un caudal de aguas, con su aprovechamiento ininterrumpido, como con que él se haya efectuado dentro del plazo que señala la ley, sin perjuicio de los derechos de terceros.

**VI.i. Si el derecho que se pretende regularizar se ejerce conjuntamente con otras personas (por unas mismas obras) y se omite dicha situación en la solicitud y publicaciones**

Este caso trata de que existiendo varias personas naturales o jurídicas, solo una de ellas pretende regularizar para sí solamente el derecho de aprovechamiento a través de este procedimiento, con el consiguiente perjuicio para los demás. Por tanto, en este evento no se considera una petición que una persona hace para sí y en beneficio de otras, o lo hace en representación de varias en la misma solicitud, respetando consecuentemente el derecho que le asiste a los demás.

De esta situación debe dejarse expresa constancia por la Dirección General de Aguas en su informe técnico y, en razón de ello, expresar la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece presuntamente que la regularización del derecho que se pretende no se está efectuando con pleno respecto de los derechos que tienen todos los que han usado ininterrumpidamente del mismo, salvo lo que en definitiva dictamine el tribunal, tanto respecto de si este hecho constituye un punto respecto del cual debe rendirse prueba como de lo que resuelva en definitiva en su sentencia.

Lo que se persigue en estas circunstancias es poner en conocimiento del tribunal de esta situación y salvaguardar de alguna manera los derechos que terceros determinados o determinables que pueden tener sobre las aguas que han usado ininterrumpidamente en conjunto o alternado con aquel que pretende regularizar solo en su favor. Al respecto resulta oportuno tener presente lo establecido en los artículos 718 y 2504, del Código Civil.

La sanción debería ser que el peticionario debe perder el derecho a continuar con el procedimiento de regularización en trámite, debiendo reiniciar el mismo en el cual se consideren a las personas preteridas o se distinga claramente el derecho de aprovechamiento que por esa obra común<sup>106</sup> captan dos o más titulares de dos o más derechos de aprovechamiento de aguas.

<sup>106</sup> Respecto de la propiedad de las obras comunes por las cuales dos o más personas captan, conducen, distribuyen y almacenan sus derechos de aprovechamiento de aguas, tener presente lo establecido en el artículo 202 del Código de Aguas.

**VI.j. Si la Dirección General de Aguas debe emitir pronunciamiento acerca de las alegaciones, argumentos o razones que hacen valer los opositores a la solicitud de regularización**

Hemos señalado anteriormente que debe dejarse constancia en el informe técnico que evacua la Dirección General de Aguas respecto de una solicitud de regularización, del hecho de que se han deducido oposiciones a ella como así también que resulta atendible que esa Repartición exprese su opinión legal y técnica respecto de ellas, sin perjuicio de que su conocimiento y resolución es competencia exclusiva del Tribunal Civil competente.

No obstante lo anterior, además parece razonable que el referido Servicio adjunte los antecedentes que obran en su poder y que dicen relación con las alegaciones, argumentos o razones que los oponentes invocan, a fin de ilustrar la decisión judicial.

En definitiva, no existe obstáculo legal que inhiba a la citada Dirección General a emitir su opinión sobre la procedencia o no de las acciones, alegaciones, defensas y observaciones que el o los oponentes hubieren hecho valer en contra de una determinada solicitud de regularización, pues entendemos que así como el legislador expresamente estableció en el artículo 179 del Código de Aguas la consulta a esa Repartición –en su calidad de Servicio Público rector en materias de aguas terrestres– en todos aquellos asuntos que se someten a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia según lo ordena el artículo 177 de ese mismo Código, lo mismo previó respecto de este especial procedimiento de regularización.

Es más, si el legislador ordenó en la letra b) del inciso primero del artículo 2° transitorio del Código de Aguas que la solicitud respectiva debe elevarse a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en las normas de los artículos 130 a 139 de ese mismo Cuerpo Legal, tácitamente está ordenando a ese Servicio que debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 134<sup>107</sup> de ese Código, esto es, además de so-

<sup>107</sup> Respecto de esta norma tener presente para su interpretación sistemática y concordada, las normas de los artículos 6, 7, 38, 73 y 79 de la Constitución Política de la Repúbli-

licitar las aclaraciones, decretar las inspecciones oculares y pedir los informes correspondientes para mejor resolver, y una vez reunidos los antecedentes solicitados, esa Repartición debe emitir un informe técnico, que naturalmente debe permitir al tribunal dirimir la cuestión debatida.

Si no se arribara a esa interpretación, a la luz de lo establecido en el artículo 179 del Código de Aguas, esto es, que en la respectiva causa judicial se dispusiera informar por la Dirección General de Aguas de oficio o a petición de parte, se obtendría el mismo resultado con la salvedad que en el proceso respectivo no se habría salvaguardado uno de sus principios rectores que lo informan como lo es el de la economía procesal.

En fin, no hay dudas razonables para que cualquiera sea la oportunidad, la Dirección General de Aguas haga presente su opinión técnica y legal no tan solo de la solicitud sino de las oposiciones que se hayan deducido en contra de ella, sin perjuicio de lo que las partes puedan demostrar en relación con los puntos de prueba que se fijen como de lo que en definitiva resuelva el tribunal.

#### **VI.k. Una solicitud de regularización de derechos de aguas en fuentes que han sido declaradas agotadas, o que respecto de ellas existe un área de reducción temporal, de restricción o de prohibición decretada o en trámite**

El Código de Aguas respecto de las aguas superficiales ha establecido la facultad<sup>108</sup> del Director General de Aguas de declarar agotada<sup>109</sup> una fuente natural, sean estos cauces naturales<sup>110</sup>, la-

gos, lagunas<sup>111</sup> u otros, por lo cual se inhibe la posibilidad de constituir nuevos derechos consuntivos permanentes en ella; en cuanto a las aguas subterráneas, ha establecido las instituciones de la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento<sup>112</sup> a prorrata entre los perjudicados, la de área de restricción<sup>113</sup> en cuanto exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero con el consiguiente perjuicio de los derechos, y la zona de prohibición<sup>114</sup> para nuevas explotaciones en protección del acuífero.

Ahora bien, puede suceder que el punto de captación del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar se encuentre ubicado precisamente dentro de algunas de estas situaciones. Al respecto no caben dudas que de estas restricciones o circunstancias debe dejarse expresa constancia por la Autoridad Administrativa en su informe técnico a fin de ilustrar al tribunal en su decisión final y resguardar los derechos de terceros.

En ese contexto, la información que el Servicio Público proporciona al tribunal respectivo naturalmente servirá de base para la sentencia respectiva, en la cual debería dejarse expresa constancia de la existencia de esas situaciones particulares a fin de salvaguardar los derechos de terceros ubicados en estos eventos y de hacer partícipe de los efectos de estas instituciones al derecho de aprovechamiento que pretende reconocer como a su titular, en especial en lo que respecta a las áreas de restricción y a la institución de la reducción temporal.

En ese entendido, pensamos que no se afecta ni el derecho de aprovechamiento a regulari-

ca de 1980, y artículo 8 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>108</sup> Consultar el artículo 283 del Código de Aguas respecto de esta atribución, la cual debe ser concordada con las normas que establecen los artículos 130 a 139 de ese mismo Código, respecto de su procedimiento.

<sup>109</sup> En cuanto a que la junta de vigilancia respectiva puede presentar una petición fundada a fin de obtener esta declaración, ver artículo 274 N° 6, del Código de Aguas.

<sup>110</sup> Ver artículo 30 del Código de Aguas respecto a lo que se entiende por cauce. En contraposición, consultar artículo 36 de ese mismo Código respecto de lo que la ley entiende por canal o cauce artificial, como por embalse.

<sup>111</sup> Ver artículo 35 del Código de Aguas respecto a lo que se entiende por la ley por álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas.

<sup>112</sup> Respecto de esta limitación, consultar el artículo 62 del Código de Aguas, y artículo 26 de la Resolución DGA N° 186, de 1996, que estableció normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas.

<sup>113</sup> Respecto de esta institución, consultar los artículos 65, 66 y 67 del Código de Aguas, y artículos 27, 28, 29, 30 y 31 de la Resolución DGA N° 186, de 1996.

<sup>114</sup> En cuanto a esta zona, consultar los artículos 63 y 64 del Código de Aguas, y artículo 32 de la Resolución DGA N° 186, de 1996. En especial, además, ver Resolución DGA N° 909, de 1996, que identificó y delimitó las zonas que corresponden a acuíferos que alimentan vegas y los llamados bofedales de las regiones de Tarapacá y Antofagasta.

zar ni el procedimiento de regularización, como tampoco que el tribunal en su sentencia incurriría en el vicio de *ultra petita*<sup>115</sup>, el que esa autoridad jurisdiccional en uso de sus facultades haga extensivo los efectos de estas situaciones al derecho de aguas que se reconoce como a su titular, salvaguardando los derechos de otros titulares como a las propias fuentes naturales, en su caso.

### VI.1. El área de protección de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas que se pretende regularizar

Como se ha dicho, la solicitud de regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas no está sujeta a la norma que establece el artículo 140 del Código de Aguas, pues ella solo se somete a las normas del Código de Aguas contenidas entre los artículos 130 a 139, ambos inclusive, del Código de Aguas<sup>116</sup>. En ese contexto, una petición de este tipo respecto de aguas subterráneas no debería indicar el área de protección<sup>117</sup>.

Sin embargo, nuestra ley de aguas vigente establece un área de protección para los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, esto es, un mínimo de 200 metros de distancia entre captaciones sea en una franja paralela a la captación subterránea y en torno a ella, o bien, a un círculo con eje en el centro del pozo, según sea el caso, de acuerdo a la interpretación armónica y sistemática de las dispo-

siciones contenidas en nuestro ordenamiento legal especial de aguas terrestres<sup>118</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, es nuestra opinión que aunque el derecho de aguas subterráneas a regularizar bajo la legislación en que se empezó a ser aprovechado no establecía este beneficio legal, aparece del todo razonable que tal protección mínima legal debería quedar desde ya reconocida conjuntamente con el derecho, y, en ese entendido, no existiría inconveniente que el peticionario en su solicitud solicitará que su derecho quedará resguardado con el área de protección legal, esto es, con un área de protección. Menos aún, existiría reparo para el tenor de la sentencia judicial respectiva que así lo declarara, siempre que no incurriera en vicio de *ultra petita* que regla el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en el caso que el peticionario deseara que el área de protección del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas que regulariza sea mayor, ello debería justificarse por el solicitante a través de una memoria técnica que contenga, entre otros antecedentes, las características del acuífero y de la captación, como otros datos hidrogeológicos que así lo demostrarán<sup>119</sup>.

En este evento, no caben dudas que en el informe técnico del Servicio deberá existir una opinión sobre tal solicitud, que deberá comprender a lo menos si existe razón para ello, si existen otros derechos de aguas subterráneas en el acuífero que tengan un área de protección mayor a la mínima legal, si los informes o antecedentes técnicos proporcionados por el peticionario son contundentes y concordantes con la solicitud, entre otros.

En definitiva, sostenemos que no hay reparo alguno para que el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas que se regulariza, conjuntamente con su reconocimiento judicial, obtenga la declaración de que goza de

<sup>115</sup> Ver al respecto artículo 768 N° 4, del Código de Procedimiento Civil.

<sup>116</sup> A mayor abundamiento, resulta pertinente invocar como otro argumento que el artículo 23 del Código de Aguas ordena expresamente que la constitución originaria de un derecho de aprovechamiento debe someterse al procedimiento establecido en los artículos 140 y siguientes de este Código, siendo aplicables en forma supletoria, las normas contenidas en el Párrafo 1°, del Título I, del Libro. Es decir, las normas de los artículos 130 a 139 del referido cuerpo legal, reglan el procedimiento general administrativo ante la Dirección General de Aguas, el cual es siempre aplicable en el caso que exista silencio en las normas que reglan los especiales. En ese contexto, el requisito de señalar el área de protección a un derecho de aguas subterráneas a regularizar no es exigible, y, por ende, no hay infracción en caso de su omisión tanto en la solicitud como en las publicaciones legales.

<sup>117</sup> Ver artículo 140 N° 1, segunda parte, artículo 61, y 149 N° 2, todos del Código de Aguas, y artículos 19 y 23 y siguientes de la Resolución DGA N° 186, de 1996.

<sup>118</sup> Como consecuencia de un análisis sistemático de las normas contenidas en los artículos 61 y 140 N° 1, segunda parte, del Código de Aguas, y en los artículos 23 y siguientes de la Resolución de la Dirección General de Aguas N° 186, de 1996.

<sup>119</sup> Hacemos aplicable el espíritu y tenor de las normas contenidas en los artículos 6 y 130 del Código de Aguas; artículo 25 de la Resolución DGA N° 186, de 1996, y artículos 1, incisos 4° y 5°, 6, 7 y 19 N°s 2, 3, 24 inciso final, y 26, de la Constitución Política de la República.

la protección mínima legal de un área de protección, definida de acuerdo a la norma que establece el artículo 24 de la Resolución de la Dirección General de Aguas N° 186, de 1996.

#### **VI.m. Es posible que el derecho de aprovechamiento de aguas que se pretende regularizar lo sea con la condición de respetar un caudal ecológico**

Se plantea la posibilidad de si resulta legítimo establecer que un derecho de aprovechamiento que se regulariza en virtud de lo establecido en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, puede ser sometido a la observancia de un caudal ecológico, es decir, que con su reconocimiento se disponga que su titular en su ejercicio debe siempre dejar escurrir un caudal determinado en la fuente natural de tal suerte de que previamente escurra el caudal ecológico y luego se ejerce el derecho en la medida que exista un caudal sobrante en el punto captación que lo permita<sup>120</sup>.

Naturalmente, que esta modalidad ambiental en el ejercicio del derecho a regularizar se centra principalmente respecto de aquellos derechos que recaen sobre aguas superficiales, aunque estimamos<sup>121</sup> que no es imposible en el futuro mediato que también lo sea respecto de las aguas subterráneas.

Ahora bien, surge al respecto la opinión negativa, básicamente, fundada en el hecho de que lo que se regulariza es un derecho existen-

te –aun cuando no formalizado de acuerdo a la legislación de aguas vigente– y que de acuerdo a lo prescrito en el inciso final del número 24, del artículo 19 de la Constitución vigente, sobre el derecho de aprovechamiento de aguas reconocido hay un derecho de propiedad que podría verse afectado o conculcado.

Es decir, no podría establecerse ni por la Dirección General de Aguas, en su informe técnico respectivo, ni por la sentencia judicial dicha restricción o limitación, pues en la esencia se estaría vulnerando o afectando dicho dominio al imponerse una condición o requisito que impide su libre ejercicio, tal como por lo demás se ha ejercido hasta la fecha, a lo menos, desde el inicio del proceso de formalización legal, en virtud de lo dispuesto en el N° 26 del artículo 19 de esa misma Carta Fundamental; incluso es más, expropiándosele a su titular (regularizador) parte del bien incorporal sin concurrir los requisitos legales de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 N° 24, inciso 3° y de las normas que establecen el artículo 27 del Código de Aguas y el DL N° 2.186, de 1978.

A partir de dicha argumentación existe la impresión de que tal modalidad ambiental no podría establecerse respecto de un derecho de aguas que se reconoce a través de este procedimiento. Por otra parte, se plantean las siguientes razones para sostener su procedencia:

- i). No obstante el macizo resguardo que la Carta Política vigente reconoce y resguarda respecto del derecho de propiedad, el propio constituyente estableció no tan solo límites sino la obligación del titular de ese derecho de observarlos y respetarlos a través de lo que se ha denominado la función social de la propiedad que contempla como tales a los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad pública, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Como consecuencia de esas limitaciones constitucionales, el derecho de dominio en nuestro país no es absoluto, sin perjuicio de que en los hechos no lo es nunca frente al derecho de dominio de los demás, como lo demuestra por lo demás el tenor de las sentencias o demás equivalentes jurisdiccionales que han resuelto los conflictos a que ello da lugar.

- ii). Ahora bien, en función de lo expuesto, constituye una limitación al derecho de do-

<sup>120</sup> Abordamos este tema, además de contribuir al desarrollo dogmático de esta disciplina del derecho, con el propósito de generar algunas ideas respecto del derecho ambiental que aún en ciernes en nuestra institucionalidad ha empezado a gravitar fuertemente en el análisis que se efectúa respecto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales en nuestro país, y consecuencialmente respecto de las aguas terrestres y su aprovechamiento legítimo.

Dejo, además, constancia que este tema no es para nada pacífico, el cual requiere de un estudio particular, profundo y sistemático, lo cual excede el objeto de este trabajo, sin perjuicio de estimar que en los hechos es posible verificar la situación de un derecho de aguas que se pretende regularizar conforme a este procedimiento que se este ejerciendo en una fuente que esté sujeta a esta modalidad ambiental que restrinja su ejercicio.

<sup>121</sup> Sin perjuicio de que respecto de las aguas subterráneas su estudio es más dificultoso como dispendioso, en el futuro respecto de ellas deberá considerarse la necesidad de mantener un caudal ecológico en el acuífero.

minio la conservación del patrimonio ambiental, el cual debe ser concordado y sistematizado con las normas que preceptúa el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política, como con las contenidas en la Ley N° 19.300<sup>122</sup>, de 1994, teniendo presente, además, lo dispuesto en el artículo 9° transitorio<sup>123</sup> del Código de Aguas.

<sup>122</sup> En particular, debe tenerse presente lo preceptuado en los artículos 41 y 42 de esta ley. A saber, la primera disposición citada señala que el "uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas", al respecto cabe señalar que esta norma tiene el carácter o naturaleza de imperativa, que alcanza tanto a los administrados como a la administración, y constituye un importante fundamento, motivo o razón del acto administrativo denominada resolución calificatoria del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que puede establecer condiciones al ejercicio de derechos de aprovechamiento asociados a un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), como lo es la obligación de mantención de un caudal mínimo ecológico.

Por su parte, el artículo 42, expresa que el "organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, de acuerdo con la normativa vigente, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación.

Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales:

- a) Mantención de caudales de agua, y conservación de suelos
- b) Mantención del valor paisajístico, y
- c) Protección de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas".

Concluye este artículo estableciendo que "los planes de manejo regulados en el mismo no se aplicarán a aquellos proyectos o actividades respecto de los cuales se hubiere aprobado un EIA o una DIA". La excepción anterior se justifica plenamente, ya que se entiende que las exigencias ambientales contenidas en el plan de manejo, como es la mantención de caudales de agua, debieron haberse hecho dentro del SEIA.

En todo caso, no caben dudas que dentro del SEIA se puede condicionar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas asociados al proyecto evaluado, no solo a través de exigir la mantención de caudales de agua que protejan la biota asociada, sino también a través de otras condiciones que tengan por objeto la protección de bienes ambientales como el valor paisajístico, turístico, antropológico, arqueológico o histórico de la zona o zonas asociadas al uso de las aguas.

<sup>123</sup> Esta norma dispone que "Hasta que no se dicten las disposiciones legales referentes a la conservación y protección de las aguas, corresponderá a la Dirección General de Aguas aplicar la política sobre la materia y coordinar las funciones que, de acuerdo a la legislación vigente,

Aún más, la norma del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, en cuanto a las limitaciones y obligaciones del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes que se deriven de la función social establecidos en la ley, entre las cuales se hallan los intereses generales de la Nación y la conservación del patrimonio ambiental, se encuentra en plena armonía con lo dispuesto en la norma del artículo 19 N° 8 de la Constitución, en cuanto esta dispone que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, imponiendo al Estado el deber de velar porque este derecho no sea afectado y tutelar por la protección del medio ambiente, preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental.

Este deber constitucional impuesto al Estado, constituye el fundamento último para imponer condiciones ambientales específicas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas<sup>124</sup>, como lo es respetar un caudal de aguas pasante en la fuente natural, como caudal ecológico mínimo.

- iii) Por otro lado, la exigencia de un caudal ecológico mínimo no constituye una privación, supresión o imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales que emanan ni del derecho de propiedad<sup>125</sup> que se tiene sobre el derecho de aprovechamiento

correspondan a los distintos organismos y servicios públicos". A modo ilustrativo, por no ser materia de este trabajo, dejo constancia de la opinión mayoritaria de que esta disposición transitoria habría sido derogada total y tácitamente por las normas que establece la Ley de Bases del Medio Ambiente N° 19.300, de 1994.

<sup>124</sup> Cabe señalar que la posibilidad de establecer condiciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas se encuentra en plena concordancia con lo establecido en el Código de Aguas y en la Constitución Política de la República. En efecto, el inciso 2° del artículo 6 del Código de Aguas preceptúa que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley. Esta norma sujeta el ejercicio del referido derecho a lo que dispongan las leyes en la materia, y, es precisamente, la ley 19.300 la que estipula que pueden establecerse condiciones ambientales al ejercicio de determinados derechos, como es el caso, por ejemplo, del derecho de aprovechamiento de las aguas asociado a una obra o proyecto determinado sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

<sup>125</sup> Ver en este sentido artículos 6, inciso final, 21, 112 y siguientes, y 129, entre otros del Código de Aguas, y artículos 583 y 891 del Código Civil.



de aguas<sup>126</sup> como tampoco, en especial, sobre este último bien incorporal real<sup>127</sup>.

En efecto, el titular de los derechos de aprovechamiento conserva el dominio sobre estos, sin afectarse las facultades esenciales que emanan del mismo, esto es, uso, goce y disposición.

La mantención de un caudal mínimo en las fuentes naturales solo puede llegar a constituir una limitación indirecta y eventual al ejercicio de los referidos derechos de aguas. Constituye una limitación indirecta, en el sentido que no se prohíbe explícitamente el uso de un determinado porcentaje de aguas, sino que se fija un mínimo de caudal que debe correr o escurrir por la fuente al momento de ejercerlo, el cual debe ser siempre respetado en atención a los fines ambientales con él perseguidos, y, es una limitación eventual, en el sentido que el ejercicio de los derechos de agua se verían restringidos solo en el evento que el caudal pasante en el curso de agua disminuya en tal cantidad que para mantener el caudal mínimo exigido y necesario para su finalidad, deba restringirse temporalmente el ejercicio del derecho de aguas solo en cuanto a su caudal.

En decir, la restricción que se impone en virtud de respetar un caudal ecológico solo lo es en cuanto una modalidad al ejercicio del derecho de aguas, que solamente se asocia a su

uso mas no a su goce y disposición, lo cual, en todo caso, es solo en el evento que el caudal de la fuente no lo es tanto como para abastecer todos los derechos y que impide se cause una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, como lo es el agua propiamente tal como la diversidad biológica asociada y los demás recursos naturales.

El tema queda abierto para su discusión, pero en todo caso pensamos que deberá asumirse una posición al respecto en el futuro próximo, toda vez que lo que está en juego no es tan solo la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio ambiental y la preservación de la naturaleza como el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, sino que la posibilidad cierta de que el aprovechamiento legítimo de las aguas en el país lo sea de una manera sustentable conciliando el desarrollo económico sin vulnerar entre otros el principio del bien común.

## VII. DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas a los tribunales de justicia les compete conocer y fallar la solicitud de regularización de acuerdo a las normas del juicio sumario que establecen los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas.

Para esos efectos, la Dirección General de Aguas debe siempre remitir todos los antecedentes a fin de que el tribunal competente la resuelva sea acogiéndola o denegándola.

En ese contexto, no corresponde ni el archivo de los antecedentes ni el rechazo de la solicitud por ese Servicio, sino que por el contrario debe hacer presente las faltas, infracciones, errores o vicios que en la forma y/o en el fondo ameritan que el tribunal dicte tal o cual resolución.

Como se dijo anteriormente, la Dirección General de Aguas no es parte en los procesos de regularización, razón por la cual no corresponde que ella asista a los comparendos que se decreten por el tribunal competente ni recurra en contra de los fallos que en ellos se dicten, ya que a esa Repartición solamente le corresponde evacuar los informes técnicos mas no hacer alegaciones o defensas que en tal o cual sentido, como lo deben hacer el interesado o los ter-

<sup>126</sup> En nuestra opinión, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas asociados a una obra o proyecto de aquellos a los cuales se refiere el artículo 10 de la ley N° 19.300, de acuerdo al marco constitucional y legal reseñado en este trabajo, la resolución calificatoria con que concluye el SEIA es una herramienta jurídica adecuada y eficaz para establecer condiciones o limitaciones ambientales al ejercicio de los derechos y libertades, entre los cuales se encuentran estos derechos. Asimismo, resulta del todo legítimo concluir que una condición ambiental a que debe someterse el proyecto u obra que tiene asociado el ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas, es la imposición de un caudal ecológico mínimo si es que no se contempla en el acto de constitución originaria, o del aumento de aquel establecido por la autoridad competente, al momento de su constitución, pues él constituye una restricción autorizada por ley al ejercicio de dicho derecho de aprovechamiento, en función de proteger el medio ambiente, uno de los objetivos de la ley N° 19.300, según lo dispuesto en su artículo 1°.

<sup>127</sup> Respecto del concepto legal de derecho de aprovechamiento de aguas ver lo dispuesto en el inciso primero del artículo 6 del Código de Aguas, teniendo presente que son facultades de esta potencia jurídica el uso y goce de las aguas mas no la de disponer de ellas.

ceros opositores, permitan al Juzgado dictar la correspondiente sentencia.

Por otro lado, si en el respectivo procedimiento de regulación que se tramita en sede judicial se dispone que ese Servicio emita informe respecto de todo o en parte, complementario o no de uno anterior, procede que la respectiva Oficina Regional lo evacue y adjunte los antecedentes que fundan el mismo.

Finalmente, cabe insistir que resulta necesario que el tribunal competente remita, en su oportunidad, copia de la sentencia a firme que recaiga en el procedimiento de regularización a fin de incorporarla al Registro respectivo del Catastro Público de Aguas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 122 del Código de Aguas, situación que en la mayoría de las veces no ocurre<sup>128</sup>.

En otro orden de materias, no obstante las ideas que se han planteado en este trabajo sobre normas e instituciones referidas a este procedimiento en su fase judicial, es pertinente señalar que tanto la acción como las excepciones, alegaciones, defensas y observaciones que el peticionario o los opositores efectúen sea la fase previa administrativa como en la judicial deben tender directamente a tener por acreditados todos y cada uno de los requisitos que establece la ley, razón por la cual constituye, en nuestro parecer, el procedimiento ordinario ante la autoridad jurisdiccional que esta deberá recibir la causa a prueba, salvo que haga uso de la facultad contenida en el artículo 685 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo al mérito de lo obrado.

Por otra parte, además, es pertinente expresar algunas ideas respecto de las situaciones en que se halla, como en la que no se haya deducido oposición a la solicitud de regularización, en cuanto a quien debe notificarse la resolución que cita las partes a la audiencia del quinto día de acuerdo a lo prescrito en el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil.

En el evento en que se haya deducido oposición, no caben dudas que procede notificar a los terceros opositores, lo que deberá efectuarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 y siguientes del Código de Procedimiento Civil,

pues se trata de la primera notificación que se efectúa en la gestión o fase judicial de este procedimiento, aun cuando algunos han sostenido que bien podría efectuarse por cédula en atención a que ya en el procedimiento se ha efectuado notificación personal por aviso, a lo menos, como que lo que se pretende es dar cumplimiento a una resolución que ordena la comparecencia personal de las partes.

En todo caso, esta situación no reviste de mayores inconvenientes, como tampoco la forma de notificación que según sea la opción que adopte quien tiene su carga procesal deberá evitar la nulidad de lo obrado.

En el caso en que no se haya deducido oposición a la solicitud de regularización, no se visualiza por tanto a quién y en qué forma notificar la resolución que cita a comparendo.

En relación a esas interrogantes, es nuestro parecer que puede adoptarse el criterio que ellas se resuelven mediante la notificación por avisos que establece el artículo 54 del Código de Procedimiento Civil, pues, en estos casos se desprende inequívocamente que es difícil de determinar tanto la individualización como la residencia de las personas que habría que notificar personalmente o por cédula la referida resolución.

Es más, de alguna manera el Código de Aguas establece este tipo de notificación como la forma general de efectuar o dar cumplimiento a la formalidad de publicidad a terceros respecto de los procedimientos que él contempla, pues el artículo 131 de ese Cuerpo Legal es precisamente una de las normas del procedimiento general administrativo que rigen en subsidio de las especiales. Incluso, es más, dicha forma de notificación es precisamente la que rige para el caso de formación por la vía judicial de las comunidades de aguas, según lo preceptúan los artículos 188 y 197 del Código de Aguas, especie de notificación que también es aplicable a los casos de constitución de asociaciones de canalistas y de juntas de vigilancia, según se desprende de lo establecido respectivamente en los artículos 258 y 267 de ese mismo Código.

En conclusión, somos de la idea que a través de esta forma especial de notificación se da por cumplida, con arreglo a derecho, la notificación a todo aquel que tenga o pueda tener interés respecto de la solicitud y sus resultados como el dar cumplimiento formalmente con ese requisito de publicidad en sede judicial.

<sup>128</sup> Esta situación en parte se ha pretendido subsanar mediante la norma establecida en el artículo 33 del Reglamento del Catastro Público de Aguas contenido en el D.S. MOP N° 1.220, de 1997.

## VIII. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este documento caben inferir las siguientes conclusiones:

a. El procedimiento de regularización contemplado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas es especial y solo aplicable a los casos que regla, por lo que la procedencia de la petición respectiva solamente lo es en la medida que del mérito de lo obrado en el expediente judicial se hayan acreditado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales.

Por tanto, cualquier situación que no quede comprendida en las hipótesis que plantea esa norma, o bien, aquellas en las cuales no se cumplen con todos sus requisitos deben ser resueltas a través del procedimiento judicial ordinario que prescriben los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas, salvo que se ajusten a otro de los procedimientos especiales que establece ese mismo cuerpo legal.

b. Dado el silencio de la norma respectiva en cuanto a reglar situaciones no previstas como a determinar el sentido y alcance de ella como de sus requisitos, resulta del todo procedente aplicar las normas del derecho común, tanto aquellas que se disponen respecto del procedimiento en el Código de Procedimiento Civil, como las de fondo contenidas en el Código Civil.

De manera que en la medida que existan pasajes oscuros o silencio de la norma transitoria del Código de Aguas, tanto la autoridad administrativa como la jurisdiccional, como el interesado y todo aquel que tenga interés en el resultado de la acción deducida, podrán legítimamente invocar las reglas contenidas en esos cuerpos legales en sus debidos documentos o presentaciones.

c. La norma del artículo 2º transitorio del Código de Aguas es clara en cuanto a la competencia de la Dirección General de Aguas y a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia. Entonces, no es lícito que la autoridad administrativa se avoque al conocimiento y fallo de la petición pues ello lo es de exclusiva facultad de autoridad jurisdiccional, sin perjuicio de que en su informe haga valer su opinión respecto de la procedencia o no de todos y cada uno de los requisitos legales que ameritan en su parecer acceder a la solicitud o no, lo cual en todo caso, es posible de desvirtuar en la

fase judicial de este procedimiento a través de los medios de prueba que franquea la ley por el peticionario o por los opositores, en su caso.

d. Dentro de la próxima reforma al Código de Aguas resulta conveniente contemplar aquella que perfeccione, complemente y aclare no solamente el sentido y objeto de este procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas, sino que los elementos y requisitos que dicha norma establece, básicamente, con el propósito de otorgar una debida guía a los tribunales de justicia.

Incluso es más, estableciendo efectivamente la posibilidad de que conjuntamente con el reconocimiento del derecho se reconozca a este con sus especificaciones o menciones conforme al actual ordenamiento de aguas, como el hecho de que puedan ser beneficiados con área de protección aquellos que recaen sobre aguas subterráneas o con un caudal mínimo ecológico o sujeto a las limitaciones vigentes, como lo son la existencia de una zona de prohibición o de un área de restricción, entre otros temas.

Asimismo, dicha reforma debería considerar al momento de pronunciarse en definitiva sobre la procedencia o no de la solicitud de regularización por el tribunal correspondiente, de modo relevante la opinión técnico-legal de la Dirección General de Aguas, pues en su calidad de Organismo Público especializado y rector en materias de aguas terrestres, investigador, recopilador de información y fiscalizador del recurso hídrico, que como un órgano más del Estado está al servicio de la persona humana, vela por el bien común como de los demás bienes jurídicos consagrados en la Constitución, y que en términos generales no tiene más afán que coadyuvar debidamente a los tribunales de justicia salvaguardando los derechos de terceros, entre los cuales no tan solo se encuentra el derecho de propiedad sobre los derechos de aguas susceptibles de ser reconocidos a través del competente procedimiento de regularización sino que también del medio ambiente, el cual contempla entre otros la preservación, conservación y protección de las aguas dulces o terrestres del país como de los demás recursos naturales asociados a estas.

e. No obstante lo anterior, es nuestro parecer más profundo que la referida reforma debería establecer una fecha cierta de término o de vigencia de esta institución, pues es invocada por muchos interesados que en un número

significativo de casos resulta ser instrumento – una ley– de blanqueo de situaciones de hecho ilegítimas que con el tiempo se revisten de legalidad, y, en los casos menos significativos, pero no por ello menos relevantes, constituye una situación que puede sorprender a la autoridad, como en la mayoría de ellos causar perjuicio a derecho de terceros, básicamente por no tener estos acceso a la publicidad o notificación que este procedimiento contempla, o bien, por no impetrar las acciones o recursos que le franquea la ley para defender su interés comprometido.

En fin, estimamos que este procedimiento especial de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas puede ser derogado, pues en caso alguno se imposibilita que aquellos titulares de que habla el artículo 2º transitorio del Código de Aguas quedarían en la inde-

fensión, pues el reconocimiento de su derecho podría válidamente obtenerse a través de aquel que reglan los artículos 177 y siguientes de ese mismo Código, claro está que perfeccionando el artículo 179, en el sentido de hacer obligatorio el informe de la Dirección General de Aguas, y de otorgarle el valor de plena prueba y directa vinculación de su mérito a lo que se resuelva en definitiva por el tribunal competente.

Con ello, no tan solo se eliminaría la fase administrativa de este procedimiento, acelerando el conocimiento y fallo de la petición, sino que además se esfumaría el halo de inquietud o peligro que esta institución provoca y que a algunos permite revestir injustificadamente la actuación de la Administración con un velo de burocracia, en su sentido negativo, y falta de transparencia y probidad tan infundadamente sostenidos, por lo demás.