Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 211
Año LXX
Enero-Junio 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LAS ACCIONES JUDICIALES DESTINADAS A LA PROTECCION DE LAS AGUAS Y DE LOS DERECHOS QUE SE EJERCEN SOBRE ELLAS

FRANCISCO SEGURA RIVEIRO
Profesor de Derecho Privado
Universidad de Concepción

INTRODUCCION

La protección de las aguas, como recurso natural vital para la generación y mantención de la vida, es un tema de preocupación internacional que ha motivado incluso conferencias mundiales especializadas, al amparo de la Organización de Naciones Unidas. Las legislaciones de los países más avanzados son robustas en reglas de protección ambientales y de las aguas[1].

Por su parte es normal que los sistemas jurídicos junto con atribuir derechos a los particulares establezcan sistemas de protección para su ejercicio. Es más, a medida que se ha consolidado la necesidad de protección de los derechos individuales en sentido amplio, el derecho ha sufrido una importante transformación, acentuándose la incorporación de reglas de garantía para los ciudadanos en el libre goce de sus derechos.

Estos dos fenómenos, sucintamente descritos, se encuentran en un inevitable conflicto. Para proteger adecuadamente la sustentabilidad en el uso de las aguas es necesario limitar el ejercicio de derechos sobre éstas, aun en sacrificio de intereses privados, lo que se enfrenta a la corriente proteccionista de los derechos particulares.

Así, el legislador debe "satisfacer" por una parte la necesidad de conservar el recurso, pero, a la vez, no puede afectar en exceso las garantías que los

[1] Como ejemplos podemos citar: En los Estados Unidos, la Ley de Política Ambiental Nacional (National Environmental Policy Act); en Canadá la Ley de Protección del Medio Ambiente del año 1988, etc.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

particulares tienen en el ejercicio de los derechos sobre las aguas. Esta tensión de intereses, protección ambiental – garantías de la propiedad, qué duda cabe, está presente en gran parte de las normas legales que pretenden regular el uso de recursos naturales. Ella se manifiesta con particular intensidad tratándose del agua, soporte primero e indispensable de la vida.

Para efectos de este trabajo hemos decidido estudiar una parte de las reglas legales chilenas de protección referidas a los recursos y acciones judiciales destinadas, ya sea a la protección del agua como recurso, ya sea a la protección de los derechos ejercidos sobre ellas.

Nuestra legislación de aguas estudiada desde el punto de vista de la protección del agua como recurso ambiental, resulta especialmente ineficiente[2]. En efecto, el Código de Aguas contiene muy pocas, y como veremos confusas normas de protección del agua como recurso y prácticamente el único texto en la materia es un antiguo decreto del año 1916.

Ello se explica porque nuestro Código de Aguas implementó un sistema marcadamente privatista en que se entrega al mercado la asignación de los recursos hídricos, mediante las leyes de la circulación de la riqueza. Así como consecuencia lógica del sistema se ha centrado la preocupación en la protección de los derechos privados ejercidos sobre las aguas[3]. Es más, sobre la protección del agua en cuanto recurso directamente sólo se encuentra una norma y por lo demás transitoria, el art. 9° (transitorio) de dicho cuerpo legal, que imponía a la Dirección de Aguas la obligación de "velar por la conservación y protección de las aguas". Sin embargo, no se han señalado facultades, poderes ni directrices para que la Dirección cumpla ese propósito.

Como se ha dicho por algún autor el legislador de la época del Código prefirió omitir la preocupación ambiental y dejarla entregada a futuros textos legales[4].

Efectuadas las precisiones anteriores pretendemos exponer el sistema actual o conjunto de acciones judiciales, algunas de particular interés teórico, destinadas a proteger el recurso hídrico y asegurar al titular de un derecho de aguas su ejercicio sin turbaciones.

[2] Puede verse en nuestro trabajo Estudio práctico de Derecho de Aguas, pp. 33 y sgtes.

[3] Debemos tener presente la inspiración que tiene el C. de Aguas que nos rige, evidentemente privatista y que en lo sustancial ha considerado a las aguas como un bien jurídico de valor similar a cualquiera otro. Las razones de esta elección son públicas e históricamente conocidas y no creemos necesario referirlas, más puede verse sobre ello en Tala Alberto, Recursos naturales, p. 58.

[4] Sila Pérez Enrique, Contaminación de las aguas, publicación del Colegio de Abogados de Chile A.G., 17 de octubre de 1996, p. 13.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Analizaremos entonces dos grupos de normas que establecen acciones:

a) Normas que crean acciones relativas a la protección de las aguas como recurso natural.

b) Normas que crean acciones relativas a la protección en el ejercicio de los usuarios de las aguas frente a turbaciones de hecho o de derecho por parte de terceros.

I. NORMAS QUE ESTABLECEN ACCIONES DE PROTECCION DE LAS AGUAS EN CUANTO RECURSO NATURAL

Se trata de acciones, que normalmente tendrán el carácter de popular, destinadas a denunciar las obras que producen daño a los acuíferos u otras fuentes de aguas, tales como contaminación, depósito de escombros, tala de árboles, etc.

Como se dijo, son escasas las normas que se han destinado a la defensa del recurso como tal, siendo incluso razón de crítica del sistema legal imperante[5]. Así, no existen acciones judiciales que directamente se hayan establecido para la protección de las aguas. Sin embargo, la necesidad ha llevado a la doctrina y principalmente a la jurisprudencia a ampliar ciertas reglas del Código de Aguas vigente para disponer la protección de las aguas.

Cabe hacer presente que indirectamente al proteger las aguas se protege a quienes tienen derechos sobre ellas. En efecto, quien goza de un derecho de aguas o sobre las aguas se ve beneficiado por los esfuerzos de protección de los recursos y por cierto que en determinados casos será el mismo titular del derecho quien asuma el rol activo ejerciendo las acciones para proteger las aguas y con ello su derecho.

1. Las llamadas acciones posesorias

El título IX del Código de Aguas se ha destinado a lo que se llama "acciones posesorias sobre aguas". Estas normas originalmente se encontraban en los arts. 936 y sgtes. del Código Civil de donde pasaron a los primeros Códigos de Aguas de la República y finalmente al actual con muy pocas alteraciones[6].

Pudiera esperarse entonces que bajo este epígrafe se regulara la protección

[5] Urquidi Fell, Juan Carlos, "Análisis crítico de la institucionalidad y del marco regulatorio del recurso hídrico continental", Rev. de Derecho de Aguas, vol. V, año 1994, p. 61.

[6] Es por ello que en este trabajo podrá encontrarse citada jurisprudencia antigua que está referida a las reglas del Código Civil, pero que conserva su valor.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

posesoria (al menos su ejercicio material) del derecho de aprovechamiento que se viera afectado por actuaciones de otras personas sobre los cauces o las aguas. Sin embargo, lo que realmente se regula aquí no es eso o al menos no es sólo eso sino que mucho más que ello.

En efecto, las reglas que comentamos, tal cual se han aplicado por la jurisprudencia, forman un conjunto de acciones, algunas con auténtico carácter popular, para proteger a la comunidad y a cualquier afectado particular, incluido el titular de un derecho de aguas, ante cualquier daño o amenaza de daño causado a las aguas ya sea por simples actos materiales de personas sin derecho, ya sea como consecuencia del ejercicio abusivo que de sus derechos sobre las aguas realicen sus titulares o bien del daño causado con ocasión de la ejecución de obras en las aguas.

1.1. Contenido real y aplicación práctica de las normas

Como se aprecia la redacción de las normas del párrafo y su propio epígrafe, ha sido descuidada, lo que dificulta entender su real contenido.

En primer término debemos recordar que es el propio legislador el que ha establecido para el derecho de aguas un sistema de posesión inscrita, que resta valor a la posesión material y sólo la reconoce en casos especiales. Si nos atenemos al principio comentado debiéramos afirmar, como ocurre por alguna doctrina respecto de la posesión predial del Código Civil, que no es posible privar de la posesión por actos materiales, éstos no pueden alterar la posesión, pues ésta sólo se perdería al ser privado el titular de su inscripción. Sin embargo, razones de buen criterio nos llevan a entender que el legislador ha pretendido la protección del ejercicio material de los derechos[7].

Para estos efectos ha creado como principal herramienta el amparo de aguas, recurso especial que se analizará a continuación. Pero, además de ello destinó un párrafo a las que llamó acciones posesorias. Analizado con detención, la verdadera acción posesoria de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que se ha creado es el amparo de aguas. Lo que el legislador ha regulado en el párrafo que llamó "acciones posesorias" es un conjunto muy diverso de acciones judiciales que se establecen en favor del afectado por las obras que se ejecutan en los cauces. De esta forma, el titular de ellas no es necesariamente quien porte un derecho de

[7] Para profundizar el tema puede verse Peñailillo Daniel, Los bienes Editorial Jurídica, Tercera edición actualizada, p. 394.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aguas, sino que cualquier persona o la comunidad en ciertos casos, que vea afectado un interés legítimo por las obras ejecutadas por otro en el cauce o por la contaminación de las aguas.

De lo dicho resulta que el titular del derecho de aprovechamiento bien puede ser el sujeto activo de la acción (y será la situación normal), pero bien puede ser el sujeto pasivo cuando sus obras de aprovechamiento produzcan alguno de los efectos dañinos tipificados en las normas.

Nos enfrentamos al caso en que cualquier persona sea o no titular de derechos de aguas realice obras que afecten las aguas (contaminándolas, estancándolas, etc.) o efectúe obras sobre los cauces que produzcan daño en ellas o en los predios colindantes.

De este punto de vista la denominación "acciones posesorias" resulta del todo desafortunada. Lo que realmente ha ocurrido es que estas acciones estaban, como se dijo, originalmente en el Código Civil, destinadas, al igual que las demás que se contemplan hasta hoy, a la protección de la posesión sobre inmuebles, en el caso, cuando se afectaba la posesión por acción u obras sobre las aguas. No eran acciones destinadas a proteger las aguas, aun cuando indirectamente este beneficio se podía obtener al ejercer alguna de ellas. Al pasar a los Códigos de Aguas no fueron objeto de las adecuadas adaptaciones. Es por ello que siguen siendo lo que originalmente fueron, acciones de protección a la posesión de los inmuebles, que sólo por efecto colateral protegen las aguas. Así por ejemplo, la acción que tiene el dueño de un predio para solicitar que se eliminen los obstáculos que impiden la circulación de las aguas y le inundan, es una acción destinada a proteger el predio y sólo por consecuencia ayuda a las aguas que se vean libres de los escombros y demás obstáculos que impiden su circulación.

Es por esta razón, sumada a la creación de la acción especial de amparo de aguas y la influencia del recurso de protección, que estas acciones han caído en franco desuso.

Creemos necesario mejorar esta regulación pues en la práctica hemos conocido la necesidad de acciones especiales adecuadas a la especial naturaleza del recurso. Se puede afirmar, en todo caso, que sería prudente mantener el tratamiento como acciones posesorias con el objeto de hacer aplicables supletoriamente las reglas que respecto de ellas contiene la legislación civil, referencia que por lo demás contempla expresamente el Código de Aguas en su artículo 128 y aun más relevante que ello, aplicar a ellas las reglas procesales existentes para las acciones del derecho civil.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1.2. Aspecto procesal de las acciones

Se rigen íntegramente por las reglas generales, artículo 128 del Código de Aguas.

1.3. Aspecto sustantivo

Se han reglamentado tres situaciones, que dan origen a tres acciones diversas:

1.3.1. La ejecución de obras que tuerzan la dirección de las aguas y perjudiquen a los predios que tienen derecho a aprovecharse de ellas (artículo 123)[8].

Cualquier interesado, aunque no sea titular de derechos de aguas ni dueño del predio, puede solicitar que estas obras sean destruidas o modificadas y se le resarzan los perjuicios.

La acción tiene como sujeto activo a cualquier "interesado", de forma que no está limitada sólo al dueño afectado, sino a todo el que pruebe un interés directo y económico en que la turbación de las aguas termine. De esta forma podrá ejercer la acción el dueño del predio, pero también el poseedor, el mero tenedor[9]. Lo mismo respecto de los usuarios de las aguas, podrá ejercer la acción cualquier usuario de ellas, basta sólo que pruebe que ha usado efectivamente las aguas. La jurisprudencia ha entendido la expresión interesado en sentido muy amplio. Así, se ha dicho:

"No se requiere que se trate del dueño o poseedor de las aguas con que el predio se riega, sino simplemente se requiere que tenga interés en ellas, ya sea a título de dueño, en uso y goce, ya sea a título de poseedor o mero tenedor de dicho derecho"[10].

"...basta al efecto la circunstancia de hecho de las cuales aparezcan que el querellante usa las aguas para que pueda tenérsele como interesado en la acción"[11].

En todo caso tratándose de los perjuicios, sólo el dueño de la heredad podrá demandar la reparación de los daños de ésta[12].

La jurisprudencia ha insistido que el objeto de esta acción es mantener la situación de hecho existente antes de la ejecución de la obra, de manera que las

[8] Toda obra debe ser autorizada por la Dirección de Aguas, artículos 298 y sgtes. del Código.
[9] Corte Suprema, 30 de noviembre de 1926, Rev. T. 24, sec. 1ª, p. 529.
[10] Corte Suprema, 6 de noviembre de 1947, Rev. T. 45, sec. 1ª, p. 285.
[11] Corte Suprema, 4 de diciembre de 1944, Rev. T. 42, sec. 1, p. 445.
[12] Corte Suprema, 30 de noviembre de 1926, Rev. T. 24, sec. 1, p. 529.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

resoluciones dictadas no establecerán derechos permanentes, y por lo mismo no pueden ser usadas con la pretensión de que se reconozca a las partes derechos definitivos[13]. Un fallo lo ha explicado de la siguiente forma:

"No puede discutirse y resolverse las peticiones formuladas por las partes con el objeto de que se declaren permanentemente derechos ya sea de servidumbre o de otra índole, sobre las aguas desviadas del cauce natural"[14].

Como consecuencia de la interpretación anterior, las sentencias que se dictan en este procedimiento sólo producen cosa juzgada formal, pudiendo entonces discutirse en otro pleito, de lato conocimiento, las cuestiones relativas a la existencia y alcance de los derechos. Ello resulta de particular importancia tratándose de la indemnización de perjuicios. En efecto, es habitual que, dado el carácter concentrado del procedimiento, el demandante no logre acreditar suficientemente la existencia de los perjuicios que alegó, en tal caso podrá ejercer una acción ordinaria para obtener la reparación de los mismos[15].

Como se indicó, la regla concede la acción al interesado. Sin embargo, tratándose de los titulares de los derechos de agua la norma ha utilizado una expresión que nos parece equivocada. En efecto, se refiere a que las obras privan de su beneficio a los predios que tienen derecho a aprovecharse de ellas. Creemos no exagerar si decimos que la redacción es catastrófica. En primer término, quienes tienen derecho a usar las aguas no son los predios sino las personas que han adquirido el derecho a usarlas de acuerdo a la ley. En segundo término, no se ve razón para limitar la regla de esta forma, dejándola sólo aplicable al caso de que se afecte un predio, y excluyendo las hipótesis en que afecte el derecho a usar el agua aunque no sufra daño predio alguno.

Afortunadamente la jurisprudencia conocida hasta antes de la dictación del Código de Aguas que hoy nos rige había entendido (a propósito del art. 936 del Código Civil reemplazado hoy por el art. 123 que comentamos) que esta acción se concede, además de aquel que esté en posesión de la heredad o predio que es afectado por las obras, también a quien ejercita un derecho de aprovechamiento de las aguas que es afectado o incluso a quien utiliza las aguas aunque no demuestre un derecho indubitado[16]. La misma solución se ha mantenido en la jurisprudencia posterior al Código actual[17].

[13] Corte Suprema, 26 de diciembre de 1938, Rev. T. 36, sec 1ª, p. 44; 1 julio de 1954, Rev. T. 51 sec. 1 p. 361; Corte de Talca 30 de agosto de 1992 Gaceta, 2° semestre, N° 1015.
[14] Corte de Apelaciones de Concepción 25 de julio de 1912, Rev. T. 15 sec. 1, p. 329.
[15] Corte Suprema 14 de enero de 1915. Rev. T. 12, sec. 1, p. 561.
[16] Corte Suprema 14 de noviembre de 1938, Rev. T. 36, sec. 1ª, p. 348.
[17] Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de mayo de 1996. Revista de Derecho de Aguas vol. 7, año 1996, p. 194.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Se aprecia que la interpretación propuesta es bastante amplia, la jurisprudencia, aunque sin referencia expresa, parece haber comprendido que la única forma en que estas acciones sean de utilidad respecto de las aguas es extenderlas no sólo a la protección de la heredad inundada (como dispone el texto) sino también a favor del titular del derecho de aguas que no puede ejercerlo por razón de los impedimentos de hecho aunque no se afecte directamente a un predio determinado.

De acuerdo al artículo 124 esta acción puede ejercerse mientras no haya transcurrido tiempo bastante para constituir servidumbre. De esta forma el plazo es bastante extenso (cinco años), lo que es una diferencia destacable con las posesorias del derecho común. Por excepción la acción es imprescriptible cuando la obra ejecutada corrompa el aire y lo haga conocidamente dañoso.

La redacción de la regla de la imprescriptibilidad es bastante defectuosa. Fue tomada de una antigua ley del año 1916 (Nº 3133), cuyo texto era el mismo sólo que la expresión agua fue reemplazada por la de "aire". Es evidentemente defectuosa pues se refiere al aire, y el Código regula las aguas. Por ello ha sido clásico entender que se refiere al caso que la contaminación de las aguas produzca además corrosión en el aire. Por nuestra parte, estimamos que no fue más que un error de redacción, de hecho la norma que le sirvió de modelo se refería al agua y no al aire.

Fuera de los defectos ya expuestos, la norma es además confusa en especial en el uso de la expresión "conocidamente dañoso". La expresión nos plantea de inmediato dificultades en orden a la prescripción de la acción. Las alternativas son al menos dos:

– Que la acción prescriba desde el hecho que produjo la contaminación, independiente del momento en que ésta se hizo "conocidamente dañosa". Esta primera alternativa aun nos presenta otra cuestión que podemos graficar en la siguiente pregunta: ¿Conocido para quién? Las alternativas aquí son múltiples, puede serlo para el hombre común (apreciación en abstracto) o para el científico o para el particular que la ejerce, en el caso determinado (apreciación en concreto).

– Que la prescripción de la acción sólo se cuenta desde que la contaminación se haya hecho conocida.

Como se aprecia la redacción es, por cierto, deficiente.

1.3.2. El estancamiento de aguas en una heredad. Artículos 125, 126 y 127.

Se trata de una situación bastante típica en nuestros campos. Sea por causas

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

naturales o por obra de un sujeto, se produce dentro de un predio la detención de las aguas que corren por él, acopiándose y ocasionando daño, por inundación u otra causa, a las heredades vecinas.

Para determinar qué acciones y derechos tienen los sujetos debe distinguirse:

1. Si el estancamiento se efectúa por actos voluntarios del dueño, poseedor o tenedor del predio en el cual se estancan las aguas.

En tal caso, será obligado a remover los obstáculos conforme al art. 123 ya estudiado, con derecho a la indemnización de los perjuicios.

2. Si el estancamiento se efectúa por hechos fortuitos o de la naturaleza, tales como crecidas de ríos que arrastran escombros u otra causa natural siempre no voluntarios del dueño, poseedor o tenedor del predio en el cual se estancan las aguas.

Conforme al art. 126 del Código, los afectados tienen derecho a que el juez ordene al dueño, poseedor o mero tenedor de la heredad despejar los obstáculos o incluso despejarlos ellos mismos. Sin embargo, el costo de esta remoción y de la limpia o desembarazo será repartido entre todos los beneficiados por ello. Aunque la disposición no lo dice, creemos que esta regla se extiende a todos los beneficiados incluso los que no hayan sido partes de la acción.

3. El artículo 125 contempla una situación excepcional. Se refiere al sujeto que hace obras en su predio para impedir la entrada a él de aguas que no está obligado a recibir. En tal caso no es responsable de los daños que sin intención ocasione.

La norma pone en juego dos intereses. El interés del dueño del predio que tiene derecho a impedir la entrada de aguas y para tal efecto efectúa obras que las detienen o atajan; y el interés del titular de las heredades vecinas que se verán afectadas por dichas obras. Como se aprecia el legislador ha estimado preferir al primero.

En todo caso el límite a la regla está dado por la expresión "aguas que no está obligado a recibir". Compartimos con la jurisprudencia la tesis de que esta expresión se refiere a la existencia de servidumbres y en particular a la natural de escurrimiento. Así en una sentencia clásica se ha dicho: "La regla no es aplicable tratándose de aguas que se escurren naturalmente siguiendo el descenso o gradiente del lecho..."[18].

[18] Corte Suprema 14 de noviembre de 1938, Rev. T. 36, sec. 1ª, p. 348.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1.3.3. Daño causado en la forma de dar salida a las aguas de un predio. Artículo 127.

Se refiere a los daños causados por la negligencia en la forma de dar salida a las aguas de un predio luego de uso o paso de forma tal que al derramarse en otro predio lo daña. En este caso se establece el derecho del afectado de demandar por los perjuicios causados y en caso de reincidencia para que se le pague el doble de lo que el perjuicio cause. No obstante que la norma nada indica, es evidente que si la salida de las aguas que causen daño se realiza por una obra, ésta deberá ser removida o modificada para que no produzca daños.

Resulta interesante detenerse en el caso de la reincidencia, caso en el cual la indemnización se deberá pagar doblada. Estamos en presencia de una indemnización establecida como pena privada, es decir como castigo a la conducta del sujeto, finalidad que no es la que corresponde comúnmente a nuestro principio civil en materia de reparación del daño.

El legislador concede la acción "al afectado", de forma que bastará que el sujeto activo pruebe que ha sido afectado en el ejercicio de algún derecho para poder ejercer esta acción.

Luego del estudio particular de estas acciones, aún quedan por resolver algunas cuestiones aplicables a todas ellas.

1.4. La indemnización de perjuicios. Rol de la culpa

Hemos visto que algunas de estas acciones dan derecho a demandar conjuntamente la reparación de los perjuicios. Ya hemos señalado que estas acciones producen cosa juzgada formal, por lo que es posible siempre discutir respecto de los perjuicios en juicio separado aun en el evento de haber perdido en el juicio posesorio.

La pregunta que nos surge es ¿qué reglas son aplicables a esta reparación? No podemos detenernos en las diferentes alternativas. Simplemente diremos que se trata de las reglas de la reparación extracontractual, por lo que la prueba de la culpa corresponde a la víctima. Por su parte estimamos posible que en el caso el juez mande a retirar los obstáculos o detener las obras que causan daños y no por ello deberá condenar a los perjuicios al demandado, pues deberá acreditarse la culpa de éste, la previsibilidad del daño y la causalidad entre culpa y daño.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1.5. ¿Se trata de acciones muebles o inmuebles?

Un antiguo fallo las calificó de muebles[19]. No parece que se trata de acciones inmuebles, ya hemos explicado su carácter eminentemente predial. Por lo demás se ha aceptado que los derechos de aprovechamiento de agua son inmuebles[20], por lo que extendidas las acciones posesorias a la protección de estos derechos conservan su carácter inmueble.

1.6. Puede el comunero ejercer la acción por la cosa común

El tema reviste especial interés tratándose de derechos de aprovechamiento o propiedad predial común o en comunidad. En efecto, frente a esta hipótesis surge la cuestión a resolver. Es posible que un comunero ejercite la acción en defensa del derecho común o se requiere la acción de todos de consuno. Nos parece que analizados los fundamentos de las acciones en especial su carácter de reglas de amparo rápido contra atentados de hecho, no surge razón alguna para impedir que el comunero por sí ejercite estas acciones a nombre de la comunidad.

2. Otras acciones fuera del Código de Aguas. La Ley 3.133[21]

Existen en la legislación especial y complementaria del Código, normas que han creado algunas acciones de naturaleza similar a las posesorias en relación a las aguas. De ellas, la única que se refiere directamente a la protección de las aguas es la contemplada en la Ley 3.133 del año 1916. Poco conocida, esta ley, referida al tratamiento y neutralización de residuos provenientes de establecimientos industriales permite a las municipalidades o a los particulares interesados denunciar conforme a las reglas de las acciones posesorias de los Código Civil y de Procedimiento Civil, a las empresas que no cumplen con las exigencias que la ley impone en los artículos 2 y 3 de su texto. La sanción es una multa de una a cien UTM y la reincidencia de cincuenta a mil UTM, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan.

Por su parte, los arts. 2 y 3 citados y su reglamento se refieren a las obligaciones de autorizaciones de la Superintendencia de Servicios Sanitarios para

[19] Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de diciembre de 1862, Gaceta N° 181, p. 82.
[20] Estudio práctico... ob. cit., p. 55.
[21] La ley está reglamentada por Decreto Supremo N° 351 de Obras Públicas, de 26 de noviembre de 1992, Diario Oficial de 23 de febrero de 1993.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

todo residuo que se quiera depositar en las aguas. Especialmente se refiere a los residuos industriales (que denomina "riles") para cuya manipulación en las aguas se requiere la autorización del Presidente de la República, vía decreto del Ministerio de Obras Públicas, previo informe de la Superintendencia de Servicios Sanitarios[22].

Presentan la particularidad que se trata de acciones imprescriptibles cuando la infracción haya ocasionado contaminación de las aguas o las hagan conocidamente dañosas. A este respecto son válidas las observaciones planteadas en este trabajo a propósito del art. 125 del Código de Aguas.

Cabe consignar, aun cuando excede los límites de este trabajo, que el organismo destinado a velar por el cumplimiento de las exigencias ha pasado a ser la Superintendencia de Servicios Sanitarios, conforme a la Ley 18.902, arts. 2°, 5° y 20. De esta forma la Dirección de Aguas no tiene facultades en esta materia.

II. NORMAS PROTECTORAS DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO Y DE SU EJERCICIO MATERIAL

1. Las acciones posesorias

Al estudiarlas en los párrafos anteriores, hemos podido resolver que estas acciones cumplen varios fines. Protegen la posesión predial, la posesión de las aguas y de los derechos sobre ellas. Como se apreció en su análisis cumplen indirectamente la función de proteger a las aguas como recurso, por lo que fueron analizadas en esa oportunidad.

2. Procedimiento general en materia de aguas. Aplicable a turbaciones de derecho sufridas por el titular

El art. 177 del Código de Aguas establece el principio procesal:

"Los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y demás cuestiones relacionadas con ellos que no tengan procedimiento especial se conocerán en procedimiento sumario".

Como se aprecia, frente a las turbaciones de derecho, esto es frente a la

[22] Respecto de las aguas potables y su manejo existe todo un sistema especial cuyo análisis no corresponde al objeto de este estudio. En esta materia existe todo un diseño de normas de control de calidad para las aguas potables. Las llamadas "normas chilenas" de calidad (NCH).

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pretensión de otro de tener igual o mejor derecho a las aguas que el titular, la legislación nacional se ha limitado a disponer la discusión de estas cuestiones en juicio sumario cuando no exista un procedimiento especial. De esta forma en lo sustantivo deberán aplicarse las reglas generales de la propiedad, la posesión, los contratos, etc., para así determinar quién es el que porta mejor derecho y determinar cuál pretensión ha de prevalecer.

En lo puramente procesal, se trata de un juicio sumario que reviste pocas novedades, salvo las que a continuación se indican:

2.1. La competencia. El artículo 178 del Código de Aguas nos remite a las reglas generales establecidas en el Código Orgánico de Tribunales. Por su parte el artículo 144 de aquel Código señala que "será juez competente para conocer de los juicios sobre distribución de aguas el de la comuna o agrupación de comunas en que se encuentra el predio del demandado. Si el predio estuviere situado en comunas cuyos territorios correspondieren a distintos juzgados, será competente el de cualquiera de ellos".

La norma no es clara y se presta a discusiones[23]. En primer término aparece limitada a los juicios sobre "distribución de aguas". Esta referencia que efectuaba el art. 144 debía entenderse hecha a los juicios sobre distribución de aguas que reglamentaba el Código de Procedimiento Civil, que luego de la reforma (en esta materia) a propósito de la promulgación del Código de Aguas de 1951 desaparecieron.

Con lo expuesto, la referencia a las reglas generales que hace el Código actual demuestra un descuido del redactor. Por razones lógicas, la doctrina y jurisprudencia han entendido que la expresión "juicios de distribución de aguas" es sinónimo de "toda controversia judicial sobre aguas", aplicándole a todas ellas la regla de competencia del citado art. 144.

Lo anterior no soluciona completamente la cuestión, pues aún nos presenta un problema. En efecto la regla supone que existe un predio del demandado, pero qué ocurre si la controversia se presenta en términos que en nada importe la existencia de un predio de éste, por ejemplo si se disputa la nulidad de la inscripción de un derecho de aprovechamiento o se disputa entre los herederos los derechos o cuotas de cada uno sobre el derecho. Queda en evidencia que la regla que supone el predio del demandado sólo esta pensada en los casos en que el conflicto

[23] Puede verse Pomes Juan, "Protección de las aguas y procedimientos judiciales". Colección de seminarios jurídicos N° 3, Universidad de Chile, 1983. Guzmán y Rabera, Estudio de las aguas en el Derecho chileno, pp. 218 y 219, Ed. Jurídica, 2000.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de aguas se presenta en un predio, sea porque en él se efectúan obras que lo afectan o se discute sobre constitución o ejercicio de servidumbres necesarias para ejercer el derecho de aguas, etc.

¿Qué ocurre entonces con los casos en que no existe un predio del demandado? A falta de norma especial deberemos recurrir a la regla general de competencia, cual es el domicilio del demandado.

2.2. Se puede decretar de oficio la inspección personal del juez, nombramiento de peritos y el informe a la Dirección General de Aguas.

Este último es un medio probatorio que agrega el Código y debe apreciarse según las reglas de la sana crítica[24].

2.3. Los juicios ejecutivos y acciones posesorias se regirán por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. No rige la regla del artículo 177.

3. El Amparo de Aguas. Normas aplicables a las turbaciones de hecho sufridas por el titular

El art. 181 del Código de Aguas ha creado un sistema rápido de amparo a favor de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que sean afectados por actos de terceros.

En estricto rigor no se trata de un recurso[25], se trata de una especial forma de acción posesoria destinada a proteger el ejercicio material del derecho de aprovechamiento de aguas cuando es afectado por obra o hecho de terceros. Su aplicación práctica se ha extendido a tal punto que ha terminado por reemplazar a las acciones posesorias antes comentadas.

El titular de la acción es el dueño del derecho de aprovechamiento de aguas, o quien goce de la presunción, art. 7º del D.L. 2306, que estima que está siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obra o hechos recientes. Se trata entonces de un medio para enfrentar las turbaciones de hecho que afecte el ejercicio de los derechos.

La jurisprudencia ha efectuado una serie de precisiones respecto de la titularidad de la acción. Se ha afirmado que, tratándose de una comunidad sobre derechos de agua, cualquiera de los comuneros puede ejercer la acción conforme

[24] Corte de Apelaciones de Punta Arenas, septiembre de 1989, Gaceta Jurídica N° 113, p. 46.
[25] Sabemos que recurso es todo medio de revisión de las resoluciones judiciales por el tribunal que las dictó o por otro superior.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

al principio de los arts. 2305 y 2081 del Código Civil. Se entiende que la acción se encontraría dentro de las medidas de conservación de la cosa común. Se ha afirmado también que las comunidades de aguas regidas por la legislación del ramo pueden ejercer igualmente esta acción aun cuando carecen de personalidad jurídica propia[26].

En segundo término, la doctrina ha discutido si el amparo puede ser deducido por quien no es titular de derechos, pero que conduce un título legítimo emanado de él, tal como contrato de arrendamiento, comodato, usufructo, etc. Algunos autores se pronuncian por aceptar esta posibilidad señalando que la expresión "titular de derechos de aprovechamiento" debe referirse necesariamente a quien está haciendo uso de las aguas en virtud de una relación legítima con el poseedor inscrito[27].

La competencia del tribunal se determinará por la regla general ya anotada. En la primera instancia no es necesario el patrocinio de abogado y, respecto de la notificación, procede la habilitación del art. 60 del Código de Procedimiento Civil.

Los requisitos de la demanda de amparo se encuentran establecidos en los arts. 182 a 185 y como podrá apreciarse es muy simple dada la naturaleza cautelar de este procedimiento. Debe indicarse la individualización del solicitante, los entorpecimientos que le impiden el ejercicio de su derecho, el daño que dichos entorpecimientos ocasionan o pueden ocasionar, el o los presuntos responsables de tales entorpecimientos y las medidas que se solicitan para poner fin inmediatamente a los entorpecimientos. Por último si corresponde se indicará la organización de usuarios a que pertenece el recurrente o en su defecto la nómina de organizaciones constituidas en el canal o embalse y sus representantes legales.

Su tramitación es especial, se provee dentro de 24 horas de recibida, se notifica por el inciso segundo del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil al o los presuntos culpables y representantes legales de las asociaciones denunciadas cuando proceda. Los denunciados tienen el plazo de cinco días para formular sus descargos. Es obligatoria la inspección ocular a costa del recurrente y el informe a la Dirección de Aguas, que deberán cumplirse en el plazo máximo de 5 días. Cumplidos estos trámites el juez deberá resolver disponiendo, en caso de acoger el amparo, las medidas necesarias para poner fin al entorpecimiento.

[26] Corte de Apelaciones de Santiago, Rev. de Der. de Aguas, año 1997, p. 359. Corte Suprema, Revista de Derecho y Jurisp., sec. 2ª, p. 73, t. 97, año 2000.
[27] Medina Infante, Roberto, "Amparo de Aguas". Rev. de Derecho Universidad Católica del Norte Nº 2, año 1995.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La jurisprudencia ha determinado que en este procedimiento no procede la recepción de la causa a prueba, pues sólo se exige la inspección personal y el informe[28].

La amplia aplicación práctica de este procedimiento y su escasa regulación ha contribuido a generar una nutrida jurisprudencia sobre los alcances de esta acción.

3.1. No se ha señalado qué ha de entenderse por hecho u obra "reciente", no ha fijado plazo o época. De esta manera quedará entregado al juez de la instancia determinar si el hecho denunciado es o no reciente[29]. Se ha señalado al respecto: "El vocablo reciente que utiliza el art. 181 alude necesariamente a una inmediación temporal en la iniciativa del presunto afectado, por lo tanto este punto queda entregado al criterio del juez"[30].

3.2. Tampoco ha señalado la ley desde cuándo se debe entender que la obra es "reciente", si desde que se realizó o desde que se provocó el perjuicio o desde que el afectado tomó conocimiento de la obra aunque ésta se haya realizado mucho tiempo antes.

3.3. En cuanto a la posibilidad de rendir pruebas, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por negar otras pruebas y aceptar sólo las expresamente ordenadas en la ley inspección personal e informe de la Dirección[31, 32].

3.4. Se puede presentar una legítima interrogante sobre la admisibilidad del recurso de protección frente a situaciones de hecho en que procede el recurso de amparo.

[28] Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 agosto 1989 y Corte de Apelaciones de Talca, 30 de enero de 1990, Corte de Apelaciones de Temuco, Revista de Derecho y Jurisp. t. 84, sec. 2ª, p. 32, 1987. Los fundamentos son simples, se señala que la naturaleza breve y concentrada del procedimiento no permite rendir otras pruebas pues demorará la resolución del asunto. Por otra parte se afirma que la finalidad del procedimiento no es la discusión sustantiva, es decir el establecer derechos permanentes a favor de las partes sino que sólo reponer el estado de las cosas, permitiendo con ello a las partes plantear las discusiones de fondo en los procesos destinados al efecto.

[29] Tal vez si el criterio de 15 días que existe en el recurso de protección pueda tomarse como límite por aplicación de la analogía.

[30] Fallo publicado en Rev. de Der. de Aguas, vol. 4, año 1995.

[31] Corte de Temuco, 1 abril de 1987, Rev. T.84, sec. 2, p. 32. Corte de Valparaíso, 17 de agosto de 1989, Gaceta Jurídica N° 111, p. 47.

[32] Algún fallo ha resuelto también que en este procedimiento no proceden las excepciones dilatorias dado su carácter desformalizado. Corte de Apelaciones de Copiapó, 20 de abril de 1995, Rev. de Derecho de Aguas, vol. 6, año 1995, p. 265.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

¿Es posible la elección de uno u otro procedimiento o tratándose de aguas rige sólo el amparo de aguas?

Nos parece que si se prueba el atentado al derecho, la juridicidad exige la protección del afectado, sea cual sea el mecanismo, pues lo relevante al derecho es no dejar desamparado al afectado en ningún caso, menos so pretexto de una dudosa incompatibilidad procesal. La doctrina se pronuncia mayoritariamente negando la existencia de incompatibilidad con otras acciones judiciales, entre ellas la de protección[33].

Por su parte, la Corte Suprema en una ocasión resolvió la improcedencia del recurso de protección cuando se trata de hechos en que es posible recurrir de amparo especial de aguas[34]. Este criterio no ha sido definitivo pues también existe jurisprudencia que ha resuelto cuestiones propias del amparo por la vía de la protección, aunque en ellos no se alegó, ni tuvo presente el tribunal la cuestión de la procedencia[35].

3.5. El recurrente deberá acreditar su titularidad sobre el derecho de aguas que solicita amparar. Esta cuestión no reviste dificultad para el titular de un derecho inscrito, pues bastará que exhiba su inscripción, pero respecto de quien invoque la presunción u otro derecho no inscrito, ¿cómo acreditar su derecho si no consta en título alguno?

Si el procedimiento fuera de aquellos de lato conocimiento es evidente que la dificultad es menor, pues podrá recurrirse a todos los medios de prueba y se tiene un plazo prudente para ello. Pero en este amparo, proceso concentrado, la acreditación es compleja.

En algunos casos servirán al propósito los títulos de dominio de la propiedad que se sirve de las aguas (supuesto de la presunción), e incluso en la práctica se ofrece al efecto declaraciones juradas de testigos u otras fórmulas. Estos mecanismos que se aprecian en los litigios son indudablemente de dudosa procedencia. En efecto según la jurisprudencia que se ha expuesto y citado en este capítulo, se trata de un procedimiento concentrado, por lo tanto destinado a dar solución eficaz sólo a las situaciones de hecho y de derecho que no requieran de lato conocimiento.

[33] Guzmán y Rabera, "Estudio de las aguas en el Derecho chileno", p. 211. Ed. La Ley 1993. Verga Blanco, "Comentario a una sentencia de la Corte Suprema". Rev. de Der. de Minas y Aguas, p. 153, vol. 2, año 1991.
[34] Corte de Apelaciones de Arica, 14 de marzo 1990, Rev. de Aguas, vol. I, p. 386, año 1990.
[35] Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de julio de 1997, Fallos del Mes N° 468, p. 2011 sentencia 8. Corte Apelaciones de Chillán, 22 de agosto de 2000, Rev. de Der. y Jurisp. tomo 97, sec. 7°, p. 189.

Artículo: Las acciones judiciales destinadas a la protección de las aguas y de los derechos que se ejercen sobre ellas
Revista: Nº211, año LXX (En-Jun, 2002)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En todo caso nos parece que la apreciación de la procedencia o no de tener por acreditada la presunción del D.L. 2603 debe ser una cuestión a resolver caso por caso, teniendo en cuenta que el principio que inspira la regla es la protección de los usos sobre las aguas, de manera que la prueba que ha de exigírsele a quien invoque la presunción no ha de ser demasiado exigente, sino que deberá considerarse teniendo en cuenta la dificultad de prueba que enfrenta el sujeto[36].

3.6. Finalmente la sentencia que resuelve el amparo es susceptible de apelación en el solo efecto devolutivo[37], y aunque pudiera ser discutible se acepta en su contra los recursos de casación de forma y fondo.

Hemos expuesto un panorama de las acciones judiciales de protección de las aguas y del ejercicio de los derechos sobre ellas. Estimamos que se trata de un sistema anticuado, mal regulado y que no responde adecuadamente a las necesidades de protección del agua. En todo caso el defecto no es sólo de esta área del nuestra legislación de aguas, sino que es consecuencia de un sistema legal que ha fracasado al menos en los objetivos de generar condiciones para que las aguas sean explotadas en forma sustentable y para garantizar que éstas realmente sean usadas por quienes las necesitan.

[36] Una sentencia de la Corte Suprema de 16 de noviembre de 2000 publicada en Rev. de Der. y Jurisp. Tomo 97, sec. 7°, p. 195 ha dicho: "...se establece claramente una presunción de dominio de los derechos de aguas a favor de los dueños del predio en que éstas son utilizadas o en segundo caso a favor de quien efectivamente esté utilizando las aguas, bastando alguna prueba de estas circunstancias para proceder al amparo, pues ello no significa reconocer definitivamente la existencia de tales derechos, lo que es materia propia de juicio de lato conocimiento".

[37] De acuerdo al auto acordado de la Corte Suprema de 1 de agosto de 1986, publicado en el D.O. de 7 agosto de 1986, sobre tramitación del recurso en segunda instancia, señala que recibidos los antecedentes el Tribunal de Alzada conocerá de ellos en cuenta, sin esperar la comparecencia de las partes, pudiendo si lo estima pertinente traer los "autos en relación", y en tal caso la causa gozará de preferencia para su vista.