

# CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO SOBRE AGUAS CAPTADAS MEDIANTE SISTEMAS DE DRENAJE

RAFAEL DEL VALLE VERGARA  
*Abogado*

## 1. INTRODUCCIÓN

Existen muchos terrenos en principio inútiles para la agricultura o la construcción, como pantanos, vegas o charcos, que es necesario habilitar mediante obras de ingeniería. Hay otros casos, en que la presencia de napas de agua cercanas a la superficie constituyen un problema para el desarrollo de plantaciones, en que se requiere evacuar dichas aguas sobrantes, bajando el nivel del agua.

Todas las obras destinadas a evacuar aguas indeseables de un terreno constituyen los sistemas de drenaje, de los cuales se ocupa nuestro sistema jurídico.

El subproducto natural de las obras de drenaje, el agua que se extrae, muchas veces es devuelto directamente a un cauce natural confundándose con las aguas corrientes, con lo que todo vuelve a su ciclo natural. Sin embargo, es posible que exista interés en aprovechar las aguas alumbradas o captadas mediante sistemas de drenaje, para lo se debe solicitar la constitución de los correspondientes derechos de aprovechamiento sobre estas aguas.

Hasta ahora, la Dirección General de Aguas, refrendada por la Contraloría General de la República, se ha negado a la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas provenientes de sistemas de drenaje, aduciendo que el propietario del predio drenado puede hacer uso de las aguas así alumbradas sin necesidad de un título, o simplemente negándose a la constitución solicitada, sin más razones que la jurisprudencia anterior en ese sentido.

Para la aplicación de la doctrina señalada, se hace una distinción entre *drenes*, entendiéndose por tales obras de captación especialmente construidas para captar aguas subterráneas, sobre las cuales sí es posible la constitución de derechos de agua, y *sistemas de drenaje*, construidos con el objeto sanear terrenos, sobre los cuales no es posible la constitución de derechos de aprovechamiento.

Con este trabajo pretendemos demostrar que, de darse ciertas condiciones, no sólo es perfectamente posible la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas alumbradas o captadas mediante sistemas de drenaje, sino que es requisito contar con dicho derecho para hacer legalmente uso de las aguas captadas, y que la autoridad al negarse a constituir derechos está causando un perjuicio grave al solicitante.

Además demostraremos que la distinción entre sistema de drenaje y drenes es más bien teórica, toda vez que es perfectamente posible que una misma obra cumpla con ambas características.

## 2. SISTEMAS DE DRENAJE Y DRENES

El término “*drenar*” proviene del inglés *to drain*. El Diccionario de la Real Academia<sup>1</sup> lo define como *avenar*, *desaguar*. A su vez, “*avenar*” se define como dar salida y corriente a las aguas muertas o a la excesiva humedad de los terrenos por medio de zanjas o cañerías. “*Drenaje*” se define como acción o efecto de drenar, del inglés *drainage*. También se define “*drenaje*” como operación parecida al *avenamiento* que tiene por objeto desaguar o desecar los terrenos por medio de cañerías, soterradas<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Vigésima primera Edición, Madrid 1992.

<sup>2</sup> Diccionario Ideológico de la Lengua Española. J. Casares, Barcelona, 1963.

El artículo 47 del Código de Aguas<sup>3</sup> señala que *constituyen un sistema de drenaje todos los cauces naturales o artificiales que sean colectores de aguas que se extraigan con el objeto de recuperar terrenos que se inundan periódicamente, desecar terrenos pantanosos o vegosos y deprimir niveles freáticos cercanos a la superficie.*

Para comprender de mejor manera la norma citada, y en general el presente trabajo, se hace necesario revisar, aunque sea someramente, algunas definiciones técnicas respecto de los sistemas de drenaje, para cuyo efecto seguiremos al profesor Hernán Baeza<sup>4</sup> de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile.

En un sentido general, el drenaje de un terreno consiste en la remoción del agua libre gravitacional, tanto de la superficie del terreno como del subsuelo en la zona de las raíces de las plantas, si la finalidad es agrícola. En este último caso, la remoción debe ser efectuada además muy rápidamente y antes de que pueda causar un daño importante a las plantas.

En general, con un drenaje pueden lograrse los siguientes objetivos:

- a) Eliminación de excesos de agua superficial.
- b) Depresión y control del nivel libre subterráneo a cualquier profundidad deseada ya sea para impedir la saturación en zonas de raíces de plantas o bien simplemente para su control en la vecindad de estructuras o trabajos en ejecución.
- c) Prevención y control de acumulaciones excesivas de sales en los suelos; remoción de acumulaciones existentes por dilución al permitir una aplicación de mayores cantidades de agua al terreno y su eliminación posterior.

El profesor Baeza divide los drenajes en dos grandes grupos: los superficiales o abiertos, que a su vez pueden ser naturales o artificiales, y los subterráneos, que pueden ser verticales u horizontales.

En general, todo cauce natural puede constituir un drenaje aun cuando en algunos casos puede requerirse alguna profundización adicional para deprimir mayormente la napa. Bajo condiciones favorables de permeabilidad y pendiente del terreno, un sistema de canales abiertos puede proporcionar amplia capacidad de drenaje. Normalmente todo sistema de drenaje es mixto, recurriéndose a los desagües abiertos por lo menos como grandes colectores de escurrimientos superficiales debidos a cualquier causa y eventualmente como lugares de descarga de drenajes subterráneos<sup>5</sup>.

Entre los drenajes subterráneos verticales se señala que éstos pueden tener por objeto infiltrar hacia capas permeables profundas excesos de agua más superficial que se desea eliminar o bien simplemente para deprimir una cierta napa por bombeo. Para los efectos del presente trabajo, un drenaje vertical por bombeo no es más que un pozo.

Si bien no entrega una definición de drenajes subterráneos horizontales, el profesor Baeza señala en su introducción al capítulo relativo a la Hidráulica de las Galerías de Captación o Drenes, que se ocupa ampliamente de este tipo de captación, que condiciones favorables hacia el establecimiento de captaciones longitudinales se producen principalmente cuando se trata de napas subterráneas superficiales y de poco espesor, o bien, cuando es conveniente realizar una aducción gravitacional eliminando el consumo de energía que simplifica la elevación del agua desde pozos de captación. Además, puede también señalarse la aplicación que aquellas tienen como elementos de saneamiento general de suelos pantanosos con niveles freáticos próximos a la superficie misma del terreno<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Salvo que se indique lo contrario, toda referencia en adelante al Código de Aguas o simplemente "el Código" se refiere al texto vigente, aprobado por DFL N° 1.122, publicado en el Diario Oficial del 29 de octubre de 1981 y sus modificaciones posteriores. Decimoquinta Edición Oficial, 21/11/96.

<sup>4</sup> BAEZA S., Hernán. *Escurrecimientos en Medios Permeables*, 2ª Parte. Dpto. de Obras Civiles Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas Universidad de Chile. 1978, p. 354.

<sup>5</sup> BAEZA, p. 355.

<sup>6</sup> BAEZA, p. 311.

### 3. CITAS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Podemos reconocer en nuestra jurisprudencia administrativa algunas posiciones relativas a la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas captadas mediante sistemas de drenaje que, en nuestro criterio, deben ser revisadas. Las opiniones con las que discrepamos pueden ser agrupadas en tres puntos:

- a) Las aguas captadas mediante sistemas de drenaje no tienen el carácter de subterráneas.
- b) La autoridad administrativa sólo se encuentra facultada para constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, por lo que el Servicio carece de atribuciones para constituir derechos provenientes de sistema de drenaje.
- c) El propietario del predio puede hacer uso de las aguas sin necesidad de contar con el derecho de aprovechamiento correspondiente.

#### 3.1 *Las aguas provenientes de sistemas de drenaje no cumplen con la condición de ser subterráneas*

Ejemplo de la primera opinión es el dictamen N° 26.022 de 1994<sup>7</sup> que se transcribe en su parte pertinente.

El artículo 2° del D.F.L. citado (Código de Aguas), sólo considera como aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas; por consiguiente, no revisten dicha naturaleza aquellas cuyo derecho de aprovechamiento se concede en el instrumento en examen, por cuanto éstas corren a través de una obra de captación abierta de tipo horizontal, como lo señala la propia Dirección General de Aguas en su oficio de reconsideración referido.

A mayor abundamiento, se observa que en el mismo documento antes señalado el organismo público define al dren utilizando términos semejantes a los contenidos en el artículo 47 del Código del ramo, que conceptualiza a los sistemas de drenaje como “todos los cauces naturales o artificiales que sean colectores de aguas que se extraigan con el objeto de recuperar terrenos que se inundan periódicamente, desecar terrenos pantanosos o vegosos y deprimir niveles freáticos cercanos a la superficie”. Disposición ubicada en el Título V del mismo cuerpo legal, dedicado exclusivamente al tratamiento de los derrames y drenajes de aguas, separándola de las normas que regulan las aguas subterráneas, contenidas en el Título VI.

El dictamen 29.689 de 1995 restringió la opinión de la Contraloría, estableciendo una distinción entre “drenes” y “sistemas de drenaje” definido en el artículo 47 del Código:

Además, cabe aclarar en relación con lo señalado en el considerando segundo del documento en análisis<sup>8</sup> que la conclusión alcanzada por la reiterada jurisprudencia administrativa, en el sentido de que las aguas provenientes de drenes no poseen el carácter de subterráneas, concierne exclusivamente a los sistemas de drenaje definidos en el artículo 47 del Código de Aguas, lo cual significa que en determinados casos, distintos a los mencionados por el precepto legal, las aguas alumbradas mediante drenes pueden ser de naturaleza subterránea.

En este mismo sentido, el dictamen 40.121 de 1995, que devolvió dos resoluciones que denegaban solicitudes de derechos de agua captados por drenes, fue mucho más explícito que el anterior:

<sup>7</sup> Transcrito de Revista de Derecho de Aguas, Volumen V (1994), p. 264.

<sup>8</sup> Se trata de la Resolución N° 106 de 23/08/95, cuyo considerando segundo señala: Que el Departamento legal de la Dirección General de Aguas, por oficio ORD. N° 387 de fecha 2 de agosto de 1995 remitió a esta Dirección Regional el expediente ND-RM-6-142 con el objeto que se proceda a denegar la petición del Sr. Binder Schwarzenberg, habida consideración a la reiterada jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, que señala que las aguas de drenes no poseen las características de ser subterráneas.

Al respecto cabe manifestar que, según el dictamen 29.689 del año en curso, la conclusión relativa a que las aguas provenientes de drenes no poseen el carácter de subterráneas concierne exclusivamente a los sistemas de drenaje definidos en el artículo 47 del Código mencionado, lo cual significa que en determinados casos, distintos a los mencionados por el precepto legal, las aguas alumbradas mediante drenes pueden ser de naturaleza subterránea.

Siendo ello así, se requiere de informe técnico que indique explícitamente que las aguas de que se trata no son subterráneas o que provienen de un sistema de drenaje definido por la ley para que se puedan denegar las solicitudes de aprovechamiento de la especie.

### 3.2 *Los sistemas de drenaje no constituyen una fuente natural sobre la que se pueda constituir derechos de aprovechamiento*

La Resolución N° 2.115 de 31/12/98 del Director Regional de Aguas de la Quinta Región<sup>9</sup> señala en sus primeros considerandos:

QUE, en visita a terreno se comprobó que el sistema de drenajes materia de esta solicitud tiene por función aquella descrita en el artículo 47 del Código de Aguas, esto es “colectar aguas que se extraigan con el objeto de (...) deprimir niveles freáticos cercanos a la superficie”.

QUE, el artículo 22 del Código de Aguas dispone que la autoridad administrativa, es decir, la Dirección General de Aguas, sólo se encuentra facultada para constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, por lo que tratándose de las aguas que motivan la presentación de la especie, dicho Servicio carece de atribuciones.

### 3.3 *Derecho de uso y goce sobre aguas captadas mediante sistema de drenaje*

El dictamen 33.782 de 1995<sup>10</sup> es un ejemplo de la doctrina respecto de este punto.

El propietario de predio en donde se drenen aguas acorde título V del Código de Aguas, tiene un derecho de uso y goce sobre ellas. Este derecho tiene carácter de real, y haciendo excepción a la regla general sobre la adquisición de derechos de aprovechamiento, no requiere ser constituido por acto de autoridad administrativa, pues tienen como fuente originaria la ley. Ello, conforme lo dispuesto en artículos 5, 6 y 20 del aludido código, los que armonizando con disposiciones del referido título V permiten concluir que el dueño del inmueble en que se drenen aguas para recuperar terrenos que se inundan periódicamente, desecar terrenos pantanosos o vegosos y deprimir niveles freáticos cercanos a la superficie, tiene un derecho de aprovechamiento sobre dichas aguas, el cual le pertenece por el solo ministerio de la ley, pudiendo disponer del mismo conforme a las reglas generales.

La Resolución N° 2.115 de 1998 dictada por el Director Regional de Aguas de la Quinta Región, citada en el número anterior, desarrolla más el tema, con los siguientes considerandos:

QUE, en visita a terreno se comprobó que el sistema de drenajes materia de esta solicitud tiene por función aquella descrita en el artículo 47 del Código de Aguas, esto es “colectar aguas que se extraigan con el objeto de (...) deprimir niveles freáticos cercanos a la superficie”.

QUE, el artículo 48 del Código de Aguas dispone que son beneficiarios del sistema de drenaje todos aquellos que lo utilizan para desaguar sus propiedades y quienes aprovechan las aguas provenientes del mismo.

QUE, las aguas provenientes de derrames y sistemas de drenaje pueden ser utilizadas por los dueños o constructores del mismo sin necesidad de tramitar el otorgamiento del derecho real, que permite usar y gozar de las aguas a instancias de la autoridad administrativa.

QUE, no obstante que la regla general en esta materia es que el derecho real de aprovechamiento sea constituido por acto de autoridad, este principio reconoce excepciones en las que, como en este caso, el derecho real es constituido por el solo ministerio de la ley.

<sup>9</sup> Expediente ND-V-3-1864.

<sup>10</sup> Copia de este dictamen se obtuvo del sistema de consultas de la Contraloría General de la República.

QUE, en consecuencia, el propietario del predio en que se drenan las aguas en los términos previstos en la normativa vigente, tiene un derecho de uso y goce sobre ellas que tienen como fuente la ley, sin que este Servicio esté facultado para constituirlo.

La Resolución N° 695, dictada en la misma Región en junio de 1999<sup>11</sup>, avanza en el tema, negando el carácter de derecho de aprovechamiento que corresponde al propietario del predio por el solo ministerio de la ley, con los siguientes considerandos:

Que, las aguas de la solicitud en la especie, se captan desde dos drenes, por lo que de acuerdo a la doctrina de la Contraloría General de la República, contenida en los oficios citados en los Vistos de la presente Resolución<sup>12</sup>, dichas aguas no poseen el carácter de subterráneas en el caso de sistemas de drenaje definidos en el artículo 47 del Código de Aguas.

Que, los drenes construidos en el predio del peticionario, sobre cuyas aguas trata la solicitud en análisis, se ajustan a la definición del artículo antes mencionado.

Que, de acuerdo a la situación antes descrita, no es necesario solicitar la <sup>4</sup>constitución de un derecho de aprovechamiento, de acuerdo con el artículo 55 del Código de Aguas.

Que, el uso de las aguas provenientes de estos drenes no significa que por el solo ministerio de la ley se conceda un derecho real de aprovechamiento, sino que se otorga facultad de usar o servirse de ellas,

Que lo anterior constituye causal de denegación de la solicitud en análisis, en virtud de no ser legalmente precedente.

#### 4. COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA

Poco a poco se ha ido perfilando una jurisprudencia más o menos uniforme en torno a la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas captadas mediante sistemas de drenaje.

Si bien en un comienzo no se puso problemas para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas captadas mediante drenes, siendo un ejemplo de ello la Resolución N° 485 de octubre de 1992<sup>13</sup> la situación se complicó el año 1994, en que la Contraloría comenzó a devolver la resoluciones que constituían derechos de aprovechamiento de aguas captadas mediante sistemas de drenaje.

Más adelante, con el dictamen 29.689 de 1995 se sentó la jurisprudencia, vigente hasta ahora, que distingue entre “drenes” y “sistemas de drenaje”. La verdad es que, revisando los conceptos técnicos que se incluyen en el N° 3 de este trabajo, no existe diferencia alguna entre ambos, al menos en lo que se refiere a su diseño de ingeniería.

La diferencia está dada por la finalidad con la que se ha construido la obra. Si el dren ha sido construido con el objeto determinado de ser una captación de aguas subterráneas, la autoridad no tiene inconveniente en constituir el derecho de aprovechamiento respectivo.

En cambio, si la obra construida tiene por objeto recuperar terrenos deprimiendo niveles freáticos cercanos a la superficie, no es posible la constitución de derechos de aprovechamiento, sin perjuicio de la facultad de hacer uso del agua, a que nos referiremos más adelante.

El problema es que nadie hace una declaración expresa y formal de la finalidad con la que construye el dren o sistema de drenaje. Simplemente se construye la obra y se le da el mejor uso posible, dentro de las capacidades de la misma. No podemos llegar a estar de acuerdo en que si el dueño construye un sistema de drenaje, con el cual recupera el sector más húmedo de su predio, no pueda luego válidamente incorporar a su patrimonio derechos de aprovechamiento provenientes de una obra, sobre todo si ésta no es gratis.

<sup>11</sup> Expediente ND-V-3-2751.

<sup>12</sup> Dictamen 16.518 de 1993 y 29.689 de 1995 de Contraloría y Oficio Ordinario D.G.A. 881 de 1994.

<sup>13</sup> Expediente ND-RM-4-22. Llama la atención que el número 2. de la misma señale que el agua se captará gravitacionalmente de un sistema de drenes ubicado en terrenos de distintos propietarios...

De igual manera, si este propietario no tiene más terreno y su vecino sí lo tiene, pero carece de aguas, dicho vecino no puede llegar a adquirir derechos de aguas que han sido alumbradas cerca de él, y cuya captación puede ser en extremo barata, toda vez que los sistemas de drenaje permiten la captación de aguas subterráneas por medios gravitacionales.

Al parecer, la única razón esgrimida por la jurisprudencia para llegar a su conclusión respecto de los sistemas de drenaje dice relación con la ubicación de la norma en el Código de Aguas, en el sentido de que los sistemas de drenaje están regulados en el Título V y las aguas subterráneas en el Título VI. No concordamos con esa opinión, toda vez que los sistemas de drenaje constituyen una materia de la suficiente importancia como para tener un título especial, y no todo sistema de drenaje es una obra capaz de extraer aguas subterráneas.

Nuestra discrepancia con la jurisprudencia es más profunda que la ubicación de la norma en el Código. Ella dice relación con la teoría de que el propietario del predio drenado puede hacer uso del agua sin necesidad de contar con un derecho de aprovechamiento o por el solo ministerio de la ley.

## 5. NECESIDAD DE UN DERECHO DE APROVECHAMIENTO

En nuestro país *todas* las aguas son bienes nacionales de uso público y *se requiere contar con un derecho de aprovechamiento* otorgado o reconocido por la autoridad competente para hacer válidamente uso de ellas<sup>14</sup>.

Constituyen excepciones a la norma, en el sentido de no requerir un derecho otorgado por la autoridad, el uso de aguas pluviales, es decir, las que proceden directamente de las lluvias<sup>15</sup> que caen o se recogen en un predio de propiedad particular que corresponden al dueño de éste, mientras corran dentro de su predio y no caigan a cauces naturales de uso público, y las aguas alumbradas mediante pozos cavados en suelo propio para la bebida y usos domésticos<sup>16</sup>.

Las aguas que nacen, corren y mueren en el mismo predio<sup>17</sup> no son una excepción, puesto que se reconoce un derecho de aprovechamiento explícito, con la diferencia de que éste está otorgado por el solo ministerio de la ley.

El derecho de aprovechamiento es un derecho real, que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código de Aguas. Este derecho es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley<sup>18</sup>.

Contar con el derecho de aprovechamiento para hacer uso de determinadas aguas no sólo es una obligación previa para quien lo pretenda, sino también constituye un bien jurídico que ingresa a su patrimonio, por lo que su denegación, si ésta no corresponde, conlleva un perjuicio patrimonial al interesado, del que tiene todo el derecho a defenderse.

## 6. EL ARTÍCULO 48 DEL CÓDIGO DE AGUAS

La autoridad cree ver en el artículo 48 del Código la facultad del propietario del predio para hacer uso de las aguas alumbradas mediante un sistema de drenaje. Precisamente, el análisis de dicha norma nos lleva a discrepar con la conclusión alcanzada, ya que la norma en parte alguna reconoce la facultad de uso al propietario del predio. Por otra parte, la disposición se refiere a más de un beneficiario, lo que no se colige con el uso y goce exclusivo del referido propietario.

<sup>14</sup> Art. 5.

<sup>15</sup> Art. 1.

<sup>16</sup> Art. 56.

<sup>17</sup> Art. 20, inciso 2°.

<sup>18</sup> Art. 6.

### 6.1 *El artículo 48 no reconoce el derecho de uso y goce*

La disposición legal en cuestión, dice:

Son beneficiarios del sistema de drenaje todos aquellos que lo utilizan para desaguar sus propiedades y quienes aprovechan las aguas provenientes del mismo.

No logramos determinar en qué parte de la norma citada se otorga una autorización para hacer uso de aguas sin título, ni mucho menos, un reconocimiento expreso de un derecho de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley.

Los artículos 10 y 20 del Código, que reconocen derechos de uso o derechos de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley, son absolutamente explícitos al respecto. El artículo 10 dice que *el uso de las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio particular corresponde al dueño de éste*. Otro tanto sucede con la parte final del inciso segundo del artículo 20 que señala que *la propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas*.

El artículo 48 se limita a definir quiénes son beneficiarios de una obra; en parte alguna se refiere a derechos sobre las aguas que dicha obra capte.

### 6.2 *El artículo 48 se refiere a varias personas o grupos de personas*

Claramente se trata de una norma que se refiere a una o varias personas. Sin duda se trata de una norma cuyo sujeto es plural, en que se distinguen dos grupos de beneficiarios del sistema de drenaje:

- Aquellos que lo utilizan para desaguar sus propiedades.
- Quienes aprovechan las aguas provenientes del mismo.

Cabe destacar que la pluralidad de los beneficiarios del sistema de drenajes, no sólo está dada en el hecho de que uno (singular) drene su predio y que otro (también singular) aproveche las aguas provenientes del mismo, sino que ambos beneficiarios pueden estar a su vez constituidos por varias personas.

Tratándose de varias personas las beneficiarias del sistema de drenaje, es necesario que exista la posibilidad de que no sólo el propietario del predio pueda hacer uso y goce de las aguas. Si no fuese legalmente procedente la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas alumbradas mediante drenes, no sería posible la pluralidad de beneficiarios, ya que para que exista más de un titular se requiere que el segundo haya adquirido, es decir, de un título, ya sea otorgado directamente por la autoridad, o bien adquirido en el mercado.

## 7. POSIBILIDAD LEGAL DE CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO SOBRE AGUAS ALUMBRADAS O CAPTADAS MEDIANTE DRENES

Según se ha visto, la jurisprudencia administrativa se ha negado a la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas provenientes de las obras descritas en el artículo 47, sin hacer ninguna distinción, pese a que la norma citada distingue al menos tres situaciones diferentes.

Creo que efectivamente no es posible la constitución de derechos para algunas de las situaciones que describe el artículo, pero ello no es así de tajante para todos los sistemas de drenaje. Hace falta un análisis más detallado de cada caso, ya que la sola circunstancia de que se trate de un sistema de drenaje no debe llevar necesariamente a la negativa del derecho solicitado.

La definición del artículo 47 del Código distingue tres niveles o situaciones en los que se encuentra el agua que será drenada del terreno:

- a) Periódicamente sobre la superficie del terreno, en aquellos *que se inundan periódicamente*;
- b) Al nivel de la superficie del terreno, en aquellos *pantanosos o vegosos*;
- c) Bajo el nivel de la superficie, en *niveles freáticos cercanos a la superficie*;

Esta distinción resulta de particular importancia al momento de determinar si las aguas obtenidas del sistema de drenaje pueden o no ser objeto de un derecho de aprovechamiento.

### 7.1 Drenaje de aguas que inundan periódicamente la superficie

Un terreno puede inundarse periódicamente por diversos motivos. Se puede deber a circunstancias de la naturaleza o a hechos del hombre. Serán circunstancias de la naturaleza cuando la geografía del lugar impida dar salida a las aguas, haciendo que el terreno se inunde con crecidas de ríos o esteros o por lluvias constantes. De la misma manera, serán hechos del hombre cuando alguien construya una obra que tenga dicho efecto.

Para resolver la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento sobre las aguas que entregue el sistema de drenaje, se debe determinar previamente cuál es el origen de las aguas y dónde está ubicado el terreno que se inunda y el sistema de drenaje.

Si el agua proviene de un canal o cualquier obra artificial que periódicamente se desborda, no será posible la constitución de derechos de aprovechamiento sobre dichas aguas, a menos que caigan a un cauce natural<sup>19</sup>.

Si el agua proviene de desbordes de ríos o lluvias, o una vertiente que forma parte de una corriente, es perfectamente posible la constitución del derecho de aprovechamiento, conforme a las reglas generales. Sin embargo, ello es más bien teórico, toda vez que es requisito de la esencia del derecho que exista la disponibilidad del recurso<sup>20</sup>. Si se trata de terrenos que se inundan *periódicamente*, su disponibilidad no será permanente, por lo que sólo daría para la constitución de derechos eventuales o discontinuos, ello si se demuestra que la inundación es perfectamente cíclica.

Cabe destacar que las aguas pluviales tienen un tratamiento especial en el Código, que permite al dueño del predio en que éstas caen o se recogen hacer uso de ellas, mientras corran dentro de su predio y no caigan a cauces naturales de uso público<sup>21</sup>.

### 7.2 Aguas al nivel de la superficie o terrenos pantanosos o vegosos

El Código define como aguas detenidas *las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses*<sup>22</sup>.

Para los efectos de este trabajo, habría que eliminar los lagos y lagunas y los estanques o embalses. Los primeros por no ser generalmente objeto de drenaje, por constituir su suelo cauce natural<sup>23</sup>, y los segundos porque su objeto es precisamente acumular aguas.

Al igual que en el número anterior, cabe preguntarse cómo llegó el agua que se pretende drenar al terreno inutilizado. Si se debe a circunstancias de la naturaleza o a un hecho del hombre.

Si el agua se ha depositado en forma natural, su origen podrá ser superficial, con un cauce natural que se entierra, o bien subterráneo con una vertiente o un puquío que aflora pero que no tiene salida. En todo caso, se trata de aguas que naturalmente están a la vista del hombre, por lo que legalmente deben ser consideradas superficiales.

Si el agua proviene de una vertiente que nace, corre y muere en el mismo predio, sin llegar a un cauce natural, corresponde el derecho de aprovechamiento respectivo al dueño del predio, por el solo ministerio de la ley<sup>24</sup>, por lo que no requiere solicitar el derecho de la autoridad<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Ver artículo 53 del Código.

<sup>20</sup> Ver artículo inciso final del artículo 141 del Código.

<sup>21</sup> Ver artículos 10 y 31 del Código.

<sup>22</sup> Inciso 2° del artículo 2 del Código.

<sup>23</sup> Ver artículo 30 del Código.

<sup>24</sup> Ver artículo 20 del Código.

<sup>25</sup> En realidad, resulta discutible la imposibilidad de otorgar el derecho de aprovechamiento sobre aguas en la situación del artículo 20 del Código al dueño del predio, ya que si bien la ley le reconoce un derecho preferente sobre cualquier otra persona sobre dichas aguas, en muchos casos puede llegar a ser un perjuicio para su titular el no contar con un título inscrito que le asegure su posesión y, a la vez, le permita ejercer otras facultades del dominio, tales como vender, arrendar, gravar, etc. Este punto se desarrolla en extenso más adelante.



En caso de tener las aguas salida en forma natural a un cauce o álveo, o bien el pantano o la vega que se drena abarca más de una propiedad, el sistema de drenaje podría constituir un modo de extraer agua, en cuyo caso no vemos problema en la constitución de un derecho de aprovechamiento sobre las aguas superficiales efectivamente captadas por este medio.

### 7.3 Aguas provenientes de niveles freáticos cercanos a la superficie

Probablemente éste sea el caso más común de solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento y de rechazos por parte de la autoridad.

El Código define las aguas subterráneas como aquellas que se encuentran ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas, en contraposición con las aguas superficiales, que se encuentran naturalmente a la vista del hombre<sup>26</sup>.

Las aguas provenientes de niveles freáticos cercanos a la superficie se encuentran ocultas en el seno de la tierra, y mientras no se construye el sistema de drenaje, éstas no han sido alumbradas.

Es muy importante comprender que el sistema de drenaje no es la fuente del agua, sino el medio mediante el cual se alumbrada o capta. El sistema de drenaje constituye una obra de captación, al igual que lo es un pozo o una noria. Un sistema de drenaje es susceptible de ser inutilizado, obstruido o destruido. Si el sistema deja de funcionar, deja de captar o alumbrar agua.

De acuerdo a lo anterior, no resulta correcto referirse a estas aguas como *provenientes*<sup>27</sup> de un sistema de drenaje, sino que se trata de aguas alumbradas o captadas mediante un sistema de drenaje.

De acuerdo con el artículo 3 del Código, *las aguas que afluyen continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoyo hidrográfica, son parte integrante de la misma corriente*. Según esta norma, todas las aguas que naturalmente fluyen en forma subterránea se encuentran en un cauce natural y pueden por tanto ser objeto de la constitución de derechos de aprovechamiento.

La única excepción a la norma señalada sería el caso de la recarga artificial de un acuífero, constituyendo con ello un embalse subterráneo. Se trata de un tema en extremo interesante, que si bien tiene una gran aplicación en otros países como España, no está desarrollado en nuestro país, ni mucho menos considerado en nuestro Código de Aguas.

En resumen, salvo la recarga artificial e intencional de un acuífero, toda agua subterránea, por poca profundidad a que se encuentre, tiene el carácter de bien nacional de uso público y es susceptible de la constitución de derechos de aprovechamiento.

## 8. COMENTARIO FINAL

Con este trabajo hemos tratado de demostrar que no procede la negativa a priori en que están empeñadas la Dirección General de Aguas y la Contraloría General de la República respecto de la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas alumbradas mediante sistemas de drenaje.

Sin embargo, me queda una pregunta final que no ha podido ser resuelta mediante un estudio de las características propias de un tipo de obras de ingeniería de las normas jurídicas que regulan su utilización.

La pregunta es muy simple: *¿por qué no?*

Es un hecho que la disponibilidad de aguas tanto superficiales como subterráneas es cada vez menor en Chile.

<sup>26</sup> Art. 2.

<sup>27</sup> Aunque lo diga el Código.

También es un hecho que mientras mayor orden exista en el uso de las aguas, menores son las posibilidades de que se presenten conflictos entre los distintos actores.

Finalmente, está el hecho del esfuerzo enorme que está llevando a cabo la autoridad para hacer un catastro completo de las aguas en nuestro país, y que de no otorgarse los derechos de aprovechamiento sobre los recursos captados mediante drenes, un importante caudal de aguas estará en uso, sin que exista la posibilidad de incorporar dicha información al Catastro Público de Aguas.

No tenemos una respuesta a la pregunta señalada que podamos poner en este trabajo.