

EL PESO DE LA PRUEBA EN LA DETERMINACIÓN DE LAS AGUAS DISPONIBLES

LUIS SIMÓN FIGUEROA DEL RÍO

Abogado

Para la constitución de derechos de aprovechamiento, ya sea sobre aguas superficiales o subterráneas, se requiere cumplir con ciertas formalidades legales, que el agua de que se trata exista y que esté disponible. Este último punto es el tema de esta charla.

Se trata de discernir cuál es el hecho que determina que las aguas no estén disponibles y quién debe probarlo.

El peso de la prueba es un asunto de gran importancia. Se trata de hechos de cuya existencia o inexistencia dependerá la resolución final. Si los hechos no se acreditan se tienen por inexistentes y por consiguiente no puede dictarse ninguna resolución basada en ellos. El derecho se aplica sobre hechos. Esta materia es de la esencia en todo pleito y también en todo asunto administrativo.

Cuando hablamos de prueba nos referimos al hecho cuya existencia se trata de demostrar y también al medio, al instrumento que nos permite hacerlo. El peso de la prueba está referido a quién es el que debe producirla.

Si es un juicio la cuestión es señalar si el que debe producir la prueba es el demandante o el demandado. Respecto de la disponibilidad de las aguas en el trámite de constitución de derechos sobre ellas se trata de precisar si los hechos relativos a este asunto los debe probar el solicitante, el que se opone o la Dirección General de Aguas.

De muy antiguo y hasta ahora, en Occidente y en Chile se usa la frase latina *onus probandi* para referirse al peso de la prueba.

La norma de general aplicación está en el artículo 1.698 del Código Civil que dispone que "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

Dicho artículo está en el título que se refiere a las obligaciones, pero es una norma de general aplicación y rige, por ejemplo, para el derecho de familia y también en materias administrativas. Así, la Superintendencia de Bancos no puede aplicar sanciones a éstos si no prueba el hecho que da lugar a ellas.

Esta norma citada es una síntesis de los tratadistas sobre la materia, que se remontan a los emperadores de Roma de los siglos I y II después de Cristo. También hicieron importantes aportes en el discurrir en estos asuntos los doctores del Derecho Canónico y antiguos intérpretes de las máximas romanas. Nosotros tenemos la ventaja de que el pensamiento nos ha llegado decantado como en muchas otras cosas, y no es el caso pretender innovar.

Así pues, el peso, la carga, el deber de acreditar los hechos recaen sobre el que los aduce.

En materia de aguas una cosa es que ellas existan y otra que estén disponibles. Para los efectos de la disponibilidad ¿Qué es lo que hay que probar? ¿Qué están disponibles o que no lo están? La distinción es de interés porque según ello se debiera determinar si la prueba es de cargo del solicitante o del que se opone o de la D.G.A.

Disponible es lo que no está ocupado o comprometido. Dicho en términos asertivos es lo que está pronto para usarse o utilizarse, o bien aquello que se puede disponer libremente.

Algo o alguien está disponible mientras a su respecto no concurra un hecho que impida disponer de ello.

No se prueba por tanto que está disponible sino que está ocupado.

Así, por ejemplo, si se cava en el suelo y se encuentra dinero o alhajas, éstos se consideran bienes perdidos salvo que alguien pruebe derechos sobre ellos. En un terrero sin cerco ni sembradío ni plantación las aves están libres para la caza, salvo que el dueño haya prohibido expresamente cazar en el lugar y notificado la prohibición. Presentado el conflicto el dueño tendrá que probar que había prohibido y notificado; *onus probandis* recae sobre él, no sobre el que alega la disponibilidad.

Las aguas están disponibles mientras no concurran respecto de ellas un hecho que determine que están ocupadas. Si se exige al que solicita que pruebe que las aguas están disponibles tendría que demostrar *que no están ocupadas* y eso es imposible. Por el contrario si se exige al que se opone o a la D.G.A. que demuestre *que no están disponibles* tiene que probar que están ocupadas y eso sí que es posible.

Es un problema relativo a las negaciones. Los clásicos dividen las negativas en tres clases: De derecho, de calidad y de hecho.

La negativa de derecho se puede y se debe probar; así el heredero legítimo que ataca un testamento como nulo debe probar que no ha sido otorgado con arreglo a la ley.

En la negativa de un hecho se distingue si éste es definido o indefinido según esté o no restringido o determinado por las circunstancias de tiempo, lugar u otras.

La negativa de un hecho definido puede probarse indirectamente con la afirmación del hecho positivo contrario; por ejemplo, que no estuve en un lugar lo demuestro acreditando el lugar donde sí estuve.

La negativa de un hecho indefinido no puede probarse ni directa ni indirectamente; por ejemplo, Pedro no ha prestado jamás \$ 5.000 a Juan, o que las aguas no están ocupadas.

La negativa de una calidad, que envuelve la afirmación de la calidad contraria, puede y debe probarse; así que la capacidad del buque no es pequeña lo prueba demostrando las toneladas que puede transportar.

De esta manera la pretendida máxima que dispensa la prueba al que niega encuentra rara vez su aplicación porque es muy raro que una proposición negativa no contenga implícitamente una afirmación, salvo el caso ya explicado de la negativa de un hecho indefinido.

Así pues que las aguas no están disponibles es posible de acreditar y debe hacerse, demostrando que están ocupadas, señalando cómo y precisando lo que corresponde según el caso. Por ejemplo, la indisponibilidad de las aguas para derechos de ejercicio permanente se prueba constatando que el río ha estado alguna vez sometido a reparto proporcional.

Las aguas están naturalmente libres y por consiguiente eso es imposible de probar, y no hay obligación de probar lo que es de la naturaleza de las cosas y además, por todo lo dicho, si se exigiera probarlo es imposible e inútil. Imposible por lo ya explicado de los hechos negativos indefinidos, esto es que no están ocupadas; e inútil, porque si se obliga al solicitante a probar todos los casos de ocupación para restarlos a los caudales existentes, el informe que se emita podría, por error o por otro motivo, omitir información, por lo que siempre el que se opone a la solicitud o la D.G.A. tendrá que hacer ver las omisiones y probar la existencia de lo que falta; es decir, siempre tendrá que asumir el trabajo de acreditar.

En síntesis, el hecho que contradice al estado natural de disponibilidad corresponde ser probado por la D.G.A. o por el oponente.

Otro asunto es la explicación de cuáles son los hechos que determinan la ocupación, como por ejemplo la existencia de derechos de aprovechamiento sobre las mismas aguas, las reservas cuando ellas están vigentes, el caudal mínimo ecológico y el permiso de acuicultura. Todo esto no es objeto de esta charla, la que hemos querido concentrar tan sólo en el peso de la prueba.