

S.A., existe, evidentemente un abuso de esta vía jurisdiccional, o, a lo menos, un intento de desviación de procedimiento.

El conflicto jurídico se planteaba entre dos titulares de derechos mineros, aparentemente superpuestos (pues no aparece claro de los antecedentes).

El recurrente es titular de una manifestación minera, inscrita y publicada. El recurrido es titular de una concesión minera de explotación. En otras palabras, el recurrente tiene un derecho minero menos calificado que el recurrido, y cualquier colisión de un manifestante con un concesionario de explotación, siempre cede o debe ceder a favor de este último, pues su exclusividad es en este caso absoluta, para efectuar toda clase de trabajos mineros, tanto dirigidos a la exploración como a la explotación, de acuerdo a los términos del artículo 116 del Código de Minería (Véase: Alejandro Vergara Blanco, *Sobre los derechos mineros en Chile*, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16 (1989), p. 64).

Detrás de este recurso de protección existe una situación de hecho que se ha prestado para bastantes abusos en materia minera. Resulta que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 del Código de Minería, en su redacción original, desde el momento de la inscripción de la manifestación su titular podrá efectuar todos los trabajos necesarios para reconocer la mina y para constituir la pertenencia, agregando que si con motivo de esos trabajos necesita arrancar sustancias concesibles, se hará dueño de ellas. En caso de que se pusieran obstáculos por el dueño del predio superficial o por cualquiera otra persona para que el manifestante realice los trabajos referidos, deberá el juez autorizar el auxilio de la fuerza pública, siempre que exista informe favorable del Servicio.

¿Qué ocurrió? Que normalmente, cualquier manifestante solía pedir fuerza pública para efectuar trabajos mineros, aun dentro de la extensión territorial de concesiones constituidas. En caso de oposi-

ción de los titulares de pertenencias, se tenía esta oposición como un "obstáculo" de "cualquier persona", y los jueces solían, en muchos casos, conceder la fuerza pública (véase una crítica en el trabajo citado, pág. 51), lo que no era más que una demostración de la incomprensión del sistema de derechos mineros establecidos en el Código de Minería y de los alcances de la garantía constitucional de un proceso racional y justo.

Ante esta realidad, provocada, como digo por una ineptitud interpretativa judicial, reaccionó el legislador, y a través de la Ley N° 18.940, publicada en el Diario Oficial de 23 de febrero de 1990, introdujo un inciso 3° al artículo 53 del Código de Minería, del siguiente tenor: "Con todo, el juez no autorizará el auxilio de la fuerza pública para realizar trabajos de reconocimiento de la mina en concesión minera ajena, respecto de cuya existencia el Servicio deberá dejar constancia en el informe".

Esto dejaba más tranquilos a los titulares de pertenencias.

Pero como la imaginación forense es fructífera (y en algunos casos ciertamente feliz), ha desviado el procedimiento a la vía del recurso de protección.

Pero la Corte de Apelaciones de Santiago, para resolver el conflicto, ni siquiera necesitó sopesar el conflicto de derechos existente, lo que, en verdad, corresponde a un juicio diferente, regido por el Código de Minería. De los propios antecedentes del recurso apareció la evidencia de que el deseo del recurrente era "explotar" minerales, derecho que no le otorga el Código de Minería al mero manifestante, por lo que mal podía pedir protección de un derecho del que no era titular.

Entonces, faltaba a su respecta un presupuesto procesal para recurrir, y en esa virtud, el recurso era inadmisibles, o, como en un lenguaje peculiar, la Corte lo declaró "no ha lugar".

Alejandro Vergara Blanco.

*Corte Suprema, 3 de septiembre de 1990.
Corte de Apelaciones de Arica, 20 de agosto de 1990.*

Cabrera Saavedra, Manuel con Organización de Usuarios del canal Azapa (OPUCA).

Recurso de protección

MATERIAS: Derecho de aprovechamiento de aguas (derecho de propiedad) - Recurso de protección (admisibilidad).

DOCTRINA: Que de los antecedentes que proporciona el recurso no aparece indicada la fecha o época en que se ha podido producir el acto arbitrario o ilegal que hubiere

perturbado o privado del derecho o garantía constitucional que invoca el recurrente, debiendo tenerse presente por otra parte que de lo informado por la recurrida consta que los trastornos que pudiera haber sufrido el apelante en relación con el gozo de su derecho de agua se ha producido en época muy anterior al plazo de 15 días que establece el Auto Acordado para deducir el recurso de protección. (Corte Suprema)

El titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, estaba en la necesidad de ventilar los conflictos derivados de sus títulos, por la acción ordinaria del artículo 177 del

Código de Aguas, o bien, por la acción de amparo judicial, del artículo 181 del cuerpo de leyes acotado.

La oposición de una u otra de las vías señaladas, era obligatoria para el compareciente, al recordar que habla un punto que dilucidar, aspecto controvertido y concerniente a la dejación o al abandono del recurrente en el uso de las aguas, según lo sostiene la recurrida.

Que, por lo demás, la jurisprudencia es uniforme en admitir que este recurso no ha sido creado para solucionar conflictos específicos entre las partes, cuando dicho conflicto se encuentra sometido al conocimiento de los tribunales, porque el asunto con la intervención de ellos, se halla justamente bajo el imperio o autoridad del derecho, y los actos de aquel modo reprochados pueden ser corregidos por los medios que la ley franquicia. Por lo tanto, la protección no puede convertirse o transformarse en un resorte suplementario de esos mecanismos legales. (Corte de Apelaciones de Arica)*.

1

Arica, veinte de agosto de mil novecientos noventa

VISTOS

En fojas 24, Manuel Cabrera Saavedra, ingeniero agrónomo, domiciliado en esta ciudad, Parcela 28, Kilómetro 12, viene en deducir recurso de protección en contra de la Organización de Usuarios del Canal Azapa (OPUCA), persona jurídica de derecho privado, domiciliada en esta ciudad en calle Gallo N° 370, en atención a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho. Con fecha 11 de agosto de 1989, mediante Decreto N° 320, de la Dirección General de Aguas, se constituyeron en mi favor derechos de aprovechamiento de aguas en el río Lauca por ser usuario del Canal Azapa en dos predios de mi dominio, las parcelas 9 y 11 de Azapa. Los derechos de aprovechamiento señalados se encuentran actualmente inscritos en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Arica. En el caso de una parcela tiene 2.40 acciones, lo que significa que tiene derecho a 2.40 horas de uso con un caudal de 50 litros por segundo, en el otro caso, tengo 3.80 acciones. Toda el agua del río Lauca se encuentra administrada por la Organización de Usuarios del Canal Azapa (OPUCA), actualmente presidida por don Marcial Núñez Vásquez, con domicilio en calle Gallo N° 370 Arica. Es el caso que en sus parcelas tiene plantadas 15 hectáreas de frutos tropicales, mangos y maracuyá y ha implementado un sistema de riego por goteo para el máximo aprovechamiento del agua y un estanque con una inversión de \$ 45.000.000 aproximadamente. OPUCA se ha negado a proporcionarle el

agua que por decreto le corresponde, poniendo actualmente en peligro la totalidad de su inversión en las dos parcelas, hace presente que se encuentra al día en todas sus obligaciones sociales, de tal suerte que esta situación es absolutamente arbitraria e injusta. Se produce por otro lado, una abierta discriminación en su contra, porque al mismo tiempo otros usuarios reciben oportunamente el agua a que tienen derecho. O sea, la mayor parte de los parceleros de la zona reciben la dotación de agua que les corresponde, menos él. Para subsistir ha tenido que comprar agua a los otros parceleros quienes se la venden duplicando o triplicando el precio de la misma. Los hechos precedentemente narrados constituyen a todas luces actos arbitrarios e ilegales cometidos por OPUCA en su perjuicio, que no sólo ha perturbado o amenazado sus derechos constitucionales, sino que lo ha privado del uso legítimo que le asiste respecto de su derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas cuya titularidad ostenta. Con su actuar ilícito, ilegal y arbitrario, OPUCA ha infringido, en primer lugar, su derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas que le fuera otorgado mediante resolución N° 320, de 11 de agosto de 1989, de la Dirección General de Aguas, derecho amparado por la Garantía Constitucional prevista en el artículo 19, N° 24 de la Constitución Política del Estado.

En fojas 29, Marcial Núñez Vásquez informa el recurso, exponiendo, que la OPUCA fue creada por resolución DGA N° 1848 de 15 de diciembre de 1978 y es administradora de la obra artificial denominada Canal Azapa, expresa que el recurrente señala ser dueño del derecho de aprovechamiento de aguas del río Lauca, equivalente a 2.40 y 3.80 acciones. Tal derecho le fue concedido por resolución N° 320 del Ministerio de Obras Públicas, debidamente reducido a escritura pública e inscrita en el conservador de Bienes Raíces de Arica, expone además que si bien el recurrente es propietario de este derecho de aprovechamiento de aguas, según la resolución antes mencionada, debe señalarse que jamás, en los predios que indica, ha utilizado las aguas del río Lauca, es decir, con anterioridad a la resolución N° 320 del Ministerio de Obras Públicas en que el recurrente era solamente usuario y no propietario de un derecho de aprovechamiento, tampoco usaba las aguas del río Lauca para el regadío de las parcelas que indica. Expresa también que en fallos dictados en el Cuarto Juzgado de esta ciudad, confirmados por esta última Corte de Apelaciones, en autos caratulados "Mamani y otros con Opuca", rol N° 2145-89 y "Romero y otros con Opuca", rol N° 2777-89, ambos sobre Amparo Judicial de Aguas, en que los recurrentes de estos

*Véase *infra* comentario a este fallo.

juicios no pagan cuota alguna por el servicio que les presta OPUCA, se ha ordenado entregarles agua sin tener derecho de aprovechamiento de aguas e incluso más allá de las aguas que en la realidad usaban antes de estos juicios, fallos que se respetan y que obligan, pero que no se comparten, por lo que incluso se ha recurrido de queja ante la Excm. Corte Suprema de Justicia. En virtud de este fallo, como ya se dijo, la OPUCA debe entregar una determinada cantidad de agua, más allá de la que primitivamente se otorgaba, impidiendo la entrega a usuarios como el recurrente que tienen un derecho de aprovechamiento de aguas, pero al cual materialmente no se le puede entregar el agua por lo antes expuesto y por lo escaso del recurso en la zona. Por último expresa que no hay ilegalidad ni arbitrariedad por cuanto se ha actuado en cumplimiento de una resolución judicial.

Se acompañaron los siguientes documentos: a fojas 1 a 8 copia simple de la resolución N° 320 del 11 de agosto de 1989 de la Dirección de aguas, de fojas 9 a 20 escrituras públicas de compraventa de las parcelas 9 y 11, a fojas 21 copia simple del certificado del Servicio Agrícola y Ganadero, sobre la propiedad de las parcelas 9 y 11 de Alto Ramírez y la existencia de agua de riego para esas parcelas, a fojas 22 certificado del Director de Riego sobre la posesión previa al dominio que tenía sobre 6.93 acciones de riego distribuidas en las parcelas 9B y 11B y Alto Ramírez, y en fs. 23, oficio de la Dirección de Riego al Presidente de Opuca solicitando el otorgamiento de agua requerida.

A fojas 30 vta., se trajeron los autos en relación.

A fojas 31 se pidió informe a la Dirección General de Aguas el que rola agregado a fs. 36.

TENIENDO PRESENTE:

1. Que Manuel Cabrera Saavedra, deduce recurso de protección contra el Presidente de OPUCA, Marcial Núñez, exponiendo que es dueño del derecho de aprovechamiento de aguas del río Lauca, en un porcentaje de 2.40 y 3.80 acciones; añade que el líquido elemento está destinado al riego de sus parcelas N° 9 y 11 de Azapa, facultad que no ha podido concretar debido a que el recurrente se niega a entregarle el agua.

2. Que Marcial Núñez Vásquez en su informe de fs. 29, no desconoce los derechos mencionados, al contrario, expresa que el reclamante goza de tales atribuciones en virtud de la resolución N° 320 del Ministerio de Obras Públicas, la cual reducida a escritura pública fue inscrita en el conservador de Bienes Raíces de Arica; sin embargo, agrega que el problema estriba en que dicha persona jamás ha usado las aguas, a lo cual se suma la circunstancia que él debe distribuir las aguas entre usuarios y

carece de las cantidades suficientes para satisfacer al recurrente. Aduce, finalmente, que la acción es improcedente, ya que Manuel Cabrera Saavedra, debió haber entablado el recurso de amparo judicial para discutir el asunto;

3. Que el peticionario es titular de un derecho de aprovechamiento sobre el agua del río Lauca, en virtud de la resolución N° 320 de la Dirección General de Aguas de fs. 1, apartados N° 533 y N° 536, inscrita en el registro de propiedades del Conservador de Bienes Raíces de Arica, a fs. 5.892 vta., bajo el N° 3.893 del año 1982;

4. Que en atención a la premisa anotada, es incuestionable que el interesado estaba en la necesidad de ventilar los conflictos derivados de sus títulos, por la acción ordinaria del artículo 177 del Código de Aguas, que prescribe: "Los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil"; o bien, por la acción de amparo judicial, del artículo 181 del cuerpo de leyes acotado, que expresa: "El titular de un derecho de aprovechamiento o quien goce de la presunción a que se refiere el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603 de 1979, que estimare estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes, podrá ocurrir a Juez competente a fin de que le ampare en su derecho".

La oposición de una u otra de las vías señaladas, era obligatoria para el compareciente, al recordar que había un punto que dilucidar, aspecto controvertido y concerniente a la dejación o al abandono del Sr. Cabrera en el uso de las aguas, según lo sostiene la Organización Provisional del Canal, conocida por la sigla OPUCA;

5. Que, por lo demás, la jurisprudencia es uniforme en admitir que este recurso no ha sido creado para solucionar conflictos específicos entre las partes, cuando dicho conflicto se encuentra sometido al conocimiento de los tribunales, porque el asunto con la intervención de ellos, se halla justamente bajo el imperio o autoridad del derecho, y los actos de aquel modo reprochados pueden ser corregidos por los medios que la ley franquea. Por lo tanto, la protección no puede convertirse o transformarse en un resorte supletorio de esos mecanismos legales. (R.D.J. Tomo 77, Sección 1, pág. 13 y 27).

Los dispuestos en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo de los recursos de protección, se declara inadmisibles y

deducido en fojas 24, sin perjuicios de otras acciones o derechos.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol N° 2.331.

Pronunciada por el Presidente Subrogante, Ministro don Hernán Olave Melo y Ministros titulares señores Andrés Díaz Cruzat y Hugo Neira Carrillo. Autoriza el Secretario titular don Rodrigo Olavarría Rodríguez.

II

Santiago, tres de septiembre de mil novecientos noventa.

Visstos

Reproduciendo la parte expositiva y los considerandos 1° y 2° de la sentencia en alzada, y teniendo únicamente presente:

Que de los antecedentes que proporciona el recurso no aparece indicada la fecha o época en que se ha podido producir el acto arbitrario o ilegal que hubiere perturbado o privado del derecho o garantía constitucional que invoca el recurrente, debiendo tenerse presente por otra parte que de lo informado a fojas 29 por el representante de Opuca consta que los trastornos que pudiera haber sufrido el apelante en relación con el gozo de su derecho de aguas se ha producido en época muy anterior al plazo de 15 días que establece el Auto Acordado para deducir el recurso de protección.

Se confirma la referida sentencia de veinte de agosto último, escrita a fojas 39, con declaración de que el recurso queda declarado inadmisibles por extemporáneo.

Regístrese y devuélvanse.

N° 16.060.

Pronunciado por los ministros señores: Marcos Aburto O., Hernán Gereceda B., Efrén Araya V., y los abogados integrantes señores: Luis Cousiño Mac-Iver y José Fernández R.

COMENTARIO: En la especie, Manuel Cabrera Saavedra dedujo recurso de protección contra la Organización de usuarios del canal Azapa (OPUCA), exponiendo ser propietario del derecho de aprovechamiento de aguas del río Lauca, en un porcentaje de acciones que indica, y que el líquido elemento estaría destinado al riego de parcelas de su propiedad, lo que no ha podido concretar, pues la organización recurrida se niega a entregarle agua. La recurrida, en su informe, no desconoce los

derechos invocados y, por el contrario, reconoce que tales derechos de aprovechamiento le fueron otorgados en virtud del acto concesional de la Dirección General de Aguas, que se indica, pero, a su juicio, el recurrente no había usado de sus aguas, y, además, que carecería de las aguas suficientes para satisfacer al recurrente, en virtud de sentencias judiciales que ha estado obligado a cumplir. En fin, aduce que el recurrente debió haber entablado el recurso de amparo judicial.

Ambos tribunales, tanto la Corte de Apelaciones de Arica, como la Corte Suprema, estimaron que el recurso no debía considerarse admisible, pero lo curioso es que si bien la decisión fue idéntica en sus resultados, sus fundamentos difieren.

Por una parte, para la Corte de Apelaciones, la inadmisibilidad provenía de la necesidad de recurrir a otras vías jurídicas previstas en el ordenamiento sustancial (cita, al efecto los artículos 177 y 181 del Código de Aguas), dándole, así, una interpretación muy restringida a la última frase del inciso 1° del artículo 20 de la Constitución, cuando señala "...sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes". Según este tribunal, "la jurisprudencia es uniforme" en tal sentido, citando al efecto un fallo del año 1977. La verdad pareciera ser otra, y la jurisprudencia no siempre ha sido tan uniforme como aquí se predica (véase, por ejemplo, las sentencias citadas en: Eduardo Soto Kloss, El recurso de protección, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1982, pp. 197-220). La verdad es que, a nuestro juicio, la aplicación estricta de este criterio implica desnaturalizar el carácter protector del recurso, como vía rápida inmediata protectora, previa, sin perjuicio de acciones posteriores. Adopta como criterio general la inadmisibilidad de los requerimientos de protección, con la excusa que debe recurrirse previamente a la vía ordinaria, significa no otorgar la protección debida en aquellos casos que pudiere ser procedente o necesaria.

Y es por esto que, sagazmente, la Corte Suprema, si bien mantiene la decisión de considerar inadmisibles el recurso, pero por una vía más apegada, siquiera, al texto constitucional: se consideró extemporáneo el recurso, pues "de los antecedentes que proporciona el recurso no aparece indicada la fecha o época en que se ha podido producir el acto arbitrario o ilegal...". Por tanto, aparece clara aquí una carga procesal que debe ser tenida en cuenta: debe probarse la fecha del acto arbitrario o ilegal.

Alejandro Vergara Blanco.