

POTESTADES REGULATORIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS: DEFERENCIA JUDICIAL E INDEFENSIÓN DE LOS ADMINISTRADOS*

ALEJANDRO VERGARA BLANCO**

I. POTESTADES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS COMO ÓRGANO DE LA ADMINISTRACIÓN. “EL DEBER SER”: EJERCICIO LEGÍTIMO DE SUS POTESTADES

A) TIPICIDAD DE LAS POTESTADES DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD/LEGALIDAD

1. Actuación de la Dirección General de Aguas en cuanto al fondo de los asuntos sometidos a su decisión: Potestades tipificadas y dentro del Principio de juridicidad/legalidad

Las potestades administrativas deben ejercitarse en función de un interés que no puede ser otro que el interés público.

El ejercicio de estas potestades será legítimo en la medida que la Administración cuente con una habilitación legal previa, caso en que se encontrará dentro de la legalidad.

Así, las potestades administrativas deben cumplir con un requisito anterior a su efectiva ejecución, esto es, deben estar claramente tipificadas en el ordenamiento jurídico, requisito que es exigencia y consecuencia del principio de legalidad de la actuación administrativa.

Este requisito de tipicidad ha sido entendido desde varios aspectos que conforman el núcleo de la legalidad de la función administrativa. En lo relevante para los efectos de esta ponencia, cabe hacer referencia al aspecto de la tipicidad competencial, el cual exige que sea la ley la que otorgue específicas competencias a cada órgano administrativo siendo éste el único que la puede ejercer, salvo los casos de competencias comunes las que tendrán que ser ejercitadas bajo el principio de coordinación que inspira las relaciones inter orgánicas de los órganos administrativos.

En las normas de derecho administrativo, la tipicidad dice relación con que la conducta para su legalidad y validez siempre tendrá que estar enmarcada en la conducta que la norma enuncia; la potestad o conducta que la norma establece es el marco de actuación de la Administración, es decir, la norma establece la conducta “típica” de la actuación administrativa.

* Se trata este texto de un aporte a la discusión; de ahí la ausencia de aparato crítico. Su tono más coloquial se explica por su origen: es una ponencia a las tradicionales Jornadas de Derecho de Aguas.

** Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

De esta forma, primeramente, cabe precisar que la actuación de la Dirección General de Aguas en cuanto al fondo de los asuntos sometidos a su decisión deben efectuarse en virtud de potestades tipificadas y dentro del principio de juridicidad/ legalidad.

2. Actuación de la Dirección General de Aguas en cuanto a la forma: Normas del Código de Aguas, y supletoriamente Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado

En consistencia con la teoría del tipo de las potestades administrativas, otro aspecto que conforma el núcleo de la legalidad de la función administrativa corresponde a la tipicidad procedimental, que se expresa mediante los requisitos formales que se exigen debe respetar la Administración para su actuación.

Este aspecto procedimental, de forma, las normas por las que debe regirse la Dirección General de Aguas se encuentran establecidas especialmente en el Código de Aguas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

B) POTESTADES REGULATORIAS QUE LE OTORGA LA LEY A LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. ÁMBITO RAZONABLE DE SU ACTIVIDAD REGULATORIA. ATRIBUCIONES ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO DE AGUAS

El Estado ejerce sus potestades y atribuciones regulatorias, en materia de aguas, a través de la Dirección General de Aguas, que es, por tanto, el principal organismo que se encarga de la administración, cuidado y gestión de las aguas en nuestro país.

Específicamente, el artículo 300 del Código de Aguas establece que *“El Director General de Aguas tendrá los siguientes deberes y atribuciones”*:

Letra a) *“Dictar las normas e instrucciones internas que sean necesarias para la correcta aplicación de las leyes y de los reglamentos que sean de la competencia de la Dirección a su cargo”*.

Es decir, la ley le permite al Director General de Aguas ejercer potestades regulatorias internas –dentro del Servicio– con el objeto de aplicar correctamente lo previsto en leyes y reglamentos; regulación que debe sujetarse estrictamente a dichos cuerpos normativos, sin exceder su ámbito de aplicación.

Asimismo –pero sin otorgarle potestades regulatorias de forma directa–, la letra f) del mismo artículo dispone que el Director General de Aguas podrá *“Proponer al Ministro de Obras Públicas las modificaciones legales o reglamentarias que sean procedentes para el mejor cumplimiento de las funciones y objetivos del servicio”*.

Las facultades específicas de la Dirección General de Aguas, en tanto, se encuentran establecidas en el Código de Aguas, principalmente en su artículo 299, y guardan

relación básicamente con la extracción de aguas, las obras en cauces y las obras hidráulicas, a saber, en síntesis:

- a) Investigación y medición del recurso (artículos 299 b y 122 CA).
- b) Planificar el uso del recurso (artículo 299 letra a CA).
- c) Constitución y otorgamiento directo de derechos de aguas:
 - *Superficiales: artículos 20 inciso 1º, 23, 130, 141, 149 y 150 CA.*
 - *Subterráneas: artículos 57, 58, 59 y 60 CA.*
- d) Regularización de derechos reconocidos y no inscritos (artículo 2º transitorio CA y 7º D.L. N° 2.603, de 1979).
- e) Fijar limitaciones y modificaciones a la extracción de aguas, declarando restricciones al uso de aguas:
 - *Superficiales: agotamiento de fuentes naturales (artículo 282 CA).*
 - *Subterráneas: zonas de prohibición (artículos 63 y 64 CA); área de restricción (artículos 65, 66 y 67 CA).*
- f) Cambio de fuente de abastecimiento (artículos 158 a 162 CA).
- g) Traslado del ejercicio de los derechos en cauces naturales (artículo 163 CA).
- h) Policía y vigilancia de las aguas (artículo 299 letra c CA).
- i) Supervigilar y conocer el funcionamiento de las organizaciones de usuarios (artículo 299 e CA).
- j) Ejercer jurisdicción o auxiliar a los tribunales.
- k) Autorizar el uso de cauces naturales y artificiales.
- l) Autorizar la construcción y operación de obras hidráulicas de captación, conducción y embalse de aguas.

Como se ha sostenido precedentemente, estas potestades y atribuciones de la Dirección General de Aguas deben sujetarse a la teoría del tipo de las potestades administrativas bajo la observancia estricta al Principio de juridicidad/legalidad consagrado en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental. Así, cualquier tipo de contravenciones a lo anterior implica un exceso de poder del órgano administrativo del ramo.

II. PRÁCTICA REGULATORIA EXORBITANTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. “EL SER”: REALIDAD ACTUAL

De acuerdo a lo expuesto en la primera parte, resulta evidente que las potestades regulatorias de la Dirección General de Aguas están sujetas a la tipificación legal de ellas, las que se ejercerán siempre conforme al Principio de juridicidad/legalidad consagrado en la Constitución.

Como se verá a continuación, la situación actual en cuanto a la realidad regulatoria de la Dirección General de Aguas, ha resultado en la práctica un ejercicio exorbitante de las potestades regulatorias de ese Servicio.

A) TRES MANIFESTACIONES DE LA PRÁCTICA REGULATORIA EXORBITANTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

1. *El caso de la Resolución DGA N° 425, de 2007, que dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas*

a) La Resolución DGA N° 425 establece normas que producen efectos generales, en circunstancias que sólo una ley puede producirlos.

Sólo una ley puede producir efectos generales.

Resolución DGA N° 425 corresponde a un acto administrativo emanado de la DGA.

b) Pecado de origen: Artículo 58 inciso 1° del Código de Aguas. (In)Constitucionalidad de esta norma.

El artículo 58 inciso 1° del Código de Aguas establece que “*Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas*”.

De esta forma, es el Código de Aguas el que le otorga un mandato a la Dirección General de Aguas; mandato cuya constitucionalidad valdría considerar.

c) La Resolución DGA N° 425 crea potestades a favor de la propia DGA.

Algunos ejemplos (potestades que no encuentran su sustento en el Código de Aguas):

– Artículo 13: “*De conformidad con lo establecido en el artículo 5° letra f), de la presente resolución, la Dirección General de Aguas requerirá de una resolución de Calificación Ambiental Favorable de las actividades de exploración asociadas a la solicitud de exploración, o de la parte de ella, que recaiga o afecte directamente en las siguientes áreas*”: Vegas y bofedales / SNASPE / Humedales.

– Artículo 23: “*La comprobación del caudal susceptible de extraer por una obra de captación de agua subterránea, se verificará a través de las respectivas pruebas de bombeo de caudal constante, establecidas en el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas (...)*”. Es decir, aquí se remite a un acto administrativo que, como veremos más adelante, ni siquiera fue objeto de Toma de Razón por la CGR, y que no fue objeto de publicación en el Diario Oficial.

– Artículo 31: “*La Dirección General de Aguas deberá declarar un determinado sector hidrogeológico de aprovechamiento común como área de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, de oficio o a petición de cualquier usuario del respectivo sector, cuando los estudios técnicos demuestren que la explotación previsible del acuífero ocasionará algunos de los siguientes efectos: (...)*”.

– Artículo 45: “*Los criterios y parámetros técnicos utilizados por la Dirección General de Aguas, en la tramitación y resolución de solicitudes de exploración y explotación de aguas*

subterráneas, estarán contenidos en un ‘Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos’, el que será aprobado mediante resolución del Director General de Aguas. /Dicho Manual será de libre acceso al público, por medios escritos o electrónicos’. Aquí vuelve a remitirse a un acto administrativo que ni siquiera fue objeto de Toma de Razón por la CGR, y que no fue objeto de publicación en el Diario Oficial.

– Hay otras potestades que citan artículos del Código de Aguas para sustentar la potestad creada:

i) Artículo 30 sobre la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, según lo dispuesto en el artículo 62 del Código de Aguas.

ii) Artículo 32 sobre el otorgamiento de derechos de aprovechamiento en forma provisional, según lo dispuesto en los artículos 65 y 66 del Código de Aguas.

d) La Resolución DGA N° 425 crea potestades a favor de otros órganos de la Administración como el Ministerio de Bienes Nacionales.

– Artículo 12: *“Antes de proceder a autorizar un permiso de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales, la Dirección General de Aguas deberá solicitar la opinión del Ministerio de Bienes Nacionales”.*

e) Toma de razón de este acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República.

Este acto administrativo fue tomado de razón el 1 de abril de 2008, y publicado en el Diario Oficial el 16 de abril de 2008.

2. El caso del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos

a) Naturaleza jurídica: Acto administrativo emanado de la DGA.

La Resolución (exenta) DGA N° 3.504, de 17 de diciembre de 2008, aprobó el nuevo Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, modificada por la Resolución (exenta) DGA N° 1.796, de 18 de junio de 2009.

b) Ausencia de medidas de publicidad en su dictación: circulación meramente interna.

Sólo está publicado en la página web de la DGA.

c) Procedimientos administrativos son materia de ley (artículo 63 N° 18 CPR).

No obstante lo previsto en el artículo 63 N° 18 de la Carta Fundamental, este Manual opera prácticamente produciendo los efectos jurídicos de una ley, sin serlo.

Lo anterior, vulnera los principios del Derecho Administrativo, toda vez que de no haber un procedimiento establecido en una ley especial, la referida Ley N° 19.880 (LBPA) actúa supletoriamente.

d) Este Manual prácticamente reemplaza a la ley, transformándose en la práctica en norma supletoria del Código de Aguas.

Esto correspondería hacerlo por Reglamento, en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución establecida en el artículo 32 N° 3 de la Carta Fundamental.

Así, este Manual es un sustituto de un reglamento del Código de Aguas (que no existe).

e) Poder regulatorio a través de una resolución exenta. Falta de control de la CGR.

Este acto administrativo no fue objeto de Toma de Razón por parte de la CGR, ni fue publicado en el Diario Oficial.

3. Poder discrecional en materia técnica de disponibilidad de las aguas subterráneas

a) La disponibilidad del recurso hídrico

El concepto de disponibilidad de las aguas subterráneas es más amplio que el de existencia de dichas aguas, y al peticionario sólo le corresponde probarla a nivel de la respectiva obra de captación, no así a nivel de la totalidad del acuífero.

De esta forma, corresponde al solicitante de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas efectuar las pericias técnicas respectivas a nivel de la obra de captación con la finalidad de determinar el caudal preciso susceptible de ser extraído por dicha obra.

A este respecto, es importante hacer presente que la ley no ha impuesto al solicitante de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas la carga de probar la disponibilidad a nivel de acuífero, pues dicha materia le corresponde a la autoridad administrativa.

b) Instrumentos que da la ley para limitar el aprovechamiento del recurso hídrico por motivos de disponibilidad

La Dirección General de Aguas tiene instrumentos legales establecidos por el Código de Aguas para impedir o restringir, cuando corresponda, la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas. Estos mecanismos son como es sabido: a) la declaración de zona de prohibición para nuevas explotaciones; b) la declaración de área de restricción, y c) la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas.

La utilización por la autoridad de los mecanismos citados, es además importante, por cuanto con ellos se da certeza a los particulares respecto de la situación de determinados acuíferos y de las políticas públicas utilizadas en ellos. Ello, en atención a que las medidas que limitan la explotación de aguas subterráneas deben ser formalmente declaradas por la autoridad, y publicadas en el Diario Oficial, circunstancia que obedece a los efectos generales de tales medidas. Con ello se da transparencia y publicidad para que los interesados en obtener derechos de aprovechamiento en ciertos acuíferos, conozcan la situación de éstos.

Por tanto, no puede constituir fundamento de la denegación de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas –ni tampoco de la constitución de los mismos con carácter de provisionales– la circunstancia de haberse declarado área de restricción aquella zona donde se ubican los pozos desde los cuales se capta el agua, en todos aquellos casos en que tal medida se hubiere adoptado con posterioridad a la época de presentación de la solicitud respectiva. Esto, ya que una declaración de área de restricción (u otras similares) no puede operar con efecto retroactivo.

Así lo había entendido también la Contraloría General de la República hasta la dictación del dictamen N° 17.971, de 2009, que vino a cambiar este criterio, lo que no corresponde en Derecho, según se verá en seguida en otro acápite.

c) Aplicación con efecto retroactivo de las declaraciones de áreas de restricción o prohibición

Como adelantamos, la DGA está aplicando estas declaraciones con efecto retroactivo, utilizándolas como fundamento de denegación de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, lo que va en contra del Principio de la irretroactividad, reconocido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico.

La retroactividad es excepcional y siempre de derecho estricto y, por consiguiente, debe ser establecida en forma expresa por el legislador. Es así, que la retroactividad jamás puede presumirse ni para aspectos formales ni de fondo. Asimismo, cabe señalar que desde el momento en que se presenta una solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, se entiende incorporado a ella todo el estatuto jurídico vigente a la fecha de su presentación.

B) DEFERENCIA JUDICIAL E INDEFENSIÓN DE LOS ADMINISTRADOS

1. Atenuación de control por parte de la Contraloría General de la República

a) Control de la Contraloría General de la República. Toma de Razón.

La Contraloría General de la República es el órgano encargado por ley, de efectuar un control preventivo o toma de razón de los actos administrativos emanados de los órganos de la Administración del Estado.

En razón de lo anterior, esta Entidad de Control debe revisar la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos; y de encontrarse un vicio de legalidad, el Contralor deberá abstenerse de tomar razón.

b) Control efectivo de juridicidad/legalidad por parte de la Contraloría General de la República frente a la actividad de la DGA. Dictamen N° 13.923, de 2004.

Es deber de la Contraloría General de la República ejercer un control efectivo de la juridicidad/legalidad del ejercicio de las potestades de los órganos de la Administración.

En esta línea, la Entidad de Control, en su dictamen N° 13.923, de 18 de marzo de 2004, señalaba claramente lo siguiente:

(...) No puede sostenerse, en derecho, que solamente el último acto de un procedimiento debe respetar el principio de juridicidad, sino que deben atenerse a él todos y cada uno de los actos que conforman la actuación respectiva.

Lo expresado no sólo fluye de las normas constitucionales y legales que consagran el principio de juridicidad, sino que es la única interpretación acorde con los fundamentos de dicho principio, que constituye el elemento primordial y la garantía del reconocimiento y respeto de los derechos esenciales de las personas.

(...) los actos (administrativos) se encuentran sometidos al control de legalidad que ejerce este Órgano de Control, según expresamente lo dispone el artículo 24 de esa ley y los artículos 1° y 16° de la ley 10.336. Asimismo, este último ordenamiento, en sus artículos 6°, 9° y 19° prescribe, en lo que interesa, que corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre “el correcto funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”, y que los dictámenes de la Contraloría General son obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran. Además, corresponde a esta Entidad Fiscalizadora declarar la ilegalidad de los actos de los servicios públicos, cuando ello sea procedente.

Según sostiene el mismo dictamen N° 13.923, o anterior, debe realizarse no obstante la existencia de recursos pendientes, ya que sostenerse lo contrario este Órgano de Control carecería de oportunidad para ejercer su función fiscalizadora, dado que una vez que se expida la decisión atinente al recurso, si ella es negativa, deberá entonces el administrado reclamar ante los Tribunales de Justicia, y de existir una reclamación pendiente se sostendrá que dicho procedimiento se encuentra en ejecución y que la decisión correspondiente debe adoptarla el Poder Jurisdiccional, lo que implicaría que dicho acto administrativo nunca pasará por el control de la Contraloría General de la República.

Agrega el dictamen N° 13.923 que *Cabe citar en este punto la Ley N° 19.880, que “establece bases del procedimiento administrativo que rige los actos de los Órganos de la Administración del Estado”, cuyo capítulo IV regula la revisión de los actos administrativos, y que en el artículo 54, inciso tercero, establece: “Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que ésta interponga sobre la misma pretensión”, por lo que el control de la Contraloría General de la República debe ejercerse antes de deducirse cualquier acción ante los Tribunales de Justicia.*

c) Resolución N° 520, publicada en el Diario Oficial del 14 de diciembre de 1996, dejó fuera de la toma de razón las Resoluciones de la DGA que deniegan solicitudes de derechos de aprovechamiento de particulares. Falta de control de la CGR.

No obstante lo hasta aquí dicho sobre el control que debe ejercer la Contraloría sobre los actos de la Administración, por ende, de la Dirección General de Aguas, cabe referirse a que con el correr de los años se ha observado una atenuación de esta actividad revisora de la Entidad de Control.

En la materia que nos convoca, la Resolución N° 520, de 14 de diciembre de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Resolución N° 55, de 1992, de la Contraloría General de la República, que establece normas sobre exención del trámite de toma de razón, dejó fuera del trámite de control, a través de la toma de razón, los actos que denieguen las solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas (artículo 2° N° 14).

Así, la propia Contraloría ha avalado la práctica exorbitante de la Dirección General de Aguas, principalmente en la denegación de derechos de aguas en que se rechaza una solicitud por motivos de disponibilidad del recurso hídrico, cuya determinación ha sido otorgada a dicho Servicio bajo términos absolutos, que privan al administrado de demostrar lo contrario con estudios técnicos calificados.

d) Únicamente control a posteriori, no a priori.

Así las cosas, en materia de aguas en que se deniegan solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, por ejemplo, por motivos de disponibilidad, la Contraloría no está ejerciendo el control preventivo que le corresponde en cuanto Entidad de Control, sino que sólo podrá, y sólo en la medida que el administrado afectado recurra a ella, ejercer un control a posteriori; control posterior en el que, además, y como se verá en seguida, está demostrando una deferencia preocupante de frente a la actividad de la Dirección General de Aguas.

e) Deferencia de la CGR frente a la práctica exorbitante de la DGA. Dictamen N° 17.971, de 2009.

En la línea de lo enunciado en el párrafo anterior, cabe señalar un ejemplo de esta deferencia de la Contraloría frente a la actividad de la Dirección General de Aguas.

Con fecha 8 de abril de 2009, la Contraloría General de la República, en adelante CGR, emitió el dictamen N° 17.971, que reconsidera criterio anterior de la misma Entidad de Control, en el sentido que las resoluciones que declaran áreas de restricción para la explotación de aguas subterráneas rigen *in actum* y resultan aplicables incluso a solicitudes de derechos de aprovechamiento sobre tales aguas presentadas antes de dicha declaración.

Hasta la emisión de este dictamen, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, estableció uniforme y constantemente que no constituye fundamento de la denegación de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas –ni tampoco de la constitución de los mismos con carácter de provisionales– la circunstancia de haberse declarado área de restricción aquella zona donde se ubican los pozos desde los cuales se capta el agua, en todos aquellos casos en que tal medida se hubiere adoptado con posterioridad a la época de presentación de la solicitud respectiva.

El dictamen permite que la Dirección General de Aguas no utilice los instrumentos legales necesarios para determinar la disponibilidad o no disponibilidad del recurso hídrico, además de avalar que las declaraciones de áreas de restricción o prohibición

emanadas de la DGA operen con efecto retroactivo, lo que resulta del todo ilegal, toda vez que toda solicitud entiende incorporada la normativa vigente al momento de su presentación.

2. Atenuación de control por parte de los Tribunales de Justicia

a) Control judicial de las potestades administrativas.

Como ya se ha indicado, el ejercicio de las potestades administrativas debe efectuarse dentro de los límites legales.

Asimismo, toda potestad administrativa, sea reglada o discrecional, está sujeta, por imperativo superior, al control judicial, pues éste es un principio fundamental del Estado de Derecho, toda vez que renunciar al control judicial de ellas importaría consagrar una especie de arbitrariedad a favor del ejercicio de la actividad administrativo de los órganos que forman parte de la Administración.

b) Deferencia judicial frente a las decisiones de la DGA.

Las potestades de la DGA, principalmente en materia de disponibilidad del recurso hídrico, son prácticamente indiscutibles e inimpugnables ante los Tribunales ordinarios de Justicia.

Los estudios técnicos de la DGA gozan, en la práctica, de una especie de cosa juzgada, surgiendo la imposibilidad de dar vuelta una decisión administrativa mediante la elaboración de estudios técnicos encargados por particulares a profesionales altamente calificados.

c) Gran porcentaje de pleitos fallados a favor de la DGA.

Un gran porcentaje de los asuntos sometidos a la jurisdicción de los Tribunales en que la DGA es parte, son fallados a favor de ella, perdiendo eficacia el recurso de reclamación establecido en el artículo 137 del Código de Aguas, el que pierde todo sentido con la deferencia judicial expuesta, ya que será imposible que un particular logre revertir una decisión de la Dirección General de Aguas acudiendo a los Tribunales de Justicia.

3. Expresión de esta atenuación: Ausencia de control en la dictación de actos normativos exorbitantes de la DGA

a) Resolución DGA 425, de 2007, sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas.

En materia de aguas subterráneas, como dijimos, la palabra decisoria de la Dirección General de Aguas goza de una especie de cosa juzgada, habiendo escasa posibilidad para el administrado de revertir sus decisiones recurriendo ya sea ante la Contraloría o los Tribunales, organismos que dan plena eficacia a las normas establecidas en dicha resolución, en virtud de las cuales la DGA se otorgó potestades y atribuciones a sí misma.

b) Manual de Normas y Procedimientos para la administración de Recursos Hídricos.

La otra expresión manifiesta de esta atenuación expuesta, cabe respecto al Manual de Normas y Procedimientos para la administración de Recursos Hídricos, el que produce efectos generales, actuando como sustituto de un verdadero Reglamento del Código de Aguas, que no existe, produciendo efectos generales, sin siquiera haber sido tomado de razón por la Contraloría General de la República.

Asimismo, cabe señalar que éste no fue publicado en el Diario Oficial, como tampoco sus actos modificatorios, siendo la única medida de publicidad su incorporación en el sitio web de la Dirección General de Aguas.

Lo anterior, infringe el principio consagrado en el artículo 16 de la Ley N° 19.880, de 2003, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, conforme al cual *“salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial”*, de manera que los actos de la Administración deben permitir y promover el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten; principio que, a mayor abundamiento, ha sido consagrado con anterioridad y en similares términos, en el artículo 13 incisos 2° y 3° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado.

4. *Indefensión de los Administrados*

a) Imposibilidad de recurrir las decisiones de la DGA.

Todo lo anteriormente expuesto, priva a los administrados de revertir decisiones de la DGA que pudieran afectarle en sus Derechos Públicos Subjetivos, siendo inútil e ineficaz que recurra ya sea a la Contraloría como a los Tribunales de Justicia con el objeto de impugnar los actos de la DGA, dada la deferencia mostrada por ambas entidades.

b) Principios jurídicos afectados.

La actividad regulatoria exorbitante de la Dirección General de Aguas atenta contra los siguientes principios ordenadores del Derecho Administrativo:

i) Certeza jurídica y confianza legítima.

Entendemos por certeza jurídica la certidumbre o seguridad que tienen los ciudadanos de que las leyes se cumplen, de manera objetiva, bajo criterios previamente establecidos y en igualdad de condiciones para todos.

Uno de los aspectos necesarios para que haya certeza jurídica, radica en que los ciudadanos tengan la seguridad de que la ley se hará cumplir y en que éstos conozcan previamente los criterios bajo los cuales se aplicará.

Relacionado con lo anterior, el Principio de la confianza legítima tiene relación con la confianza que los actos administrativos hubieran podido hacer surgir en los particulares. Éste pretende proteger al particular que es parte de una determinada relación jurídica

administrativa, en donde la Administración ha definido una determinada situación jurídica que ahora pretende desconocer.

El principio de confianza legítima se ha extendido a la protección de los particulares de frente de los actos normativos, regulatorios o de comportamiento regular de la Administración, que puedan producir una expectativa o generación de confianza en los particulares y éstos actuar en consecuencia bajo la certeza y seguridad de que estas reglas o conductas no se modificarán.

ii) Derechos Públicos Subjetivos.

La relación jurídica entre la Administración y los administrados da origen a los denominados Derechos Públicos Subjetivos, que constituyen un bien jurídico protegido garantizado por la Constitución, y cuyo ejercicio está sometido al Principio de Juridicidad.

El Derecho Público chileno consagra a los ciudadanos o administrados los Derechos Públicos Subjetivos, que corresponden a la posibilidad que tienen éstos de exigir derechos y prestaciones en la medida que se cumpla con los requisitos para ello, los que deben ser considerados a la fecha de presentación de sus solicitudes, toda vez que es ese el estatuto jurídico que regulará el fondo de sus pretensiones, y de cumplirse con ellos, la Administración estará obligada a decretar su reconocimiento; de lo contrario, estaría atentando contra los los derechos indicados.

En este sentido, la certeza y confianza que hubieron tenido los administrados en la legislación de aguas –entiéndase principalmente Código de Aguas– se ha visto mermada por la práctica de la Dirección General de Aguas, a partir de casos como la dictación de los actos administrativos aquí señalados, es decir, la Resolución DGA N° 425 y el Manual de Normas y Procedimientos para la administración de Recursos Hídricos, en virtud de los cuales ha excedido el mandato legal que se le ha otorgado, menoscabándose así los Derechos Públicos Subjetivos de los administrados.

Así, ya no basta con actuar confiando en el Código de Aguas y demás leyes de la materia, sino que además el administrado debe entregarse a la incertidumbre en que se está a partir de las potestades regulatorias exorbitantes de la DGA.

CONCLUSIÓN

1º DGA domina con absoluto voluntarismo la administración del recurso hídrico a través de facultades y atribuciones que ella misma se otorga en virtud de su actividad regulatoria.

2º Potestad regulatoria de la DGA se ejerce de manera exorbitante, toda vez que los órganos llamados a ejercer un control sobre ella, estos son la Contraloría General de la República ni de los Tribunales Ordinarios de Justicia, actúan con absoluta deferencia, dejando indefensos a los Administrados.

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA (CGR) EN MATERIA DE AGUAS (2009-2010)

A) AÑO 2009

| | |
|------------|--|
| 08/04/2009 | Dictamen N° 17.971 Aplicación retroactiva de declaraciones de área de restricción |
| 08/05/2009 | Dictamen N° 23.989 Exploración de aguas subterráneas en acuíferos que alimentan zonas de vegas y bofedales. Exigencias ambientales |
| 20/05/2009 | Dictamen N° 26.409 Publicación de solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas. Datos necesarios para acertada inteligencia |
| 20/05/2009 | Dictamen N° 26.443 Carácter de consulta efectuada a organizaciones de usuarios en materia de pago de patente por no uso de aguas |
| 25/05/2009 | Dictamen N° 26.912 Procedencia de exclusión de pago de patente por no uso de aguas ante solicitudes pendientes de traslado de derechos de aprovechamiento |
| 07/07/2009 | Dictamen N° 35.989 Proyecto de generación hidroeléctrica. Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas en parques nacionales |
| 27/07/2009 | Dictamen N° 40.131 Notificación tácita en materia de aguas (artículo 139 inciso final Código de Aguas) |
| 31/08/2009 | Dictamen N° 47.386 Facultades de policía y vigilancia de la DGA |
| 07/10/2009 | Dictamen N° 55.272 Difusión radial de solicitudes de derecho de aprovechamiento de aguas. Caudal ecológico mínimo |
| 03/12/2009 | Dictamen N° 67.514 Aguas de contacto mineras y normativa ambiental |
| 15/12/2009 | Dictamen N° 69.681 Obligatoriedad de dictámenes CGR para DGA |
| 24/12/2009 | Dictamen N° 71.458 Aplicación artículos 147 bis Código de Aguas y 1° transitorio Ley N° 20.017 |

B) AÑO 2010

| | |
|------------|--|
| 22/02/2010 | Dictamen N° 10.144 Notificación tácita en materia de aguas (artículo 139 inciso final CA) |
| 25/03/2010 | Dictamen N° 15.871 Denuncia de irregularidades en tramitación de solicitudes de regularización de derechos de aguas de comunidades indígenas |
| 06/04/2010 | Dictamen N° 17.793 Demoras DGA en tramitación de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas |
| 13/05/2010 | Dictamen N° 25.837 Aguas para bebida y uso doméstico. Derecho de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley |
| 07/06/2010 | Dictamen N° 29.966 Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas en áreas silvestres protegidas. Exigencias ambientales |
| 07/06/2010 | Dictamen N° 30.033 Aplicación temporal de declaraciones de áreas de restricción |
| 14/06/2010 | Dictamen N° 31.748 Mercedes provisionales. Tramitación de solicitudes pendientes a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981 |
| 03/08/2010 | Dictamen N° 43.809 Obligación del Fisco de pagar cuotas de comunidades de aguas a que pertenezca |
| 04/10/2010 | Dictamen N° 58.806 Rol de la memoria explicativa en proceso de constitución de derechos de aguas |
| 12/10/2010 | Dictamen N° 60.633 Forma de cómputo de plazos establecidos en el artículo 131 del Código de Aguas (publicación de presentaciones en materia de aguas) |
| 29/10/2010 | Dictamen N° 64.632 Requisitos solicitud de derechos de aguas subterráneas en predio municipal |
| 27/12/2010 | Dictamen N° 78.562 Legalidad Resolución DGA N° 1.800 (2010) |

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE AGUAS (2009-2010)

A) AÑO 2009

- 21/01/2009 Rol N° 4137-2007 N° LegalPublishing: 41606
Lacalle Soza, Hernán y Otros con DGA
Corte de Apelaciones de Santiago / Corte Suprema
Tramitación de solicitudes de derechos de aprovechamiento presentados bajo la vigencia de la normativa anterior al Código de Aguas de 1981 (recurso de reclamación y recurso de casación en el fondo)
- 06/05/2009 Rol N° 7637-2008 N° LegalPublishing: 42097
Quiroga Moreno, María con DGA
Corte de Apelaciones de Santiago
Solicitud de autorización de exploración de aguas subterráneas en zonas protegidas (vegas y bofedales) (recurso de reclamación)
- 11/05/2009 Rol N° 6228-2007 N° LegalPublishing: 42047
Arcayaga Abarzúa, Víctor con Amar Amar, Elías
Juzgado de Letras y Garantía de Pucón / Corte de Apelaciones de Temuco / Corte Suprema
Amparo judicial de aguas (demanda de amparo, recurso de casación en la forma, recurso de apelación y recurso de casación en el fondo)
- 15/06/2009 Rol N° 773-2008 N° LegalPublishing: 42149
Abaroa Yutronic, María con DGA
Corte de Apelaciones de Antofagasta
Perfeccionamiento y complementación de título de derecho de aprovechamiento de aguas (recurso de casación en la forma y recurso de apelación)
- 30/07/2009 Rol N° 313-2008 N° LegalPublishing: 42445
Sociedad Agrícola Forestal Los Olivos
Juzgado de Letras de San Vicente de Tagua Tagua / Corte de Apelaciones de Rancagua / Corte Suprema
Regularización de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales (art. 2° transitorio Código de Aguas) (solicitud de regularización, recurso de apelación y recurso de casación en el fondo)
- 27/08/2009 Rol N° 572-2008 N° LegalPublishing: 42552
Cemento Polpaico S.A. con Dirección General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago / Corte Suprema
Posibilidad de complementar, con posterioridad a su presentación original, una memoria explicativa correspondiente a una solicitud de derechos de aguas subterráneas (recurso de reclamación y recurso de casación en el fondo)

- 07/09/2009 Rol N° 192-2009 N° LegalPublishing: 42502
Holdind and Trading S.A. con DGA de la Décima Región y Otro
 Corte de Apelaciones de Puerto Montt
 Facultad de la DGA para ordenar la paralización de extracción de aguas desde pozos (recurso de protección)
- 10/09/2009 Rol N° 1959-2008 N° LegalPublishing: 42596
Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con DGA
 Corte de Apelaciones de Santiago / Corte Suprema
 Pago de patente por no utilización de aguas subterráneas (recurso de reclamación y recurso de casación en el fondo)
- 01/10/2009 Rol N° 6602-2009 N° LegalPublishing: 42757
Jardines y Huertos Lo Pinto Limitada con Campos Vicencio, Miguel y Otro
 Corte de Apelaciones de Santiago / Corte Suprema
 Daños provocados por el cambio de ubicación de un canal de regadío (recurso de protección y recurso de apelación)
- 29/10/2009 Rol N° 381-2009 N° LegalPublishing: 42818
Junta de Vigilancia del Río Combarbalá y sus Afluentes con DGA
 Corte de Apelaciones de Santiago
 Procedimiento excepcional de regularización de pozos establecido en los artículos 4° y 5° transitorios de la Ley N° 20.017 (recurso de reclamación)
- 25/11/2009 Rol N° 2840-2008 N° LegalPublishing: 43117
Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama
 Juzgado de Letras de Pozo Almonte / Corte de Apelaciones de Iquique / Corte Suprema
 Regularización de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales (art. 2° transitorio CA) (solicitud de regularización, recurso de apelación y recurso de casación en la forma y en el fondo)
- 30/11/2009 Rol N° 6722-2009 N° LegalPublishing: 42973
Morales Díaz, Martiniano y Otros con Director Regional de la DGA de la Región Metropolitana
 Corte de Apelaciones de Santiago / Corte Suprema
 Extracción irregular de aguas - Clausura de obras de captación por las que se ejercen derechos reconocidos - Protección y respeto de usos consuetudinarios de aguas (recurso de protección y recurso de apelación)
- 09/12/2009 Rol N° 3667-2008 N° LegalPublishing: 43511
De La Cruz Bravo, Ruperto y Otros con Asociación de Canalistas de Illapel
 Juzgado de Letras de Illapel / Corte de Apelaciones de La Serena / Corte Suprema
 Amparo judicial de aguas (solicitud de amparo, recurso de apelación y recurso de casación en el fondo)

B) AÑO 2010

- 25/03/2010 Rol N° 1994-2008 N° LegalPublishing: 43614
Ezquerro Castro, Arturo con Montes Rencoret, Germán
Juzgado de Letras de San Felipe / Corte de Apelaciones de Valparaíso / Corte Suprema
Servidumbre de acueducto (acción judicial de ejercicio de derechos de agua, recurso de casación en la forma y apelación, y recurso de casación en la forma y en el fondo)
- 27/07/2010 Rol N° 8390-2009 CL/JUR/4146/2010
Sociedad de Inversiones El Manantial Limitada con Director General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Improcedencia de rechazar solicitud de derecho de agua por encontrarse su punto de restitución en un área de inundación inexistente (recurso de reclamación)
- 30/07/2010 Rol N° 6131-2008 CL/JUR/4216/2010
Comunidad Canal Cerda con Director General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Modificación de estatutos de junta de vigilancia y alteración de sistema de distribución de aguas (recurso de reclamación)
- 26/08/2010 Rol N° 520-2010 CL/JUR/6357/2010
Sociedad Agrícola UAC Limitada con Dirección General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Carácter de mera expectativa de solicitud de derechos de aguas (recurso de reclamación)
- 07/09/2010 Rol N° 8568-2009 CL/JUR/6697/2010
Prohens Espinoza, Jaime con Dirección General Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Traslado de ejercicio de derechos de aguas como competencia exclusiva de la DGA (recurso de reclamación)
- 07/09/2010 Rol N° 220-2010 CL/JUR/6694/2010
Agrocomercial As Limitada con Dirección General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Ámbito de aplicación temporal de declaraciones de áreas de restricción (recurso de reclamación)
- 24/09/2010 Rol N° 5125-2008 MJJ24833
Cooperativa de Servicios de Agua Potable la Puntilla Limitada con Asociación de Canalistas del Canal de Pirque
Corte Suprema
Solicitud de reconocimiento de derecho de aguas por parte de asociación de canalistas e inscripción de dicho derecho (recurso de casación en la forma. Sentencia de reemplazo)

- 15/10/2010 Rol N° 835-2010 N° LegalPublishing: 46558
Compañía General de Electricidad S.A. con Dirección General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Aplicación de nuevo Código de Aguas (posterior a Ley N°20.017) a procesos no totalmente tramitados bajo el régimen anterior (recurso de reclamación)
- 18/10/2010 Rol N° 1082-2010 N° LegalPublishing: 46559
Corporación Nacional Forestal de la Región de los Lagos con Dirección General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Constitución de derechos de aguas en áreas silvestres protegidas (recurso de reclamación)
- 02/11/2010 Rol N° 8432-2009 CL/JUR/8943/2010
Minera Los Pelambres con Dirección General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Declaración de áreas de restricción en sectores hidrogeológicos con riesgo de grave disminución de acuífero (recurso de reclamación)
- 02/11/2010 Rol N° 1094-2010 CL/JUR/8944/2010
Invertec Natural Juices S.A. con Dirección General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Obligatoriedad de declaración de áreas de restricción desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial (recurso de reclamación)
- 24/12/2010 Rol N° 1530-2010 N° LegalPublishing: 47715
Ariztía Irarrázabal, Carlos con Dirección General de Aguas
Corte de Apelaciones de Santiago
Pago de patente por no uso de aguas. Entidad que deben revestir las obras de captación para eximir del pago de patente (recurso de reclamación)