

## Base de Dictámenes

Derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, preferencia titular permiso de exploración, autorización ocupación terrenos fiscales, área de desarrollo indígena, consulta indígena

E255500N22

**NUEVO:**

SI

**RECONSIDERADO:**

NO

**ACLARADO:**

NO

**APLICADO:**

NO

**COMPLEMENTADO:**

NO

**FECHA DOCUMENTO**

09-09-2022

**REACTIVADO:**

NO

**RECONSIDERADO**

**PARCIAL:**

NO

**ALTERADO:**

NO

**CONFIRMADO:**

NO

**CARÁCTER:**

NNN

### DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 47506/2009, 37298/2013, 50174/2015, 25667/2019

Acción	Dictamen	Año
Aplica	<a href="#">047506N</a>	2009
Aplica	<a href="#">037298N</a>	2013
Aplica	<a href="#">050174N</a>	2015
Aplica	<a href="#">025667N</a>	2019

### FUENTES LEGALES

CAG art/58 inc/1 CAG art/58 bis DTO 203/2013 moopp art/primero art/17 inc/1 DTO 203/2013 moopp art/primero art/20 DTO 203/2013 moopp art/primero art/24 inc/2 CAG art/22 DTO 66/2013 mides art/primero art/7 inc/3 ley 19253 art/26

### MATERIA

El titular de un permiso de exploración de aguas subterráneas tiene preferencia para la constitución de derechos de explotación sobre estas. El Ministerio de Bienes Nacionales debe llamar a consulta indígena para autorizar el uso de inmuebles fiscales. ubicados

debe haber una consulta indígena para determinar el uso de minerales no metálicos, ubicada dentro de una zona declarada área de desarrollo indígena.

---

## DOCUMENTO COMPLETO

---

Nº E255500 Fecha: 09-IX-2022

Se ha dirigido a esta Contraloría General don Sergio Cubillos Verasay, en representación, según expone, de la Comunidad Indígena Atacameña de Peine, solicitando un pronunciamiento que determine si la Dirección General de Aguas (DGA) se encuentra obligada a constituir un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas en favor de la empresa que indica, en razón de que esta sería titular de un permiso de exploración.

Además, pregunta sobre la procedencia de realizar una consulta a las agrupaciones indígenas existentes en el área reclamada, previo a la concesión de permisos para la exploración o de derechos de aprovechamiento de ese recurso hídrico. Lo anterior, habida cuenta de que la respectiva área de exploración de aguas subterráneas correspondería a un territorio reclamado por comunidades atacameñas de ese sector, en el que, según indica, “existen Derechos Ancestrales indígenas pre existentes sobre sus recursos naturales”, los que se verían en “riesgo o peligro e inestabilidad jurídica” de otorgarse la pertinente concesión.

Sobre el particular, y teniendo presente lo informado por la Dirección General de Aguas, las Subsecretarías de Bienes Nacionales y de Servicios Sociales y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), es relevante señalar que el Código de Aguas establece, en su artículo 58, inciso primero, que “Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas”.

Asimismo, su artículo 58 bis previene que “Comprobada la existencia de aguas subterráneas en bienes nacionales, el beneficiario del permiso de exploración tendrá la preferencia para que se le otorgue el derecho sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del mismo por sobre todo otro peticionario”.

En el mismo sentido, el artículo 17, inciso primero, del artículo primero del decreto Nº 203, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas -Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas-, dispone que “Comprobada la existencia de aguas subterráneas en bienes nacionales, la Dirección General de Aguas preferirá al beneficiario del permiso de exploración, para la constitución del derecho sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del permiso”.

Enseguida, el artículo 20 del aludido reglamento establece, en lo pertinente, que la DGA constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas cuando sea

constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas cuando sea legalmente procedente y se cumplan copulativamente las condiciones que allí se prevén. En tanto, el inciso segundo de su artículo 24 contempla, para efectos de la explotación de aguas subterráneas, que en aquellos casos que el punto de captación de estas se encuentre en un bien fiscal, será necesario acompañar la autorización del Ministerio de Bienes Nacionales (MBN) al momento de ingresar la solicitud de constitución del derecho en comento.

Por otra parte, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 22 del citado código, “La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas”, sujetándose dicha constitución “al procedimiento estatuido en el párrafo 2° del Título I, del Libro II de este Código”, como lo prescribe su artículo 23.

En ese orden de ideas, es preciso recordar que el aludido procedimiento se encuentra reglado en los artículos 130 a 150 del mencionado código, el cual considera medidas de publicidad y la posibilidad de promover oposiciones por quienes se consideren perjudicados por la solicitud.

Cabe destacar, además, que conforme a esa preceptiva, la emisión del acto administrativo de constitución del derecho de aprovechamiento corresponde en la medida que exista disponibilidad del recurso, no se perjudiquen derechos de terceros y fuere legalmente procedente, sin perjuicio de que, tratándose de aguas subterráneas, la explotación del respectivo acuífero debe ser la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo, lo cual debe ser verificado por la DGA (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s 47.506, de 2009; 37.298, de 2013 y 50.174, de 2015, entre otros).

Puntualizado el marco normativo que antecede, se advierte que en el procedimiento al que alude el recurrente, la Oficina de Asuntos Indígenas de San Pedro de Atacama de la CONADI informó -mediante su oficio N° 92, de 2018-, a instancias de la DGA región de Antofagasta, entre otros aspectos, que la solicitud de exploración “se encuentra en la zona que forma parte del Área de Desarrollo Indígena ADI Atacama La Grande”, y corresponde a terrenos reclamados por las Comunidades Atacameñas de Socaire y de Peine.

Se observa también, que la referida oficina regional de la DGA, por medio de su resolución exenta N° 247, de 2018, autorizó la exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales por parte de la empresa peticionaria por el plazo de un año, expresando, en el considerando noveno de dicho acto administrativo, que esa autorización “no compromete a esta Dirección a constituir los derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas”.

De este modo, en el contexto reseñado y frente a la problemática planteada por el recurrente, cabe manifestar que, si bien en la especie el beneficiario del permiso de exploración adquiere una preferencia para el otorgamiento del derecho de

aprovechamiento sobre las aguas alumbradas respecto de otros solicitantes, ello debe entenderse sin desmedro de que la DGA debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigibles para la constitución del pertinente derecho.

En tales condiciones es dable colegir, en concordancia con lo informado por la DGA, que la sola circunstancia de haberse autorizado la exploración de aguas subterráneas no obliga a esa repartición a constituir un derecho de aprovechamiento sobre aquellas alumbradas en favor del beneficiario de dicho permiso, toda vez que para tales efectos es necesario que concurran los requisitos previstos en la normativa, entre los que se incluyen que la concesión solicitada no perjudique ni menoscabe derechos de terceros y que la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo.

Acerca de la consulta que debería efectuarse a las comunidades indígenas relacionadas con ese territorio de modo previo al otorgamiento de un permiso de exploración o de un derecho de explotación de aguas subterráneas, que plantea el ocurrente, es útil consignar que el inciso tercero del artículo 7° del artículo primero del decreto N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social -que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena-, establece que “Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”.

Pues bien, siendo los procedimientos para la exploración y explotación de aguas subterráneas de carácter reglado, no corresponde incorporar trámites no previstos en la normativa, que, de cualquier forma, alteren la ordenación o secuencia procesal establecida, pues si ello se verificase se infringiría el principio de juridicidad, por lo que no sería de aquellos susceptibles de incorporar una consulta indígena, lo que concuerda con lo informado por la Subsecretaría de Servicios Sociales.

No obstante, es oportuno recordar que dentro de los documentos que el solicitante debe presentar durante la tramitación de exploraciones o explotaciones de aguas que se ubican en predios fiscales, se encuentra la autorización que el MBN debe otorgar en su calidad de administrador de los inmuebles fiscales.

En ese contexto, y en atención a la discrecionalidad que posee esa cartera para administrar tales inmuebles, el dictamen N° 25.667, de 2019, de este origen -que trató una situación similar a la planteada en esta ocasión y que versaba sobre un terreno que también se hallaba dentro de la ADI mencionada-, determinó que corresponde realizar un

proceso de consulta indígena previo a resolver si autoriza o no la ocupación de esos predios, pues dicha medida es susceptible de afectar a las comunidades originarias en virtud de las cuales se declaró la zona como área de desarrollo indígena, sin perjuicio que aquella además pueda ser vinculada de manera posterior con una posible utilización del recurso acuífero ahí existente.

Lo anterior, por cuanto los supuestos para declarar una zona como ADI suponen necesariamente que ella sea relevante para comunidades indígenas, pues según lo señalado en el artículo 26 de la ley N° 19.253, para su establecimiento deben concurrir los siguientes criterios: tratarse de espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; poseer alta densidad de población indígena; existir tierras de comunidades o individuos indígenas; haber homogeneidad ecológica, y que haya dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO

Contralor General de la República

---

POR EL CUIDADO Y BUEN USO  
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS