

# Las aguas de las áreas protegidas: comentario a un fallo de la Corte Suprema

*The waters of protected areas: review of a  
Supreme Court's decision*

**Diego Lillo Goffreri**

Universidad de Chile, Chile

Abogado, Universidad de Chile.  
Investigador del Centro de Regulación  
y Competencia de la misma institución.  
Coordinador de litigios en  
Corporación Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA.  
lillo@fima.cl

## Introducción

Conocida es la ausencia y la eterna deuda pendiente de un marco normativo verdaderamente vinculante y ordenado sobre biodiversidad y áreas protegidas en Chile<sup>1</sup>. En este escenario, el mundo jurídico ha tenido que recurrir a elaboraciones doctrinarias para llenar el vacío producido. Tanto juristas del derecho ambiental como -cada vez más- jueces parecen estar contestes en la importancia del bien protegido y la necesidad de acudir en la búsqueda de instrumentos y mecanismos en el derecho vigente para propender a su protección efectiva.

Como si lo anterior no significara un desafío mayor para el oficio del intérprete, su labor encuentra aún más obstáculos cuando se enfrenta al régimen de gestión de aguas que emana desde el Código de Aguas. Esto, debido a que tal norma permite que un derecho de aprovechamiento de aguas sea otorgado cada vez que se solicite y que exista

---

<sup>1</sup> El escenario de la normativa sobre áreas protegidas y sus obstáculos puede ser consultado en MORONI BÁEZ, Paz, "Algunas consideraciones en torno al bosque nativo". *Revista Justicia Ambiental*, FIMA, Nº2, año 2010.



certeza de que el caudal solicitado esté disponible<sup>2</sup>. No existe obligación de destinar ese aprovechamiento a ningún fin determinado y aún más, puede realizarse con total prescindencia al uso declarado para su solicitud<sup>3</sup>.

El panorama que se configura con las dos situaciones precedentemente expuestas, deja en una especial desprotección a las aguas que se ubican dentro de áreas protegidas y que alimentan los ecosistemas que precisamente esas categorías pretenden conservar, ya sea por su fragilidad ecológica, por albergar de forma preferente biodiversidad en estado de conservación, por poseer parajes de especial belleza escénica u otros fines por los cuales el Estado ha estimado darles protección oficial<sup>4</sup>.

No obstante reconocemos la existencia de un interés público en la protección de estas zonas, parecería inútil el esfuerzo por dicha protección si es que no existe una coordinación entre los organismos sectoriales que tienen el mandato legal de llevar a cabo la gestión de los distintos elementos que conforman las áreas protegidas. En este sentido, tenemos la administración general que la Corporación Nacional Forestal (en adelante, indistintamente CONAF) se encuentra llamada a realizar, pero además de tal institución, existen varias otras cuyos intereses podrían colisionar con el fin de conservación y, en la práctica, lo hacen.

En este orden de cosas, mientras la CONAF tiene la misión de administrar y conservar las áreas protegidas del Estado, mirando principalmente a la sostenibilidad de los ecosistemas en ellas presentes, la Dirección General de Aguas (en adelante, indistintamente DGA) tiene la misión de distribuir los recursos hídricos entre quienes los

---

2 Esto se desprende del inciso final del artículo 141 del Código de Aguas, según el cual "Si no se presentaren oposiciones dentro del plazo se constituirá el derecho mediante resolución de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente. En caso contrario denegará la solicitud."

3 Artículo 149, inciso 2º, Código de Aguas: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 147 bis, el derecho de aprovechamiento constituido de conformidad al presente artículo, no quedará en modo alguno condicionado a un determinado uso y su titular o los sucesores en el dominio a cualquier título podrán destinarlo a los fines que estimen pertinentes".

4 Según el artículo 10 de la ley de Bosques, "Art. 10. Con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer reservas de bosques y parques nacionales de turismo [...]". A su vez, el artículo 1 de la ley del SnaSpe señala "Créase un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, el que tendrá los siguientes objetivos de conservación: a) Mantener áreas de carácter único o representativas de la diversidad ecológica natural [...]; b) Mantener y mejorar recursos de la flora y la fauna silvestres y racionalizar su utilización; c) Mantener la capacidad productiva de los suelos y restaurar aquellos que se encuentren en peligro o en estado de erosión; d) Mantener y mejorar los sistemas hidrológicos naturales, y e) Preservar y mejorar los recursos escénicos naturales y los elementos culturales ligados a un ambiente natural."

soliciten para que su uso sea administrado por particulares para los fines que privadamente decidieren destinarlo.

Evidentemente una actuación descoordinada y parcelada entre organismos cuyas atribuciones intersectan en bienes tan estratégicos, podría conllevar conflictos de gran envergadura, que no solo atañen a la institucionalidad, sino al propio espíritu que existe detrás de la afectación de las áreas protegidas, el cual quedaría completamente estéril.

Este comentario se centra en la aplicación de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, también conocida como Convención de Washington, como herramienta interpretativa de integración en un fallo reciente de la Corte Suprema, que intenta dar solución a la problemática propuesta con anterioridad.

## 1. Síntesis del caso

Con fecha 18 de noviembre de 2013, la Corte Suprema dictó una sentencia rechazando un recurso de casación presentado por la DGA contra una sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que acogió una reclamación de CONAF referida al rechazo de su pronunciamiento en el marco de una solicitud de otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas en favor de Jaime Bertín Hipp destinados a la explotación de una central hidroeléctrica dentro del Parque Nacional Vicente Pérez Rosales y que afectaba a los ríos Blanco, La Junta, Esperanza y La Cimbra. Esta sentencia fue dictada en la causa Rol 5680-12, caratulada "Corporación Nacional Forestal, Región de Los Lagos contra Resolución Nro.1699 de 09 de noviembre de 2011 de la Dirección General De Aguas"<sup>5</sup>.

El caso tiene su origen en la oposición que la CONAF de la Región de Los Lagos formuló en el marco del otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas en favor de don Jaime Bertín Hipp, en aguas de álveos ubicados al interior del Parque Nacional Vicente Pérez Rosales. Ante la resolución contraria por parte de la DGA a dicha oposición, CONAF dedujo ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt la reclamación

---

5 Es necesario señalar que con la misma fecha se dictaron cuatro fallos más en la misma materia, respecto de las mismas partes y con el mismo contenido, pero respecto de solicitudes de aprovechamiento de aguas diferentes. La selección del fallo para el análisis responde a una decisión meramente didáctica, pero los demás fallos pueden ser consultados por sus roles 5683-12, 5691-12, 5692-12 y 5703-12.



judicial establecida en el artículo 137 del Código de Aguas<sup>6</sup>.

Aquella reclamación se funda en que de acuerdo a CONAF, la DGA considera que las normas del Código de Aguas tienen una aplicación preferente a las ambientales y de áreas protegidas. De acuerdo al reclamante, este razonamiento es incorrecto e ilegal, ya que el organismo debe dar una aplicación sistemática a las normas antes señaladas, según lo cual el otorgamiento de derechos de aprovechamiento a favor de particulares en áreas protegidas, no se encuentra permitido. Esto, pues la atribución del órgano para otorgar derechos de aprovechamiento no es absoluta y tiene que ajustarse al marco normativo vigente, en el cual las aguas cuyo aprovechamiento otorga se encuentran dentro de una zona afecta a conservación y preservación según la Ley de Bosques y la Convención de Washington.

Por su parte, la DGA aduce que si bien las aguas son un bien nacional de uso público, los particulares tienen la posibilidad de adquirir su uso y goce por medio de un derecho de aprovechamiento. Ante la solicitud de tal derecho, DGA se encuentra obligada a su otorgamiento si se comprueba, por un lado, la disponibilidad del caudal solicitado; y, por otro, el no menoscabo a derechos de terceros. En este sentido, señala que ni la Convención de Washington ni la Ley de Bosques implican límites al ejercicio de la potestad de la DGA y que, por lo tanto, la constitución de esos derechos es plenamente ajustada a derecho.

## 2. La Convención de Washington y la Autoejecutabilidad

La Convención Internacional para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, conocida como Convención de Washington, es ley interna de Chile en los términos establecidos en la Constitución Política de la República desde su ratificación por Decreto Supremo N° 531 del 23 de agosto de 1967 del Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>7</sup>. Esta norma establece obligaciones para el Estado de Chile y, en obvia consecuencia, para los órganos que ejercen la administración del Estado, respecto del manejo de sus áreas protegidas.

Es destacable que en esta convención se definen los importantes conceptos de "parque nacional", "reserva nacional" y "monumento natural", entre otros. Su finalidad

---

6 Art. 137. Las resoluciones de la Dirección General de Aguas podrán reclamarse ante la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución que se impugna, dentro del plazo de 30 días contados desde su notificación o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de reconsideración, según corresponda.

7 Contraloría General de la República, Recopilación de Leyes, Tomo 53, página 1059.

está definida en el preámbulo señalando que es “proteger y conservar en su medio ambiente natural, ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y su fauna indígenas, incluyendo las aves migratorias, en un número suficiente y en regiones lo bastante vastas para evitar su extinción por cualquier medio al alcance del hombre”<sup>8</sup>. En este sentido, debido a su antigüedad (es uno de los instrumentos de Derecho Internacional del Medio Ambiente más antiguos ratificados por Chile<sup>9</sup>), históricamente ha servido de marco general en el establecimiento, regulación, y destinación de las áreas protegidas en nuestro país.

Otro punto a rescatar sobre esta Convención es que, a diferencia de otras, es la piedra angular de la materia que regula, siendo la normativa interna dictada sobre ella tanto posterior a como a propósito de la Convención en estudio. Son escasos los instrumentos internacionales que siguen esta suerte<sup>10</sup>, siendo la mayoría de ellos ratificados con la existencia previa de normativa interna (ya sea a nivel legal como constitucional con la dictación de la Constitución de 1980 y la novedosa introducción del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en su artículo 19, N° 8), razón por la cual en la práctica y, ante la preferencia a la aplicación del derecho interno, han quedado en letra muerta.

Revisaremos brevemente la discusión doctrinaria a propósito de la autoejecutabilidad, con la finalidad de situar el razonamiento de nuestros tribunales superiores de justicia en alguna de las posiciones expuestas. En este sentido, es necesario reconocer que la posición mayoritaria en la doctrina es la tendencia a supeditar la aplicación de un tratado internacional siempre a la existencia de una norma de derecho interno que establezca su obligatoriedad. Ciertamente no es la única hipótesis que existe, ya que cierto sector de la doctrina moderna tiene un concepto diverso al mismo respecto.

En el derecho interno, destaca en primer término la opinión del profesor Humberto Nogueira quien realiza un examen sobre la finalidad de la norma y, en este sentido, la intención que tuvo su creador al momento de darle origen (estrictamente para el caso de los tratados internacionales, la intención que tuvieron los estados partes al momento de

---

8 Preámbulo de la Convención para la Protección de la Flora y la Fauna y Bellezas Escénicas de los Países de América.

9 La Convención de Washington tiene como fecha de celebración el año 1940 y, salvo dos tratados posteriores a este, el gran auge de los tratados ambientales sucedió en la década de 1970.

10 La preocupación por el desarrollo de la legislación ambiental ocurre mayoritariamente con posterioridad a la Constitución Política de la República de 1980, por lo que la mayoría de los tratados ambientales en Chile han sido ratificados en existencia de normativa ambiental interna vigente, aún si solo se tratare del artículo 19 N° 8 de dicha norma fundamental.



su celebración). De este modo, existe norma autoejecutable "cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del estado la aplicación de esa norma en su favor"<sup>11</sup>.

En segundo término, el profesor Santiago Benadava identifica que el carácter de autoejecutabilidad de los tratados y las normas en ellos contenidas, se relaciona con un elemento objetivo de las mismas, tal es, la forma en que están redactadas. De esta forma, señala que "Para que las cláusulas de un tratado internacional puedan ser aplicadas por los tribunales internos, es necesario que dichas cláusulas sean *self-executing*, es decir, que tengan precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente en los casos que dichos tribunales conozcan"<sup>12</sup>. A esto debemos sumar que "Naturalmente, en un mismo tratado puede haber disposiciones *self-executing* y disposiciones *non-self-executing* [...]"<sup>13</sup>.

Acostumbrados a un sistema de interpretación jurídica regido principalmente por el Artículo Nº 19 del Código Civil, pareciera ser que la posición más "aceptable", o al menos la que menos problemas hermenéuticos conlleva, es la del profesor Benadava. Sin embargo, antes de poder adscribirnos a una u otra, haremos el ejercicio de buscar el punto donde ambas se interceptan. A simple vista parece que las doctrinas de estos autores nos obligan a definir un mecanismo de identificación de lo que se entiende por norma autoejecutable, puesto que por un lado tenemos como elemento central la intención de las partes al momento de celebrar el tratado y, por el otro lado, aquellas donde su precisión normativa permite una aplicación directa. A partir de lo antedicho, podemos elaborar una noción propia de naturaleza ecléctica, donde ambos elementos actúan de forma complementaria.

En relación a esto, siguiendo la lógica del profesor Nogueira podemos extraer que en materia de la autoejecutabilidad de las normas, podemos entender por tratados autoejecutables a aquellos instrumentos internacionales que tienen por finalidad proteger garantías fundamentales (generalmente relacionadas con las garantías constitucionales del orden interno), estableciendo derechos en favor de las personas que tienen un interés legítimo en la aplicación del precepto, cuya protección es exigible al juez en sus resoluciones

---

11 NOGUEIRA A., Humberto. "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico chileno". *Revista Ius et Praxis*, N.º2, año 1997, p. 37.

12 BENADAVA, Santiago. "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos". En: "Nuevos Enfoques del Derecho Internacional", editorial Jurídica de Chile, año 1992, p. 42.

13 Ibid.

judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas por estar supeditados a ellos en su rol de autoridad del Estado. Si esto lo complementamos con la idea de "precisión normativa" de Benadava, nos resulta un concepto en nada contradictorio, pues sumaríamos a lo ya expuesto la necesidad de que no exista disposición expresa que condicione su cumplimiento al desarrollo de normativa interna.

Esta última formulación si bien es propia, no es gratuita, pues como veremos a continuación si bien no hay un razonamiento idéntico en nuestra jurisprudencia en esta dirección, esa idea parece unificar las motivaciones que yacen detrás de la aplicación directa – o falta de ella – de tratados internacionales.

Dada la discusión antes referida, resulta interesante, saber como ha respondido la jurisprudencia nacional al problema de la autoejecutabilidad de la Convención de Washington, con anterioridad a la dictación del fallo que es objeto de este comentario.

Tomamos en primer lugar el conocido fallo de Humberto Palza Corvacho contra Dirección de Riego, en fallo de fecha 19 de diciembre de 1985, causa Rol Nº 19.824-1985, (en adelante *Palza C/ Dirección de Riego*), donde puede verse la aceptación irrestricta de la Convención de Washington como ley de la República, lo cual pudiera incluso resultar de perogrullo, es que este fallo, que acoge el recurso aducido, pone al juez en el lugar de un representante de la fe internacional del Estado de Chile, por lo que considera necesario y obligatorio dar cumplimiento a la Convención en comento.

Lo anterior está en franca colisión con los argumentos esgrimidos más adelante en la jurisprudencia administrativa del Servicio de Evaluación Ambiental, referente a casos como Alto Maipo<sup>14</sup> y Palmar-Correntoso<sup>15</sup>, pues mientras el órgano de evaluación ambiental discute y defiende (sin mayor profundidad argumentativa) la no autoejecutabilidad de la Convención de Washington (lo que probablemente contamina la aplicación de otros instrumentos internacionales que, a la postre, siguen la misma suerte), en el fallo *Palza C/ Dirección de Riego* se observa por parte de la Corte una clara intención de aplicar directamente la Convención, unida al reconocimiento de que las obligaciones que de ella

---

14 La Resolución de Calificación Ambiental de Alto Maipo acepta lo señalado por el titular del proyecto que plantea que dicha Convención impone obligaciones exclusivamente exigibles para el Estado de Chile y no para los particulares, ya que no es autoejecutable.

15 No obstante CONAF acusa la infracción al artículo III de la Convención de Washington dentro de la tramitación de la evaluación ambiental del proyecto, su oposición no es tomada en cuenta por la COREMA que otorga el permiso ambiental sectorial 102, sobre corta de bosque nativo en la Resolución de Calificación Ambiental.



emanan son ampliamente vinculantes<sup>16</sup>.

Otro caso emblemático donde puede verse un desarrollo respecto de la aplicación de la Convención y el lugar que ésta ocupa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es el conocido como "Comunidad Galletué con Fisco" (En sentencia de la Corte Suprema de 7 de agosto de 1984, Rol N° 16.743). En la primera instancia de este recurso de protección se caracterizó por reconocer la vigencia de la Convención, pero a la vez le otorgaba un valor de mera recomendación al Estado de Chile. Sin embargo, el tribunal de casación introdujo argumentos que controvierten ese valor asignado, dándole una fuerza más vinculante al instrumento en comento, acusando la falta de rigurosidad del juez inferior a la hora de ponderar la obligatoriedad de la norma<sup>17</sup>. No obstante, el fallo de esta casación no da aplicación a la Convención en la parte resolutive, reconoce expresamente su carácter de ley de la República y, por ende, su obligatoriedad.

En el fallo en comento, el desarrollo que ofrece la Corte Suprema es menos generoso que en los citados con anterioridad en la descripción de la posición que asume el tribunal frente a la discusión de "*self-executing v/s non self-executing*". Esto no hace que la decisión de aplicar la norma sea más débil o discutible, sino que demuestra que para nuestro máximo tribunal esa discusión en el contexto del artículo III de la Convención de Washington es inútil, ya que su autoejecutabilidad es incontrovertida.

DECIMO QUINTO: Que la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, es un acuerdo internacional tomado en un evento efectuado en Washington, el 12 de octubre de 1940. En Chile sus disposiciones se transformaron en obligatorias a partir de 1967, cuando a través del Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 531, de 23 de agosto de 1967, publicado en el Diario Oficial del 4 de octubre del mismo año, se ordenó cumplir como Ley de la República.

16 El fallo señala expresamente: "13) Que, en efecto, se ha dado la autoridad de ley de la República a la Convención Internacional para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América. Esta convención y por tanto la ley chilena, hacen diversos distingos o clasificaciones de lugares protegidos, entre los que se encuentran los parques nacionales, que son regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y la flora y fauna de importancia nacional puestas bajo vigilancia oficial para que el pueblo pueda disfrutar mejor de ellas. Las riquezas existentes en los parques nacionales no podrán explotarse con fines comerciales (misma Convención).

17 "6º) Que es evidente, entonces, que los falladores no dieron su verdadero alcance a la Convención Internacional sobre Protección a la fauna y a la flora, que no constituye una mera recomendación para que los gobiernos americanos adopten medidas de protección, sino que respecto de nuestro país es una ley que autoriza tomar tales medidas."



El objetivo de esta importante convención internacional es proteger y conservar en su medio natural ejemplares de todas las especies géneros de su flora y fauna autóctona, incluyendo las aves migratorias, proteger y conservar los paisajes de belleza incomparable, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés o valor histórico o científico y aquellos lugares donde existan condiciones primitivas. Clasifica esta ley internacional los diferentes tipos de área protegidas en: Parques Nacionales, Reservas Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas de Regiones Vírgenes. De estas cuatro clases de áreas, las únicas que permiten en forma limitada algún grado de utilización, son las Reservas Nacionales siempre que sean sujetas a vigilancia estatal. De tal modo, ni los Parques Nacionales ni las Reservas de Regiones Vírgenes, ni menos los Monumentos Nacionales, pueden ser sujetos a explotación comercial alguna. En relación a los Parques Nacionales, el artículo III de la Convención señala que "las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales", norma válida tanto para el suelo como para el subsuelo en que están ubicados.

[...] Este tratado internacional, conocido como la Convención de Washington, es una de las primeras leyes internacionales ambientales vigentes en América y que en Chile los tribunales de justicia han aplicado en algunas oportunidades en los procesos que le ha tocado conocer sobre áreas protegidas (C.S. Roles N° 4743-2011 y 7424-2010).

### **3. La Convención de Washington y el fallo de las aguas del Parque Nacional Vicente Pérez Rosales**

Como veremos en el acápite siguiente, si bien el fallo comentado no es demasiado novedoso en sus consideraciones, si es consistente con la postura que la Corte Suprema ha mantenido en esta clase de conflictos, como también es coherente, en la opinión de este autor, con lo que debiese ser la necesaria armonía entre distintos regímenes normativos que conviven en ellos.

Existen tres aspectos de la aplicación de la Convención de Washington que, consideramos, deben ser destacados. En primer lugar, la Corte Suprema muy acertadamente se encarga de zanjar una discusión que usualmente se da en esta clase de controversias: el alcance temporal y territorial de la Convención.

El argumento que recurrentemente se aduce en la materia es que para los Parques



Nacionales y en general áreas protegidas dictadas con anterioridad a la dictación de la Convención de Washington, éste instrumento no se aplicaría.

La Corte resuelve de la manera que más garantiza una armonía interna entre las normas que regulan la materia, atendiendo a la finalidad de la protección otorgada. De este modo, en el examen de cuáles son las finalidades que llevaron a la creación del Parque Nacional Vicente Pérez Rosales, resulta que son análogas a las de la Convención, por lo tanto se tratan de manera complementaria:

DECIMO SEXTO: Que, los objetivos que se tuvieron en cuenta cuando se creó el Parque Nacional de Turismo Vicente Pérez Rosales, según da cuenta el Decreto Supremo N° 552, de 17 de agosto de 1926, son coincidentes con los fines de la Convención de Washington. En efecto, se expresa en el considerando del citado Decreto Supremo, que "es conveniente fomentar el turismo ya que con ello se obtienen ventajas de importancia y se da a conocer el país al extranjero; que para este objeto es necesario tomar medidas que eviten el agotamiento y destrucción de las bellezas naturales, a objeto de que se atraigan a los viajeros; que debe tratarse de que los terrenos que se destinen a este objeto reúnan las condiciones de belleza necesaria y al mismo tiempo que no tengan un gran valor como aprovechamiento agrícola, pues de otra manera resultaría poco económico la creación de Parques de Turismo..."; fundamentación que se ve reforzada con la dictación del DS N° 338 de 27 de febrero de 1950 que amplía los límites del Parque "...para evitar el agotamiento de las masas boscosas y la destrucción de las bellezas panorámicas".

No obstante lo anterior, no debe ser soslayada la verdadera razón sustantiva que la Corte tiene a la vista para resolver de la forma en que lo hace, lo cual es el segundo punto que queremos destacar. No solo considera que la Convención de Washington es aplicable a todas las áreas protegidas que tengan finalidades análogas a ésta, sino que compele a los organismos de la administración del Estado a ser más rigurosos en la interpretación de sus atribuciones, considerando los límites normativos que exceden el ámbito de sus propias regulaciones sectoriales.

Pareciera una aseveración trivial, pero es evidente que en el caso comentado, así como en varios otros, las atribuciones de dichos órganos se ejercen sin velar porque las decisiones que de ese ejercicio emanan, guarden la armonía necesaria con otras normas sustantivas sobre la misma materia a la que se refieren:

DECIMO NOVENO: [...] la Dirección de Aguas en cuanto organismo técnico en materia de aguas se encuentra dotado de la facultad de constituir derechos de aprovechamiento sobre dicho recurso existente en fuentes naturales (ríos, esteros, acuíferos, etc.), ha de concluirse que dicho Servicio debe velar para que en el ejercicio de sus potestades no se perjudique ni menoscaben derechos de terceros y que cuando esas prerrogativas se refieren a áreas silvestres protegidas, administradas por CONAF, deben ejercerse en armonía con la Constitución, leyes nacionales sobre la materia y tratados internacionales [...] lo que no aconteció en el presente caso [...]

Esta doctrina ya venía siendo aplicada por la Corte Suprema en casos análogos, produciéndose en 2011 una seguidilla de 12 fallos<sup>18</sup> que aplicaban directamente la Convención de Washington para resolver el conflicto de los derechos de aprovechamiento solicitados y concedidos en Parques Nacionales. En ellos el argumento que respecto de la Convención de Washington formula la Corte, está contenido fundamentalmente en un considerando que se repiten en todos los fallos de forma prácticamente idéntica, no obstante su numeración varía:

DÉCIMO: Que en cuanto al marco jurídico y fáctico que sostiene la sentencia cuestionada, ésta se afirma, básicamente en la Convención para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, denominada "Convención de Washington", promulgada mediante decreto supremo No 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el diario Oficial el 4 de octubre de 1967, que es ley de la República, que en su artículo III establece que: "Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ello sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en parques nacionales no se explotarán con fines comerciales"; se relaciona con el artículo 19 No 8 de la Carta Fundamental que asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación, siendo deber del estado velar porque este derecho no sea afectado, y sin desconocer que la D.G.A. tiene la facultad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, como bienes nacionales de uso público, cuando esas prerrogativas se refieren a áreas silvestres protegidas, administradas por CONAF, deben ejercerse en

---

18 Nos referimos a los fallos en causas 7423-2010, 7424-2010, 7425-2010, 7426-2010, 7427-2010, 7428-2010, 7429-2010, 7430-2010, 7431-2010, 7432-2010, 7433-2010, 7430-2010.



armonía con la Constitución, otras leyes nacionales y tratados internacionales suscritos por nuestro país, en lo que dice relación con el medio ambiente, protección de la naturaleza y preservación de la fauna y flora silvestre, lo que no aconteció en el presente caso, agregando que no cabe duda que la Sociedad Inversiones El Caudal Limitada los solicitó con fines comerciales, específicamente para la generación de electricidad, esto es, con fines de lucro, pretendiendo captar aguas desde un punto, para restituirlas en otro, lo que implica que necesariamente el Parque Nacional resultará gravado con una servidumbre de acueducto, lo que resulta incompatible con la Convención ya citada, y que vulnera la autoridad administrativa, lo que impide conceder los derechos de aprovechamiento solicitados, constituyendo hechos asentados en la causa, por así haberlo establecido los jueces del grado, los que contrastados con la legislación aplicable, impedían el otorgamiento de los derechos de aprovechamientos cuestionados por la reclamante CONAF<sup>19</sup>.

#### **4. Noción amplia del valor económico de los bienes protegidos por la Convención de Washington**

El tercer aspecto de los que antes señalábamos como importantes de destacar sobre el fallo en comento, es que viene a proveer una continuidad bastante evidente en relación a cómo la Corte Suprema ha entendido el artículo III de la Convención de Washington, en lo relativo a la valoración que le asigna a la prohibición de explotar los bienes de las áreas protegidas con fines comerciales.

Una interpretación literal y forzosamente restringida de aquella disposición lleva a pensar que la explotación comercial de los bienes que se encuentran al interior de las áreas protegidas sería mediante el intercambio directo de un producto por un precio. Un ejemplo que resulta muy obvio en este sentido, sería la venta de madera de árboles talados dentro de un Parque Nacional.

La doctrina de la Corte ha sido, no solo aplicar directamente la Convención de Washington como ya se desarrolló en este artículo, sino que interpretar de forma amplia el valor económico que debe ser evaluado para entender si el bien en cuestión ha sido

---

<sup>19</sup> La cita corresponde en específico a la sentencia de causa Rol 7423-2010 de la Corte Suprema, pero como se dice en el texto, el mismo considerando se encuentra reproducido en todos los fallos a que se hace mención en la nota al pie precedente.

explotado con fines comerciales o no. De este modo, el factor que se tiene a la vista es la observación de qué interés se ve beneficiado con la decisión de explotar el bien: el público o el privado.

Siguiendo lo anterior, la idea rectora no es el valor económico del bien en sí mismo, sino la finalidad para el cual es utilizado. Esto, en opinión de este autor, en el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas habilitaría para hacer un control en dos momentos diferentes de su vida jurídica. En primer lugar, al momento del otorgamiento del título por parte de la DGA por medio de un examen riguroso del uso declarado por el titular, como es lo que hace la Corte en este caso y en los casos fallados en 2011<sup>20</sup>. Esto es, la indagación acerca de la intención principal del usuario solicitante y si ella admite límites dentro de la normativa vigente.

Sin perjuicio de lo anterior, y en segundo lugar, ese control debería poder hacerse a propósito de la destinación real del derecho de aprovechamiento a una actividad que persiga una finalidad comercial, puesto que, de acuerdo a la lógica de la Corte, es precisamente la finalidad del uso el factor determinante para dirimir su viabilidad.

Lo señalado tiende a proporcionar una solución al problema que sucedería con un derecho de aprovechamiento de aguas que ha sido otorgado en consideración a un uso declarado para bebida u otra finalidad no comercial y que, en virtud de las transacciones celebradas en el mercado de los derechos de aprovechamiento, es adquirido por un tercero para afectarlo a un fin comercial.

Esta situación, que al amparo del artículo 149 inciso segundo del Código de Aguas se ajustaría a derecho, claramente podría ser utilizada para eludir el espíritu de la decisión de la Corte y derechamente configurar un fraude a la ley para evitar el control efectuado. Por la imperiosa necesidad de prevenir la concretización de esta hipótesis, es que consideramos completamente acertado que la posición adoptada por nuestro máximo tribunal sea fijar su atención en la finalidad de la destinación de las aguas, más que la naturaleza del mismo bien.

#### DÉCIMO NOVENO:

[...] Dicha actividad industrial (la generación hidroeléctrica) naturalmente

---

20 Vid. supra



deteriorará o degradará los componentes del medio ambiente, es decir, la contaminación del aire, las aguas, el suelo, contaminación por ruidos, la contaminación de la flora, la fauna u otros componentes básicos del ambiente, atentando, en suma, contra el funcionamiento del ecosistema del Parque Nacional. Tal hecho ha sido establecido por los jueces de acuerdo al mérito del proceso como una consecuencia lógica y necesaria de la obra o actividad que motiva al particular a solicitar los derechos de aprovechamiento de la especie y no fue refutado por quien tenía la carga de demostrar que ese resultado, razonablemente esperado, no se producirá. Por ende, si ello resulta incompatible con la Convención y leyes citadas, no es posible conceder los derechos de aprovechamiento solicitados, aun cuando exista disponibilidad del recurso hídrico y sea técnicamente pertinente la solicitud, requisitos que, con todo, no fueron dilucidados por la Dirección General de Aguas al momento de pronunciarse sobre la oposición de la reclamante [...]

Como adelantábamos, este fallo debe entenderse de forma conjunta con otros que han versado en la misma materia, como por ejemplo los fallos de 2011 a que se ha hecho referencia previamente. Existen otras decisiones que podrían ayudarnos a comprender el alcance del valor económico de la explotación de riquezas al interior de las áreas protegidas, para cerrar la noción y evitar las interpretaciones suspicaces que podrían suscitarse.

En el antes citado caso de Palza c/ Dirección de Riego la Corte establece de una forma bastante concluyente de que en virtud del artículo III de la Convención de Washington no hay necesidad de que el beneficio comercial que se obtiene a partir de la explotación de las riquezas existentes al interior de los parques provenga directamente de ella. Bastaría que debido a la explotación de estas riquezas se genere un beneficio pecuniario para alguien. En este razonamiento queda incorporado incluso el Fisco como agente económico como se puede observar en el considerando décimo tercero de dicha sentencia:

DECIMO TERCERO: Que, en efecto, se ha dado la autoridad de ley de la República a la Convención Internacional para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América. Esta convención y por tanto la ley chilena, hacen diversos distingos o clasificaciones de lugares protegidos, entre los que se encuentran los parques nacionales, que son regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y la flora y fauna de importancia nacional puestas bajo vigilancia oficial para que el pueblo pueda disfrutar mejor de ellas. Las riquezas existentes en los parques

nacionales no podrán explotarse con fines comerciales (misma Convención).

En este caso, es cierto, la instalación de una estación de bombeo y la extracción que se ha hecho y que se propone continuar, no tienen por fin primordial una explotación comercial, pues su finalidad es proveer de más agua a la agricultura de Azapa (fojas 22 y 23) y de más agua a la central hidroeléctrica de Chapiquiña, pero es evidente, también, que ello se traducirá en una fuente de entradas fiscales, como se expresa en el artículo de prensa que se compulsó a fojas 56.

En un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Arica en un recurso de protección ambiental, causa ROL N° 182-2013, se abunda en los criterios que definen la finalidad comercial de la explotación de las riquezas naturales al interior de los parques nacionales.

Se puede extraer de la lógica que tal tribunal utiliza en el considerando vigésimo quinto de su sentencia, que ni siquiera es necesario constatar la existencia de un lucro directo en el sentido de ingreso de fondos en el patrimonio de alguien, sino que basta la existencia de un enriquecimiento indirecto, donde su titular se beneficia de la decisión de explotar bienes de áreas protegidas por ser más barata (o económicamente eficiente, si se quiere) que la opción de no hacerlo:

VIGÉSIMO QUINTO: Que, según consta del citado oficio Ord. 14EA/2013, de CONAF, de 23 de Julio de 2013, el proyecto en sí se desarrolla en parte, dentro del Parque Nacional Lauca, por cuanto el ensanchamiento de la Ruta A-23, así como también el transporte de mineral, combustible, sustancias y residuos peligrosos a través de esta vía durante la vida del proyecto, son obras y actividades que forman parte integral del mismo (no son un proyecto distinto) y se localizan al interior de este Parque, de lo cual se colige que la determinación del mejoramiento de la Ruta A-23 y su explotación, para lo cual se requiere la extracción o arranque de 2.320 ejemplares de Azorella Compacta o Llaretta, constituye una "variable económica" importante para la viabilidad del proyecto minero "Manganeso Los Pumas" y al titular del mismo, por cuanto la elección de la ruta A-23 no tiene otro fundamento que un criterio de eficiencia económica a costa de la intervención del Parque Nacional Lauca, al tenor de lo contemplado en la Convención de Washington y que la Comisión de Evaluación al calificar favorablemente el proyecto por medio de la Resolución Exenta N° 50 de 19 de agosto del año en curso, ha omitido su esencial consideración.



## Conclusiones

Sin lugar a dudas, el fallo comentado es la manifestación de una necesidad que la normativa no parece atender por contradicciones de texto o por propiciar la colisión de atribuciones de órganos administrativos con competencias que se intersectan, como es el caso de CONAF y DGA.

Por un lado tenemos una prohibición de explotar riquezas naturales de las áreas protegidas, que emana de un instrumento internacional que tiene carácter de autoejecutable, además de otra normativa interna (tal como la ley de Bosques y la ley del SNASPE). Por el otro lado, tenemos una norma que liberaliza por completo el aprovechamiento de las aguas y que obliga al órgano público a otorgar derechos de aprovechamiento, aparentemente, sin considerar los usos para los cuales serán destinados.

Es claro que ambas reglas no pueden ser aplicadas en una lógica de exclusividad, pues esto significaría necesariamente llegar a una decisión contraria a derecho. El marco jurídico del medio ambiente y los recursos naturales, al estar repartido en muchas normas diferentes no propicia por sí mismo una aplicación armónica, lo que en ningún caso exime a los órganos de la administración del estado (y, obviamente, a los jueces) de realizar un trabajo de interpretación más exhaustivo que busque la necesaria concordancia con normas que se encuentran fuera de sus regulaciones sectoriales.

Es dable presumir que tanto la DGA como el SEA, dos organismos cuyas decisiones fueron brevemente revisadas en este comentario, no comparten el criterio recién señalado, en tanto ofrecen interpretaciones sesgadas y circunscritas exclusivamente a sus normas sectoriales. No es para nada extraño que casos como el que fue materia de la Litis de este fallo se repitan con la misma frecuencia que hasta ahora. Esto solo contribuirá a la suscitación de nuevas controversias judiciales para controlar esta clase de decisiones que están contaminadas por una duda razonable de su juridicidad.

Resulta particularmente destacable la consistencia y tesón que ha manifestado la Corte Suprema para contribuir a la integración de vacíos legales y a la sistematización hermenéutica de un ordenamiento jurídico que no se encuentra sistematizado por sí solo. Por esa razón es necesario expresar optimismo en que las decisiones de nuestro máximo tribunal contagien finalmente a aquellas de los órganos de la administración, teniendo ellos la responsabilidad principal de anticiparse a los juicios de reproche de que puedan ser objeto sus dictámenes y, a la postre, controlar minuciosamente el ejercicio de sus propias atribuciones, para evitar la interposición de competencias y concederle a la ciudadanía



una certeza jurídica que hoy no tiene.

Cuando los bienes jurídicos que se ven en conflicto en un litigio son el interés público versus el interés privado, la autoridad administrativa por ser una manifestación concreta de la soberanía nacional, debiese tomar los resguardos necesarios para evitar que el primero se vea excesivamente perjudicado en favor del segundo. Para eso consideramos que tiene herramientas suficientes, dentro de las cuales destacan en gran medida los compromisos internacionales adquiridos por Chile.

En el escenario actual, donde la adopción de esos resguardos parece no ser una prioridad para la administración, al menos podemos descansar en que la Corte Suprema si otorga las providencias necesarias para anteponer el interés público al privado, según lo que hemos podido ver en este artículo.

Sin embargo, la confianza es un valor débil y podría verse fácilmente quebrantada, por lo cual se hace urgente el desafío de que tanto los jueces como la administración homogenicen sus criterios interpretativos para llegar a soluciones justas ante las particularidades de cada caso que llegue a su conocimiento.

