

Hacia una interpretación ambiental de la gestión de aguas en Chile: Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol N°-1397-2015

Victoria Belemmi Baeza
Abogada ONG FIMA
belemmi@fima.cl

Diego Lillo Goffreri
Coordinador de Litigios ONG FIMA
Profesor Universidad Diego Portales
lillo@fima.cl

Introducción

El presente comentario aborda una problemática que no ha podido ser resuelta de forma eficaz desde una aproximación normativa y que, por ende, ha debido ser sometida a conocimiento de nuestros tribunales en más de una ocasión. Esta controversia se funda en la supuesta incapacidad del órgano legalmente llamado a administrar el sistema de gestión de aguas vigente en nuestro ordenamiento, esto es, la Dirección General de Aguas (en adelante "DGA"), para promover la preservación del medio ambiente en el ejercicio de las atribuciones que posee, las cuales tradicionalmente han sido constreñidas a una lógica preeminente propietarista.

En el sentido anterior, las funciones de la DGA parecen estar sumamente limitadas ante la intervención de particulares en la gestión, en la noción privatista que emana del sistema de "mercado de aguas" que nuestro Código de Aguas consagra. De acuerdo a esta noción, la tendencia de la DGA es, por un lado, a retirarse de la administración del recurso en la presencia de actores privados (usuarios y organizaciones de usuarios) y, por otro, a limitar su actuación a una lógica sectorial muy hermética que en la práctica genera colisiones con la protección de otros derechos e intereses que confluyen en el ámbito de su competencia.

Siguiendo esta idea, consideramos que en nuestro sistema jurídico existen herramientas que permiten extender la competencia de la DGA para hacerla más armónica con el evidente alcance ambiental que hay detrás de la gestión de las aguas. Lo anterior en el entendido de que se trata de un bien que no solo tiene una importancia clave desde el punto de vista económico y productivo (que es, en efecto, el foco del modelo consagrado por el Código de Aguas), sino que sirve de sustento para la vida humana y de todas las especies que habitan el planeta.

La particularidad del caso que motiva este comentario tiene que ver con la solución que proporciona la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, proponiendo nuevos elementos de interpretación de las funciones de la DGA. A través de estos nuevos criterios es posible conseguir un resultado que conjuga de manera más pacífica, a nuestro juicio, la protección del derecho de propiedad individual del usuario y el límite constitucional que a dicho derecho le establece el artículo 19 N° 8, en razón de la protección del medio ambiente, así como el rol activo que frente a ello tiene el Estado a través de las limitaciones que se encuentra habilitado a imponer para propender a la preservación de la naturaleza.

I. SÍNTESIS DEL CASO

I.1 Hechos

El 27 de mayo de 2015 don Rodrigo Fernández Carbó, vecino del sector Laguna Ancapulli en la Comuna de Pucón, asesorado jurídicamente por la Clínica de Justicia Ambiental de la Universidad Diego Portales, interpuso ante la Dirección Regional de Aguas de la Región de la Araucanía (en adelante, DGA), una denuncia contra la Agrícola y Ganadera San Vicente de Menetúe S.A. por la realización de faenas que significaban el vaciamiento vertiginoso de la Laguna Ancapulli, argumentando que esta disminución tendría relación con el ensanchamiento de un canal preexistente en la orilla noreste del Fundo Menetúe.

La denunciada, por su parte, informó durante el procedimiento de investigación que no había construido ningún canal y que las obras denunciadas correspondían a labores de limpieza y eliminación de obstrucciones, que se habrían formado en los últimos 10 años sobre el estero natural del desagüe de la Laguna que en ningún caso habrían modificado el escurrimiento natural de las aguas.

La DGA, durante la fiscalización, verificó que efectivamente se habían realizado intervenciones en el cauce de la Laguna Ancapulli, que catalogó inicialmente como labores de limpieza, pese a que observó también un ensanchamiento del canal de desagüe.

A la denuncia de Rodrigo Fernández se sumaron otras señalando los mismos hechos e infracciones. Paralelamente, la Ilustre Municipalidad de Pucón interpuso un recurso de protección fundado en los mismos hechos, acción que obtuvo fallo favorable tanto en la Ilustre Corte de Apelaciones de Temuco (en causa Rol N° 4336-2015) como en la Excm. Corte Suprema (en causa Rol N° 33.153-2015). Este fallo cobra importancia para el caso, pues ambas judicaturas coincidieron que, no obstante existe la facultad del propietario de realizar labores de limpieza sobre un cauce artificial, esto no significa que dichas faenas no puedan entrar en contradicción con lo dispuesto en el artículo 41 del Código de Aguas y, en este sentido, por haberse alterado el escurrimiento natural de las aguas, catalogó las mencionadas labores como un acto ilegal de la parte recurrida. De este modo, el fallo de protección examina el mismo hecho de intervención sobre el cauce y lo califica como ilegal, en tanto la ilegalidad se configura por ser contraria a la intención de protección de bienes como la vida, la salud de las personas y el normal escurrimiento de las aguas, lo anterior, interpretado desde una óptica de protección del medio ambiente.

Las denuncias fueron acogidas parcialmente por la DGA en la Resolución Exenta N° 514 de 9 de julio de 2015. En lo que resulta pertinente con el presente comentario, el organismo se declara incompetente para fiscalizar y sancionar las obras realizadas por Agrícola y Ganadera San Vicente de Menetúe. En la fase de reconsideración, la DGA no modificó su decisión, insistiendo en su incompetencia en la Resolución N°3457 de 29 de octubre de 2015, la cual fue objeto del recurso de reclamación¹.

Por último, con fecha 4 de diciembre de 2015 se interpuso recurso de reclamación ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco con la finalidad de revisar los argumentos que la DGA esgrimió sobre su incompetencia, cuestión que fue resuelta de forma favorable en fecha 16 de junio de 2016 en la causa Rol N° 1397-2015. Esta es la sentencia que este comentario aborda.

La sentencia de reclamación no fue objeto de ningún recurso, por lo que quedó firme y ejecutoriada. Más aún, la DGA de la Región de la Araucanía en cumplimiento de este fallo, dictó la resolución exenta N° 589 de 22 de agosto de 2016, en virtud de la cual da curso a las denuncias que habían sido desestimadas y obliga al infractor a presentar un proyecto de cumplimiento del artículo 41 del Código de Aguas.

1 Ver, Resolución Exenta N°3457 de 2015, DGA de Temuco.

I.I.I Argumentos de la DGA

La DGA tanto en la resolución reclamada como en el informe evacuado ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Temuco, realiza una argumentación fundada en la interpretación literal de diversas disposiciones del Código de Aguas, a través de las cuáles llega a una serie de conclusiones:

- No serían aplicables sobre esta laguna los artículos 171 y siguientes del Código de Aguas, interpretando que las modificaciones de cauces naturales o artificiales que no digan relación con la construcción de obras públicas, edificaciones, urbanizaciones u otras obras vinculadas directamente con aquellas, no son competencia del servicio.
- Por otra parte, la DGA sostiene que respecto a la limpieza del desagüe de la laguna Ancapulli, por ser parte de ese tramo un acueducto artificial de dominio privado, el servicio no tendría competencias en la materia. En este sentido, “al relacionar los artículos 1º, 2º, 30, 35, 39, 282 y 299 letra c) del Código del Ramo, se desprende que la atribución que el artículo 171 otorga a este Servicio dice relación únicamente con los cauces naturales de uso público por los cuales escurren aguas corrientes”².
- Por último, el artículo 91 establece una obligación del dueño de un acueducto de mantenerlo en perfecto estado de funcionamiento, debiendo de este modo efectuar las labores de limpieza necesarias para ellos. Por esta razón, el denunciado habría actuado de forma legítima y la DGA no tiene competencia para sancionarlo.

Es necesario reiterar que, respecto de este último punto, el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco en la causa de protección Nº 4336-2015 había calificado el hecho como ilegal, estableciendo que las labores de limpieza no quedan fuera de la nomenclatura del artículo 41, en tanto también tienen como requisito respetar el escurrimiento natural de las aguas y la vida y salud de las personas.

2 Ibid.

I.I.II. Argumentos de la reclamación

La reclamación interpuesta se basa en dos tipos de argumentos. El primer grupo de argumentos, se fundan en la interpretación literal y auténtica dirigidas a demostrar que el artículo 41 del Código de Aguas y sus normas relacionadas, no hacen una distinción respecto de la naturaleza, antigüedad o régimen de propiedad del cauce intervenido:

“[...] es posible señalar que el Código de Aguas, en particular su artículo 41, no exige para que las modificaciones sobre cauces naturales o artificiales sean aprobadas previamente por la Dirección General de Aguas, se trate de cauces intervenidos con la finalidad de construir obras públicas, edificaciones o urbanizaciones. El precepto en mención, establece la obligación de solicitar autorización para realizar obras en un cauce, y lo hace expresamente extensivo a los cauces artificiales, señalando “el proyecto y construcción de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales (...)”, aún cuando éstos sean de dominio privado, pues no hay ninguna limitación ni en este, ni en ninguna otra norma del Código de Aguas, para que la Dirección General de Aguas se abstenga de conocer, y no se deba solicitar una autorización previa antes de construir y modificar.

Que por lo anterior, las conclusiones del Servicio en cuestión resultan equivocadas, pues cualquier construcción, ya sea de obras, urbanizaciones o edificaciones, debe ser autorizada previamente por la Dirección de Aguas, ya sea que ésta se ubique en un cauce natural o artificial, y aunque ésta sea de uso público o privado, pues el precepto legal en cuestión no distingue ni hace diferencia alguna en estas circunstancias [...]”

Los reclamantes aducen que el argumento reproducido encuentra un refuerzo en lo decidido por la Excelentísima Corte Suprema en el fallo de su causa Rol Nº 3066-06, de fecha 28 de mayo de 2007, en que señala:

“[...] Cabe reconocer que los jueces del mérito hicieron una errada interpretación del artículo 171 del Código de Aguas al consignar que dicha disposición se refiere sólo a obras que ocupan terrenos que son bienes nacionales de uso público, desde que su tenor literal evidencia que no existe tal limitación, ya que ese precepto no hace distinción alguna en tal sentido. Lo que persigue la ley con la exigencia de esta aprobación es que un organismo técnico, como lo es la Dirección General de Aguas, vele por los intereses de la comunidad constatando que las obras no

entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas, así como que no signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes, según se desprende del artículo 172 del Código del ramo, en el que se autoriza a la Dirección General de Aguas a apereibir a quien realizó las obras con infracción de lo anterior, fijándole un plazo perentorio para que las modifique o destruya”³

El segundo grupo de argumentos identificados se basa en la necesaria armonía entre la el artículo 41 del Código de Aguas, el deber positivo del Estado de preservar la naturaleza, a partir de lo dispuesto en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política, y la existencia de una serie de instrumentos internacionales que hacen completamente evidente la imperiosa necesidad de entender la gestión del agua en un contexto en que la comunidad internacional ha llegado a un consenso de su vulnerabilidad producto del Cambio Climático. De esta forma se apoyan en los convenios Ramsar (sobre protección de humedales, en tanto el informe de fiscalización señala que parte de la laguna Ancapulli es precisamente, un humedal) y en el Convenio 169 de la OIT (por la presencia de comunidades mapuche en el sector de la laguna):

“[...] el informe Aplicación del Índice de funcionalidad lacustre en la Laguna Ancapulli⁴, señala que esta zona ‘presenta la características de humedal y que permite la amortiguación de caudales y concentra vegetación del tipo palustre, que permite dar refugio a aves y mamíferos.’

A mayor abundamiento, en el marco de las obligaciones internacionales adquiridas por Chile por medio de la Convención Ramsar, el año 2005 fue publicada la Estrategia Nacional de Humedales⁵, la cual señala de forma clara los objetivos del Estado en relación con la protección de los humedales. Se destaca su Objetivo Específico 3.4, el cual señala:

3. Implementar un marco de acción legal e institucional para lograr la conservación y uso sostenible de los humedales. Chile, como país Parte de la Convención Ramsar, adquirió el compromiso ante la comunidad internacional de desarrollar un marco de acción legal e institucional para la conservación y uso racional de los humedales. Para dar cumplimiento

3 Corte Suprema, Rol N° 3066-06, de fecha 28 de mayo de 2007.

4 ETCHARREN, Pablo: “Aplicación del Índice de funcionalidad lacustre (IFL) en la Laguna Ancapulli”. El informe da cuenta que existen características de humedal, además de caracterizar un cambio en las circunstancias de la laguna, catastrando las especies del espacio ecológico, que se dan en este bosque esclerófilo.

5 Estrategia Nacional de Humedales, recurso en línea disponible en: http://www.sinia.cl/1292/articles-35208_recurso_1.pdf (Consulta: 15 de octubre de 2016).

a este objetivo, es necesario desarrollar e implementar las líneas de acción que se detallan a continuación:

[...]3.4. Fortalecer la capacidad de las instituciones con competencia actual sobre los humedales. Se debe reforzar las capacidades de las instituciones y entidades del Estado, con el fin de conseguir la conservación y uso racional de los humedales. En este marco se debe dar prioridad al aumento de la cooperación entre ellos y a la consecución de los recursos económicos, humanos y materiales necesarios. Asimismo, se favorecerá una adecuada formación técnica de los funcionarios encargados de la gestión de los humedales.

Por lo anterior resulta evidente que los órganos de la administración del Estado tienen la obligación de colaborar con los objetivos señalados, ejerciendo sus funciones de la forma que resulte más armónica con ellos, en lugar de omitir de su ejercicio resultando en consecuencias que van directamente en su contradicción."

Además, utiliza la intención del legislador en el proyecto de reforma del Código de Aguas (actualmente en discusión) para demostrar la necesaria incidencia que dicho fenómeno tiene en la renovación de la interpretación de las funciones de DGA en la protección de las aguas.

"En otro orden de ideas, y enmarcando el rol que se le adjudica a la DGA en nuestro ordenamiento como organismo de gestión del recurso hídrico, cabe señalar que aunque el análisis del caso en comento se limite a la existencia de las normas vigentes en nuestro ordenamiento –el ya citado Código de Aguas– no es menos importante configurar estas competencias de la DGA en torno a las reformas que se han estado discutiendo desde hace un tiempo sobre la regulación del recurso hídrico, los derechos de aprovechamiento y su estructura, y por supuesto, el rol que le cabrá a la DGA en un contexto normativo más orientado a la conservación del recurso.

Se hace la prevención que si bien no son normativa vigente, las reformas tienen como finalidad reforzar el rol de la DGA como órgano de la administración del Estado en el marco de la persecución del bien común y, para lo pertinente, basta con dicho organismo interprete sus funciones en concordancia con tal objetivo general de la administración.

[...] se desprende que es una política de Estado que este servicio asuma una posición más activa en la protección y conservación del recurso que administra.”

I.I.II. La decisión de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco

Luego de analizar los argumentos de cada parte, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en sus considerados 3º a 7º expone su razonamiento para concluir, como se verá, que por una parte la DGA, dado el ámbito de su competencia, tiene la obligación de ejercer sus funciones con arreglo a la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 y, en ese sentido, los hechos de la causa constituyen un abandono voluntario de su deber de preservar el medio ambiente mediante la restricción de determinados derechos; por otro lado, la necesaria conexión entre la preservación del medio ambiente y la protección de la vida y la salud humana, poniendo especial énfasis en la importancia del agua como un bien (o más propiamente “el” bien) fundamental para sustentar la vida.

Esta argumentación es la que permite al Ilustrísimo Tribunal concluir que la DGA si tiene competencias para sancionar un hecho que va en contra del artículo 41, pues la intención subyacente de tal disposición es la protección de la vida y la salud humana, ampliando el ámbito de competencia del organismo en lugar de constituir una norma de asignación restrictiva de su competencia:

“3º.-Que la DGA intenta demostrar que no son aplicables, en la especie, las disposiciones del artículo 32 del Código de Aguas, motivo por el cual se acogió, solo parcialmente, la denuncia en comentario. Basa su afirmación en que el acueducto es artificial de dominio privado, por lo que el Servicio sería incompetente para intervenir en la materia.

4º.-Que la DGA está haciendo abandono voluntario de su deber de restringir el ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

En efecto, el Poder Legislativo otorgó, oportunamente, un mandato al Estado, para que no se vea afectado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Es así como la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 8, inciso final, dispone: “La Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

5°.-Que la primera asociación de este derecho se realiza con el derecho a la vida, contemplado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República.

6°.-Que el derecho a la vida es presupuesto de existencia para la vigencia de los demás derechos fundamentales y siendo el agua un bien cada día más escaso, valioso y fundamental aquélla, de existencia, tanto humana, como animal y vegetal, deben los órganos del Estado, de manera obligatoria y mediante los organismos correspondientes, velar por su más absoluto y eficiente respeto y protección.

7°.-Que el entorno, el medio ambiente a que se refiere el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental del País, es algo más que lo inmediato que rodea al individuo, es un derecho constitucional que tiene una eficacia jurídica propia y distinta. Es como razona Jorge Bermúdez Soto (Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), "el medio ambiente vinculado o relacionado al ser humano que resulta necesario para que éste desarrolle sus potencialidades".

Es así como, si una laguna desaparece por la intervención de un tercero que profundiza un cauce de vaciado, aquellos que se ven afectados, les basta con aducir que se ha visto afectado su entorno adyacente, porque es previsible que, al morir el ecosistema, también se vea afectado el ecosistema fluvial y los humedales del sector, por lo que la calidad de vida disminuye o desaparece.

Y, atendido, además, a lo dispuesto en los artículos 19 N°s. 1 y 8 de la Constitución Política de la República; 41, 171 y 172 del Código de Aguas, se declara:

Que HA LUGAR al recurso de reclamación interpuesto por don Rodrigo Fernández Carbó en contra de la Resolución Exenta N° 3457 de 29 de Octubre de 2015 de la DGA, dejándose sin efecto dicha resolución, acogiéndose la denuncia.

La DGA deberá apercibir al infractor, fijándole plazo perentorio para que modifique o destruya las obras que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes, sin perjuicio de la multa correspondiente."

II. La Competencia De La DGA desde Un Punto De Vista Ambiental

Siguiendo la lógica de lo decidido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco resulta importante destacar algunas ideas que le permitieron determinar que la competencia de la DGA frente a un hecho como el acaecido, es más amplia que aquella que fluye de un examen meramente literalista de las normas pertinentes del Código de Aguas. Estas ideas, para efectos del presente comentario, las podemos dividir en dos grupos: el primero, dice relación con una interpretación sistemática tanto del lugar que ocupa la DGA como órgano de la administración del Estado y ,el segundo, con la complejidad jurídica que implica administrar la gestión de un bien tan transversal a nuestro derecho como lo es el agua. Estas primeras ideas son las que abordaremos en esta sección.

II.I. La DGA como órgano de la institucionalidad ambiental

La DGA es el organismo administrativo creado para la administración de los recursos hídricos, función que lleva a cabo mediante diversas herramientas de gestión que van desde el otorgamiento de derechos de aprovechamiento, la coordinación general de los sistemas de información sobre el recurso y herramientas de carácter coercitivo para disciplinar la acción de los usuarios. Según señala su sitio web, "es el organismo del Estado que se encarga de promover la gestión y administración del recurso hídrico en un marco de sustentabilidad, interés público y asignación eficiente, como también de proporcionar y difundir la información generada por su red hidrométrica y la contenida en el Catastro Público de Aguas con el objeto de contribuir a la competitividad del país y mejorar la calidad de vida de las personas"⁶.

La DGA, en conformidad a los artículos 41, 171, 172 y 299 letra c) del Código de Aguas tiene como atribuciones la autorización de las modificaciones que fueren necesarias efectuar en cauces naturales o artificiales, de acuerdo a los proyectos que previamente el solicitante debe presentar ante el organismo. Por otra parte, cuando el usuario infringe tales obligaciones, la DGA tiene la facultad de apercibirlo, fijándole un plazo perentorio para que modifique o destruya (por sí o por medio de terceros) las obras que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes; por último, todo lo anterior se enmarca dentro de las facultades del referido Servicio de ejercer la policía y vigilancia de las aguas en cauces naturales de uso público.

6 Descripción de las competencias de la DGA extraída de la sección "Acerca de", del organismo. Disponible en línea en: <http://www.dga.cl/acercadeladga/Paginas/default.aspx> (Consulta: 28 de octubre de 2016).

El fin objetivo del artículo 41 es proteger la vida, salud, bienes de la población y el normal régimen de escurrimiento de las aguas. En esta misma lógica se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema en su sentencia de la causa Rol N° 3066-06, antes citado, quien realiza una interpretación finalista del artículo 171 del Código de Aguas, en orden a velar por la protección del recurso hídrico, y hacer valer las atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras que le corresponde aplicar a la DGA, al sostener que “[l]o que persigue la ley con la exigencia de esta aprobación es que un organismo técnico, como lo es la DGA, vele por los intereses de la comunidad constatando que las obras no entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas, así como que no signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes”⁷.

En este sentido, la funciones de la DGA se despliegan en un contexto en que la gestión del agua se debe ajustar a criterios de interés público, donde resaltan la protección a la salud y la vida de las personas, por lo cual resulta evidente que es un órgano cuyas competencias tienen un predominante componente ambiental. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N°8 de la Carta Fundamental, tiene el deber de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, junto con tutelar la preservación de la naturaleza utilizando sus facultades para establecer restricciones a derechos y libertades en aquello que resulte pertinente. Esta interpretación sistémica tiene una concordancia patente con lo establecido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco en el considerando 4º del fallo en comento.

Lo anterior encuentra un reflejo evidente en la Historia de la Ley 20.417, que reformó la institucionalidad ambiental. Fluye que la intención del legislador en el diseño elegido para la fiscalización ambiental fue, por un lado, conservar las atribuciones fiscalizadoras de los órganos sectoriales especializados, a quienes se les reconoce un lugar dentro de la nueva institucionalidad ambiental. Entre tales órganos se incluye de forma expresa a la Dirección General de Aguas:

“(...) Aquí se ha señalado, asimismo, que no solo en materia de fiscalización, sino también de planificación estratégica, muchos Ministerios todavía tienen competencia: el de Obras Públicas, con la Dirección General de Aguas (...)”⁸.

Por otro lado, el legislador decidió que la modalidad de aplicación de las facultades fiscalizadoras existentes de los órganos sectoriales formaría parte de la fiscalización

7 Corte Suprema, Rol N° 3066-06, de fecha 28 de mayo de 2007.

8 Historia de la ley 20.427, p.872.

ambiental propiamente mediante la coordinación administrativa que se le entrega a la Superintendencia de Medio Ambiente.

En relación a lo anterior es importante recordar que el deber de coordinación de los órganos de la administración del Estado según el artículo 5 de la Ley N°19.575, se expresa en que "los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones".

Por lo anterior podemos construir que la DGA, al formar parte de la institucionalidad ambiental y estar regida por el deber de coordinación (y el principio de legalidad, por cierto), se encuentra impedida de realizar una interpretación de sus atribuciones basada de forma exclusiva y excluyente en el Código de Aguas. Lo anterior, dado que en su ejercicio no solo intervienen los bienes protegidos por la norma sectorial, sino que también una serie de bienes jurídicos protegidos como la preservación del medio ambiente, la protección de la vida y salud de las personas.

Por ende, para definir el alcance de las atribuciones de la DGA, no alcanza con una interpretación literal aislada de las normas que le asignan competencia, sino que también debe considerarse un enfoque sistemático, concordante con el lugar que se le ha asignado dentro de la institucionalidad ambiental y, por lo tanto, haciéndose cargo activamente del mandato constitucional del artículo 19 N°8).

II. II La naturaleza del agua como objeto protegido

Para hacer este análisis debemos partir de la base que el agua como bien jurídico es de muy difícil clasificación, dadas las múltiples finalidades que cumple en la realidad y a los múltiples derechos, intereses y hechos jurídicos con los se encuentra relacionada. Por ello, decir que el agua "es un bien nacional de uso público", no es una solución suficiente para entender la envergadura del problema, sino solo permite vislumbrar un aspecto de él, que es el régimen de propiedad que le es aplicable.

Aún más, la naturaleza del agua desde el punto de vista del derecho a la propiedad tampoco se encuentra exenta de complejidades, puesto que resulta contraintuitivo que un bien clasificado como nacional de uso público, sea asignado por medio de propiedad privada (derecho de dominio) a quienes la usan para fines económicos, bajo la dicotomía de bien público, versus aprovechamiento privado del mismo bien (y cuyo ejercicio como derecho real es sin respecto a determinada persona).

Haciéndonos cargo de esta insuficiencia normativa, podemos identificar que el agua como bien jurídico tiene estrecha relación con el derecho a la vida, a la salud, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a la libertad de culto, a la no discriminación arbitraria, al derecho de propiedad y de libertad económica.

Respecto de la relación del agua con los últimos dos derechos mencionados no entraremos en mayor detalle, dado a que tanto el modelo de gestión plasmado en el Código de Aguas, como la administración del recurso que hace la DGA responden a una bajada normativa directa del derecho de propiedad y de libertad económica.

Sin embargo, si resulta útil destacar que la propiedad constitucional es bastante más amplia que la propiedad civil y ampara otras modalidades distintas al derecho de dominio del Código de Civil. En efecto, ha sido mediante la interpretación directa de la propiedad constitucional que se ha llegado a solucionar la compleja situación de los usos ancestrales sobre el agua por parte de las comunidades indígenas, en tanto la pugna que se produce es de propiedad consuetudinaria versus propiedad inscrita. De este modo, la Excelentísima Corte Suprema ha establecido⁹:

CUARTO: Que en lo relativo a la contravención constitucional invocada, conviene precisar que el texto fundamental, luego de garantizar a todas las personas, en el inciso primero del artículo 19, N° 24°, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales, añade en su inciso final que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

De las expresiones “reconocidos o constituidos” empleadas por la norma en comento, surge con nitidez que no sólo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades indígenas en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de mil novecientos noventa y tres, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Sobre este tópico es útil

9 Fallo “Chusmiza-Usmagama”, Causa Rol N° 817-2006 de la Excm. Corte Suprema.

dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.

En este sentido la norma constitucional ampara derechos que no han sido adquiridos por los modos que establece el Código Civil, sino que por la costumbre, como es el caso de los derechos que ostentan los pueblos originarios sobre su territorio¹⁰. Tanto la Ley indígena como la jurisprudencia han entendido que el uso ancestral de un bien o recurso por parte de comunidad indígena implica un tipo de propiedad sobre ella que tiene diferencias sustanciales con el derecho real de propiedad. En efecto, la propiedad indígena no solo protege la relación entre su titular y la cosa, sino que también reconoce protección sobre elementos culturales, religiosos y económicos correspondientes a la idiosincrasia de cada pueblo¹¹.

Justamente esto último es lo que determina la relación del agua con los derechos de libertad de culto y de no discriminación, en relación a la protección y reconocimiento de la cultura e identidad de los pueblos originarios. Todo ello emana de lo establecido por el artículo 1º de la Ley indígena, disposición que les reconoce su calidad de pueblos originarios, se les reconoce ciertos ámbitos de autonomía sobre todo en relación a sus costumbres, prácticas culturales, religiosas y económicas.

En este sentido, la relación entre el titular de un derecho ancestral y el recurso sobre el cual lo ejerce es muy distinto al que tienen otros sujetos amparados de forma exclusiva por el régimen del Código Civil. El derecho ancestral por tanto asume una relación estricta con las formas de vida de los pueblos originarios, y se les reconocen características

10 Para entender esta idea, cobra importancia lo dispuesto por el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, en cuanto amplía la noción de territorio indígena a cualquier tipo de ocupaciones sobre el mismo (la Excma. Corte ha señalado como requisitos adicionales que sean libres de clandestinidad y violencia):

Artículo 13.- 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

11 Respecto de la relación entre la cosmovisión de los pueblos indígenas en su relación con el agua, los profesores YÁÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl, se han referido de forma holgada y acertada en capítulo primero de su obra "Las Aguas Indígenas de Chile", año 2011, pp 39 a 46.

más amplias que tienen que ver con el uso para el cual han sido destinadas, los cuales generalmente difieren de los usos económicos para los que fueron diseñados los derechos de aprovechamiento del Código de Aguas.

Por último, para observar la relación entre el agua y los derechos a la vida, la salud y a un medio ambiente adecuado, ni siquiera es necesario mirar fuera del Código de Aguas, en tanto el artículo 41 de dicho cuerpo legal precisamente conjuga la protección de esos tres bienes jurídicos. Explícitamente identifica como parámetros el derecho a la vida y a la salud para determinar la concurrencia del permiso respectivo, agregando además que la causa, es, en efecto, la alteración al normal escurrimiento de las aguas. En este sentido el legislador ha protegido una situación en la que un cauce no ha sido intervenido, por lo que resulta evidente que la situación contraria, aquella en que se permite la intervención de dicho cauce, debe ajustarse a las limitaciones respectivas. Así, la intervención de un cauce no puede efectuarse en ejercicio de un derecho de dominio puro, sino que de antemano se encuentra limitado por la garantías constitucionales del 19 N° 1 y 8, siendo el papel de la autoridad administrativa velar porque la intervención no entorpezca o amenace el ejercicio de esos derechos

III. El Futuro de la Gestión Ambiental de las Aguas en Chile

Decíamos que era importante rescatar dos grupos de ideas desde la lógica de la decisión de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco. Nos referíamos al primero de ellos que responden a criterios de interpretación sistemática, tanto de la DGA como órgano de la administración del Estado y su función dentro de la institucionalidad ambiental, como del agua misma considerada como un bien protegido que importa muchas complejidades para su gestión. En esta sección examinaremos el segundo grupo de ideas que tienen que ver con elementos de interpretación contextual lo cuales, si bien no son explícitamente recogidos en la decisión del Ilustrísimo Tribunal, más allá de incidir en la determinación de la importancia del agua y de los problemas a los que se enfrenta su gestión (como fluye del considerando 6º de la sentencia en comentario), formaron parte de la reclamación y ciertamente tienen una gran utilidad para entender los desafíos actuales y futuros de la gestión de aguas.

En ese orden de cosas, la interpretación contextual permite ajustar las competencias de la DGA a las necesidades reales de la gestión de aguas. Especialmente frente a su creciente y vertiginosa escasez producto del Cambio Climático, propendiendo, si se quiere, a la formulación de un principio de “primacía de la realidad” en materia ambiental.

III.I Los desafíos del cambio climático en la administración de recursos naturales

III.I.I Contexto internacional

El problema del Cambio Climático ha interesado a la comunidad internacional desde principios de los años 80. Sin embargo, no es sino hasta el año 1988, que se alertó sobre la presencia de altas concentraciones de gases de efecto invernadero en la Atmósfera¹², y se comenzó a hablar sobre el cambio climático con fuerza, decidiéndose por la creación de un Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) que tuvo por objetivo “proporcionar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta”¹³. Dicho Panel emitió su primer informe en el año 1990, dando impulso a la creación de la Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático (CMNUCC), la que finalmente fue acordada en el año 1992 durante la realización, en Río de Janeiro, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como Cumbre de la Tierra, en dónde, además, se acordaron el Convenio Sobre la Diversidad Biológica y la Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la Desertificación (CNULD), ambas relacionadas con el cambio climático.

La CMNUCC, tiene como objetivo “lograr, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”¹⁴. Desde su instauración hasta ahora, se han realizado más de 20 Conferencias de las Partes y se ha avanzado en la realización de requerimientos a los países que son Parte de la misma, en la línea de combatir y reducir los efectos del cambio climático, debido a los fuertes efectos que este puede tener, no sólo sobre el medioambiente en su sentido natural, sino en el desarrollo y salud de la humanidad, siendo uno de los efectos más dramáticos, constatados por el IPCC, los producidos sobre los recursos hídricos.

Por su parte, la CNULD, tiene como objetivo luchar contra la desertificación y los efectos de la sequía, para lo que exige a sus Estados Partes, “la aplicación en las zonas afectadas de estrategias integradas a largo plazo que se centren simultáneamente en el aumento de la productividad de las tierras, la rehabilitación, la conservación y el

12 MORAGA, Pilar. “El Nuevo Marco Legal Para el Cambio Climático. Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho Universidad de Chile. LOM 2009. p. 11.

13 En línea: http://www.ipcc.ch/home_languages_main_spanish.shtml (Consulta: 21 de noviembre de 2016).

14 Artículo 2, Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.

aprovechamiento sostenible de los recursos de tierras y recursos hídricos, todo ello con miras a mejorar las condiciones de vida, especialmente a nivel comunitario”¹⁵. Desde la instauración de la CNULD a la fecha, se han realizado 12 Conferencias de las Partes, con el fin de profundizar las medidas que permitan luchar contra la desertificación y el cambio climático.

Por la relación de los 3 instrumentos mencionados, a los que actualmente se suma la Convención RAMSAR sobre la protección de humedales, es que se ha creado un “Grupo de Enlace Mixto” mediante el cual las secretarías de los convenios se retroalimentan. Así es como, por ejemplo, los resultados obtenidos en la COP 12 de la CNULD fueron sometidos a discusión en la COP 21 de la CMNUCC, desde la que se concretó el Acuerdo de París.

Finalmente, la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (RAMSAR) tiene su origen en el año 1971, mucho antes de la Cumbre de la Tierra en 1992, en dónde se dio vida a la CMNUCC, CNULD y a la CDB, y tiene la importancia de reconocer antes de que se comenzara a hablar sobre cambio climático seriamente, “las funciones ecológicas fundamentales de los humedales como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de una fauna y flora características, especialmente de aves acuáticas” y que “constituyen un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, cuya pérdida sería irreparable”¹⁶. Su importancia es clave, porque más allá del listado de sitios RAMSAR, a los que les da especial protección, reconoce la necesidad de proteger todos los humedales existentes, ya que la intervención de ellos implica una pérdida irreparable para la humanidad.

La relación que existe entre esta Convención y las Convenciones aprobadas en la Cumbre de la Tierra, son evidentes, y así se ha reconocido expresamente por las Conferencias de las Partes de los diferentes instrumentos. Ello, porque los humedales cumplen un rol mitigador del cambio climático, ya que:

“los humedales, según el concepto promulgado en Ramsar (2000), sirven de sumidero al 40% del carbono que se genera en el planeta. La destrucción de estos evitaría la eliminación de importantes cantidades de gases de efecto invernadero y por ende aumentaría el potencial de retención del calor en la atmósfera, con implicación en el calentamiento global y el crecimiento de las

15 Artículo 2 N°2, Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la Desertificación.

16 CONVENCION RAMSAR, Consideraciones previas.

temperaturas con todo su efecto sobre el sistema climático en primera instancia y sobre la vida en una óptica más amplia¹⁷.

Se suma a lo anterior, su capacidad para regular la cantidad y calidad del agua, ya que el mecanismo de funcionamiento de ellos es absorber el exceso de agua en la época lluviosa, y liberarla controladamente cuando hay escasez, de modo que son capaces de amortiguar el efecto de las inundaciones y del oleaje¹⁸, sin contar sus otros servicios ambientales como ser contenedores de diversa flora y fauna.

En el caso en comento, tal premisa y el hecho de que Chile ha ratificado todos los tratados internacionales señalados, no fue suficiente para que la DGA impidiera que se extrajera agua de un ecosistema al que califica como humedal, al punto de secarlo.

III.I.II Cambio Climático y recursos hídricos

El Cambio Climático es un fenómeno de carácter global por el que "se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables"¹⁹.

A grandes rasgos, este cambio del clima es producido por un aumento excesivo de ciertos gases atmosféricos que producen el efecto invernadero, el que permite atrapar parte de la radiación emitida por el sol para elevar la temperatura de la tierra a un nivel que permita el desarrollo de la vida. Sin embargo, producto, principalmente, de la actividad del hombre, desde la revolución industrial en adelante, esos gases han aumentado excesivamente, provocando que la temperatura de la tierra se eleve por sobre su equilibrio natural, lo que se conoce como calentamiento global, afectándose fuertemente los ecosistemas terrestres²⁰.

Como se señaló más arriba, uno de los efectos negativos del Cambio Climático se produce sobre los recursos hídricos. De ello da cuenta el Cuarto Informe de Evaluación del

17 MOYA, Bárbaro V. et. all. Los Humedales ante el Cambio Climático. Investigaciones Geográficas, nº 37 (2005), Instituto Universitario de Geografía Universidad de Alicante. p. 129.

18 AMSTEIN, Samantha. Los humedales y su protección jurídica en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2016. p. 23.

19 Artículo 1 nº2, Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.

20 El IPCC constata que la temperatura media subió en 0,76°C el último siglo y estima un aumento de entre 1,5 y 5°C para el presente siglo.

IPCC, del año 2007, en el que se señala que el cambio climático provoca²¹:

1. Aceleramiento del proceso de derretimiento generalizado de glaciares y de disminución de la cubierta de nieve, con lo que disminuiría la disponibilidad de agua dulce y el potencial hidroeléctrico.
2. Cambios de la escorrentía y de la disponibilidad de agua, producto de un cambio en las precipitaciones. Se espera para mediados de siglo, un aumento de la escorrentía en latitudes superiores y en ciertas áreas tropicales pluviales, y una reducción en ciertas regiones secas de latitudes medias y en los trópicos secos, producto de la disminución de las lluvias y a unas tasas de evapotranspiración más altas. Además, se estima que numerosas áreas semiáridas verán disminuidos sus recursos hídricos por efecto del cambio climático y que aumentarán las áreas afectadas por sequías, con las evidentes consecuencias negativas que ello aparece en diversos sectores: agricultura, suministro hídrico, producción de energía o salud.
3. Aumento apreciable de precipitaciones intensas en numerosas regiones, en algunas de las cuales disminuirán los valores medios de precipitación, lo que provocaría problemas para la infraestructura física y la calidad del agua.
4. Se aprecia que los aumentos de la frecuencia de precipitaciones y gravedad de las crecidas y sequías afectarían negativamente el desarrollo sostenible, ya que el aumento de las temperaturas afectaría también las propiedades físicas, químicas y biológicas de los lagos y ríos de agua dulce, y sus efectos sobre numerosas especies de agua dulce, sobre la composición de las comunidades y sobre la calidad del agua serían predominantemente adversos.
5. En las áreas costeras, se está produciendo un aumento de nivel del mar²², por el derretimiento de las aguas continentales, lo que agravaría las limitaciones de los recursos hídricos, debido a una mayor salinización de los suministros de agua subterránea.

21 IPCC. Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [Equipo de redacción principal: Pachauri, R.K. y Reisinger, A. (directores de la publicación)]. IPCC, Ginebra, Suiza. p. 49

22 De acuerdo al Cuarto informe del IPCC, del año 2007, el aumento de los océanos desde el año 1991, ha sido de un promedio de 1,8 mm al año.

Además, el informe señalado se refiere directamente a América Latina, señalando que:

"-Hacia la mitad del siglo, los aumentos de temperatura y, por consiguiente, la disminución del agua en los suelos darían lugar a una sustitución gradual de los bosque tropicales por las sabanas en el este de la Amazonia. La vegetación semiárida sería progresivamente sustituida por vegetación de tierras áridas. {GTII 13.4, RRP}

-Podrían producirse pérdidas importantes de biodiversidad debido a la extinción de especies en numerosas áreas de la América Latina tropical. {GTII 13.4, RRP}

-La productividad de ciertos cultivos importantes disminuiría, así como la productividad pecuaria, con consecuencias adversas para la seguridad alimentaria. En las zonas templadas aumentaría el rendimiento de los cultivos de haba de soja. En conjunto, aumentaría el número de personas amenazadas de hambre (grado de confianza medio). {GTII 13.4, Recuadro RT.6}

-Los cambios en las pautas de precipitación y la desaparición de los glaciares afectarían seriamente la disponibilidad de agua para el consumo humano, para la agricultura y para la generación de energía. {GTII 13.4, RRP}"²³

Las proyecciones anteriores son reafirmadas por el Quinto Informe del IPCC, realizado en el año 2013, y son, dentro de otros motivos, las razones más apremiantes para tomar medidas que vayan en la línea de reducir los efectos negativos del Cambio Climático. Por ello es que en la última Conferencia de las Partes de la CMNUCC, COP 21, se firmó el conocido Acuerdo de París, el que estableció como su compromiso central:

"a) Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático"²⁴

Lo anterior ya que un alza de temperatura, por leve que nos parezca, puede ser

23 IPCC. Op.cit. p. 52.

24 Artículo 2, N°1, letra a) Anexo, Acuerdo de París.

perjudicial para los ecosistemas, siendo altamente probable la extinción masiva de especies²⁵ si no se toman medidas para evitar tales alzas de temperatura. El agua en este contexto es vital, por lo que tratarla como un recurso ambiental y no sólo como un recurso económico urge en aras de mantener el ciclo del agua y los ecosistemas en equilibrio.

En esa línea, y cumpliendo con las obligaciones internacionales adquiridas en la CMNUCC y en la CNUCLD, es que Chile se encuentra, actualmente, en la elaboración de una Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV), la que tiene dentro de sus antecedentes²⁶ "el riesgo de desertificación a nivel nacional expresado en términos de superficie refleja que aproximadamente el 21,7% del país tiene algún grado de riesgo de desertificación en base a sus diferentes categorías (leve, moderado o grave)"²⁷ y que "el efecto de la sequía a nivel nacional expresado en términos de superficie, señala que aproximadamente el 72% de las tierras del país tiene algún grado de sequía en sus diferentes categorías (leve, moderado, grave), estas cifras corresponden aproximadamente a 55 millones de hectáreas. La población afectada con un grado de sequía asciende aproximadamente a 16 millones de habitantes lo cual equivale al 90% de los habitantes del país"²⁸.

Además, se indica que se prevé una intensificación del marcado déficit estructural de la zona norte del país y de la zona central, con ello se indica que el cambio climático se ha manifestado en la intensificación de la reducción de la masa de hielo de los ventisqueros (glaciares), y que pese a que hay un aumento en el tratamiento de aguas servidas y de RILES, sigue existiendo contaminación de ríos y mar como también un manejo "inadecuado de las cuencas ha creado problemas de agotamiento de napas y de desequilibrios de uso, agravado por una ley de propiedad de los derechos que evidencia serias falencias"²⁹.

Como se puede apreciar el actual escenario de nuestro país requiere tomar medidas para mitigar los efectos del Cambio Climático, con especial atención en los recursos hídricos,

25 El Cuarto Informe del IPCC señala que "El cambio climático acarrearé probablemente algunos efectos irreversibles. Con un grado de confianza medio, entre un 20% y un 30% aproximadamente de las especies estudiadas hasta la fecha estarían probablemente expuestas a un mayor riesgo de extinción si el aumento del calentamiento mundial excediese, en promedio, de entre 1,5 y 2,5°C (respecto del período 1980-1999). De sobrepasar los 3,5°C, proyecciones de los modelos predicen un nivel de extinciones cuantioso (entre un 40% y un 70% de las especies consideradas) en todo el mundo. {GTII 4.4, Figura RRP.2}" En: IPCC. Cambio Climático. Op.cit. p. 53.

26 La información base la ENCCRV la obtiene del Plan de Acción Nacional contra la Desertificación y Sequía 2016.

27 CONAF, et. all. Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales 2017-2025. Versión 1. 20 de junio de 2016. p. 26.

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

para lo que se requieren medidas urgentes, tanto a nivel de compromisos internacionales³⁰, como a nivel de reestructuración de la normativa interna y una reinterpretación de la existente con el objeto de otorgar una lectura armónica con la función ambiental del agua.

III.I.III La reforma del Código de Aguas

A nivel nacional, la ley más importante en materia de regulación de los recursos hídricos es el Código de Aguas de 1981. Dicho Código, instauró una visión fuertemente privatista del recurso hídrico, siendo exitoso en la regulación de los derechos de aprovechamiento de los particulares, pero débil para estampar, en nuestro sistema jurídico, el carácter de bien común del recurso y la necesidad de protegerlo en aras del interés público³¹.

Es por ello que se introdujeron reformas en el año 2005 y en el año 2010, y que actualmente se encuentra en el 1º trámite constitucional una reforma al Código de Aguas, que tiene la ambición, inicial, de modificar el espíritu de propiedad privada del mismo, a una lógica de bien público. El proyecto ingresó en el año 2011, pero no tuvo una efectiva tramitación sino hasta fines del año 2014, en que el ejecutivo realizó una indicación sustitutiva del mismo.

En lo medular, y en lo que aquí nos convoca, el proyecto intenta hacerse cargo de las evidentes falencias del modelo de gestión de 1981 para responder a la multiplicidad de funciones del agua como bien jurídico. Así, el proyecto de reforma es una evidencia de que la DGA se encuentra atrapada en una normativa que no ha considerado las otras dimensiones de protección del recurso, por lo que constantemente colisiona con los regímenes jurídicos que regulan el agua en forma paralela.

Lo anterior puede ser observado en el diagnóstico realizado por el Banco Mundial, en el año 2011, donde se acusa que es necesario que Chile: a) en lo que respecta a la gestión de recursos hídricos: mejore la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas y servicios asociados. Esto, debido a que si bien con la introducción de la institucionalidad

30 A modo de ejemplo, nuestro país, en el contexto de la realización de la 21 Conferencia de las Partes de la CMNUCC, realizada en París, presentó su Contribución Nacional Tentativa (INDC), comprometiéndose, entre otras cosas:

"a) Chile se compromete al 2030, a reducir sus emisiones de CO2 por unidad de PIB en un 30% con respecto al nivel alcanzado en 2007, considerando un crecimiento económico futuro que le permita implementar las medidas adecuadas para alcanzar este compromiso.

b) Adicionalmente, y condicionado a la obtención de aportes monetarios internacionales (grant), el país se compromete al 2030, a aumentar su reducción de emisiones de CO2 por unidad de PIB hasta alcanzar una disminución entre 35% a 45% con respecto al nivel alcanzado en 2007, considerando, a la vez, un crecimiento económico futuro que le permita implementar las medidas adecuadas para alcanzar este compromiso".

31 BANCO MUNDIAL. 2011. Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. p. 4.

ambiental en el año 1994, se avanzó legalmente en la dirección de satisfacer los requerimientos hídricos para fines ambientales, poner en práctica dicho avance no ha sido fácil, ya que la introducción de la reforma sucedió cuando los derechos de aguas ya estaban concedidos, lo que impidió establecer caudales ecológicos mínimos en las zonas que lo requerían; además, sugiere hacer la gestión del agua subterránea más sostenible, arguyendo que son muy importantes como fuente de agua potable y que tienen un potencial de almacenamiento que las hace muy importantes para enfrentar los efectos negativos del cambio climático, pero que la sostenibilidad del recurso se encontraría en riesgo debido a que algunos acuíferos tendría más derechos de aprovechamientos de agua otorgados, que capacidad para satisfacer dichos derechos; finalmente, sugiere el informe, profundizar las medidas para evitar la contaminación del agua y asegurar su calidad; y b) en lo que respecta a los aspectos institucionales, sugiere, dentro de otras cosas, fortalecer a la DGA, ya que además de insuficiencia de recursos, la institución no tendría suficiente autonomía para tomar decisiones difíciles, su autoridad podría ser insuficiente para entenderse con autoridades de alto rango institucional, y no posee un presencia a nivel local adecuada³².

De este modo, uno de los objetivos primordiales del proyecto de reforma es cambiar la concepción sobre los derechos de aprovechamiento de aguas "pasando de ser un derecho perpetuo, a un derecho con una extensión temporal limitada a un máximo de 30 años, que siempre se prorrogará, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso"³³.

Aun siendo evidente que el nuevo régimen de derechos no afectará los concedidos anteriormente, resulta manifiesto que el objetivo detrás de esta reforma es dar cuenta del interés público que se ve involucrado en la gestión de las aguas, como también de la necesidad de que el agua deje de ser tratada como un mero bien de mercado, dando cuenta de los problemas que el Cambio Climático obliga a enfrentar.

Lo anterior, se ve reflejado en la propuesta de modificación del artículo 5 del Código de Aguas: "Las aguas, en cualquiera de sus estados³⁴, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación". En la misma línea, la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación, incorporó al mismo artículo 5°, que el acceso al agua y al saneamiento es un derecho humano irrenunciable que debe ser

32 BANCO MUNDIAL. 2011. Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Resumen Ejecutivo. página xi.

33 Indicación Sustitutiva al Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7.543-12). p. 2

34 La inclusión de la frase "en cualquiera de sus estados" tiene como relevancia el reconocimiento de los glaciares como bienes nacionales de uso público, cuestión que no es considerada como tal en el actual régimen jurídico, pese a la importancia para el consumo humano y a la importancia ecosistémica que los glaciares poseen.

garantizado por el Estado y que “[e]n el caso de los territorios indígenas, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo a las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, plasmando en el Código de Aguas una obligación de reconocimiento que la DGA posee en virtud de la Ley Indígena.

En la misma línea, es que el proyecto contempla, la introducción de prelación de uso de las aguas, destacándose los usos de subsistencia (consumo humano y saneamiento), la preservación ecosistémica (reconociéndose el valor del agua no sólo para los humanos y la producción económica, sino para el sustento de la vida en la tierra) y las productivas. La DGA debe respetar estos usos y dar predominio al uso de subsistencia por sobre los otros.

Para hacer efectivo lo anterior, el mismo Mensaje de la indicación sustitutiva indica que “se permite a la Administración limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en función del interés público, a través de las facultades de reducirlos temporalmente o redistribuyendo las aguas”³⁵. Es decir, se faculta a la DGA para que en razón del interés público intervenga los derechos de aprovechamiento de aguas y se la refuerza expresamente al indicar que “[s]e fortalecen las atribuciones de la Dirección General de Aguas, permitiéndole reducir temporalmente el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, exigir la instalación de sistemas de medición de caudales y niveles freáticos, además de un sistema de transmisión de la información que se obtenga, entre otras”³⁶.

Ciertamente, el futuro del proceso de modificación del Código de Aguas es incierto, y el resultado que pueda aprobarse en el Parlamento será el que, en definitiva, rija el devenir del recurso en Chile. Sin embargo, es posible evidenciar que el proyecto muestra una tendencia, no exenta de deudas, hacia el reconocimiento efectivo de la función ambiental y social de los recursos hídricos, lo cual se evidencia en el rol gestor de la DGA. Ello, por la necesidad de acomodar la legislación nacional a los requerimientos internacionales sobre el cambio climático, la desertificación y la protección de los humedales, mostrando la intención del legislador y el espíritu de nuestro sistema jurídico actual en la materia. Hoy a la DGA, ante la falta de un reconocimiento más claro en el Código de Aguas del interés público y de los servicios ecosistémicos del agua, le corresponde al menos interpretar la legislación de forma armónica, incorporando las facultades otorgadas, por ejemplo, por la legislación ambiental.

35 Ibid.

36 Ibid.

Conclusiones

La decisión en comento hace un diagnóstico muy acertado y a la vez muy alarmante. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco ha señalado que la DGA ha hecho un abandono voluntario de sus funciones al no incorporar en su ejercicio criterios de preservación ambiental tal como se lo ordena la Constitución y la ley, la que le otorga facultades para establecer limitaciones y restricciones a derechos y libertades en cumplimiento del mandato constitucional de la garantía del artículo 19 N° 8.

El Ilustrísimo Tribunal se pone en un escenario en que considera que existen suficientes razones tanto normativas como de justicia que dan cabida a que la DGA amplíe la interpretación de sus funciones desde una que se formula con apego hermético y aislado al tenor literal de ciertas normas, a otra que propenda a una protección efectiva del bien jurídico sobre el cual reposa su competencia.

Para ello, la Corte utiliza ciertos criterios que tienen que ver con una visión sistemática y armónica de la gestión de aguas como una parte de la gestión ambiental y que, como tal, debe alinearse con los fines de preservación de la naturaleza y prosecución del bien común. Destaca el avezado análisis que hace respecto de la importancia del agua para la vida, la salud de las personas y la relación que con ello tiene la protección no solo del medio ambiente, sino que de los ecosistemas específicos que dependen de la existencia de ciertos sitios como la Laguna Ancapulli, que es calificada como humedal por la propia DGA en su informe técnico.

De este modo, hemos querido compartir, por un lado, el diagnóstico que ha hecho la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco en orden a revelar la vocación predominantemente privatista del Código de Aguas y de la DGA como el órgano administrativo al que se le encomienda su aplicación. Por otra parte compartimos la idea de que existen herramientas interpretativas que habilitan a la DGA adoptar un lugar dentro de la institucionalidad ambiental y a ejercer sus funciones no solo para proteger el derecho de propiedad de los usuarios de aguas, sino hacerse cargo de la importancia del agua para la comunidad toda y para el medio ambiente como el entorno en el que se desenvuelve la vida.

En un contexto en que el Cambio Climático está implicando la necesidad de reformular ciertos aspectos de las políticas de gestión de recursos naturales e incluso la estructura administrativa de los órganos que conforman la institucionalidad ambiental, la importancia del cuidado del agua se erige como un desafío clave que el Estado debe asumir activamente.

En opinión de estos autores, este cambio de una visión privatista a un enfoque más público de la gestión de los recursos hídricos puede comenzar a darse desde ya en la medida que cambien los criterios bajo los cuales la DGA tradicionalmente ha interpretado sus funciones.