

17. LIMITACIONES AMBIENTALES AL EJERCICIO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

SEBASTIÁN ABOGABIR MÉNDEZ¹

BENJAMÍN PÉREZ ARRIETA²

ANTONIA IBARRA SOTO³

RESUMEN

El presente artículo pretende demostrar que ha habido una evolución práctica y normativa en materia de limitaciones al ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, en base a consideraciones sociales y ambientales. Como se expondrá, estas limitaciones van más allá de la regulación sectorial, siendo particularmente importante el tratamiento que se ha dado a estos derechos en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. A modo de ejemplo, se estudiarán los casos de los proyectos hidroeléctricos y mineros. Finalmente, se estudiará cómo la Superintendencia del Medio Ambiente y los tribunales ambientales pueden jugar un rol en el establecimiento de limitaciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas.

-
- 1 Abogado de la Pontificia Universidad Católica. Máster en Derecho (LL.M.), Georgetown University, Washington D.C.
 - 2 Abogado de la Pontificia Universidad Católica. Máster en Derecho (LL.M.) en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile.
 - 3 Estudiante egresada de Derecho de la Universidad de Chile.

17.1. Introducción

Las aguas son bienes nacionales de uso público⁴, que de acuerdo al artículo 589 del Código Civil, son “[...] aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos”, agregando el artículo 595 del Código Civil que “todas las aguas son bienes nacionales”. Sin perjuicio del carácter público de las aguas, sobre estas se pueden constituir derechos de aprovechamiento de aguas, que otorgan el derecho para utilizar dicho recurso, de acuerdo a las condiciones y características establecidas en su título (ya sea que este haya sido otorgado por medio de una resolución administrativa o una sentencia judicial). De esta manera, este derecho permite el uso y utilización particular de las aguas, otorgando la titularidad para hacer uso, goce y disposición de ellas.

Dicha facultad para usar, gozar y disponer del derecho de aprovechamiento de aguas se encuentra consagrada en nuestra Constitución Política de la República, al indicar en el inciso final del artículo 19 número 24 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”. La propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas es reiterado en el artículo 6° del Código de Aguas, al sostener que:

“[...] el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”.

En virtud de este reconocimiento, la privación, perturbación o amenaza a este derecho se encuentra prohibida y faculta a quien la sufre para interponer la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Constitución, así como cualquier otra acción o instancia judicial tendiente a proteger el dominio sobre su derecho de aprovechamiento.

4 Artículo 5° del Código de Aguas: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código”.

Sin embargo, como todo derecho de propiedad, el derecho de aprovechamiento de aguas no es absoluto, ya que debe reconocer como limitación a su ejercicio el cumplimiento de las obligaciones y limitaciones que se impongan en atención a la “función social de la propiedad”⁵. En este sentido, el inciso 2° del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República contempla, al regular el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 numeral 8), que “la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. Por ello, la conservación del patrimonio ambiental obliga a limitar el derecho de propiedad, en atención al uso que se le puede dar a los derechos de aprovechamiento de aguas⁶. Y es precisamente esta limitación la que nos planteamos abordar a continua-

-
- 5 Sobre este punto, es ilustrativo citar el fallo del Tribunal Constitucional de fecha 2 de diciembre de 1996, Rol N° 245, el que señala:

“[...] 22°. Que, es fundamental distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad. Además, privación supone, según su sentido natural y obvio ‘despojar a uno de una cosa que poseía’ (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1969). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en ‘apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía’ (Corte Suprema, 27.03.1983, Rev. 80, sección 5ª, pág. 244). Limitar, en cambio importa ‘acortar, cerrar, restringir’ (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1258). De esta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales; [...]. 25°. Que, la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: ‘la propiedad obliga’, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad”. Tribunal Constitucional de Chile, 2 de diciembre 1996, Rol N° 245-1996, “Requerimiento de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1°, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año”. Considerandos 22° y 25°.

- 6 Para un mayor análisis de las obligaciones que surgen de la función social de la propiedad en materia de ejercicio de derechos de aguas, ver COSTA, Ezio (2018), “La obligación de proteger la función ambiental del agua para los usuarios de derechos de aprovechamiento de aguas”, en Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (coord.), *Actas de la I Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas*, pp. 81-95.

ción, analizando un conjunto de normativas y jurisprudencia que habilitan a limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas a partir de conceptos asociados con la escasez del recurso y de la protección al medio ambiente.

Una primera parte de este trabajo expondrá los distintos mecanismos existentes en el Código de Aguas y el Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas que permiten a la Dirección General de Aguas (DGA) resguardar el interés público y ambiental de las aguas, limitando su ejercicio y estableciendo requisitos para su ejercicio. Luego, abordaremos la limitación del derecho de aprovechamiento de aguas a partir de la normativa sectorial ambiental, y cómo a partir de los distintos instrumentos de gestión ambiental, y particularmente el sistema de evaluación de impacto ambiental⁷, se pueden imponer obligaciones a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que limiten o modifiquen la manera en que hacen uso de esta facultad. Ello se analizará de manera práctica con procesos de evaluación específicos. Finalmente, se revisará un caso en virtud del que la jurisprudencia (en especial de los tribunales ambientales) ha permitido limitar el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas por consideraciones ambientales, en particular, la existencia de impactos ambientales no previstos en proyectos ambientalmente aprobados. De esta manera, pretendemos realizar una revisión integrada de las distintas normativas vigentes que pueden limitar el derecho de aprovechamiento de aguas de titulares en el desarrollo y ejecución de proyectos.

17.2. Legislación de aguas y resguardo del interés ambiental: limitaciones al ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas

En la presente sección, se analizarán las herramientas contempladas en el Código de Aguas y en el Reglamento sobre Normas de Exploración y

7 En este sentido, no es poco común que durante la evaluación de un proyecto se impongan nuevas obligaciones a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, distintas a las contenidas en la resolución de otorgamiento y de las que emanan de la naturaleza misma del derecho, tales como la imposición de caudales ecológicos y/o obligaciones de monitoreo, entre otras.

Explotación de Aguas Subterráneas para limitar el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas constituidos. Por lo anterior, es importante tener presente que no se analizarán los instrumentos existentes para limitar o denegar la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, como son la declaración de áreas de restricción (artículo 65 del Código de Aguas) o la declaración de zonas de prohibición para nuevas explotaciones (artículo 63 del Código de Aguas), entre otros⁸.

A) Limitaciones por afectación a la sustentabilidad del acuífero

El artículo 62 del Código de Aguas dispone:

“Si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios afectare la sustentabilidad del acuífero u ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, mediante resolución fundada.

Esta medida quedará sin efecto cuando los solicitantes reconsideren su petición o cuando a juicio de dicha Dirección hubieren cesado las causas que la originaron”.

Este artículo otorga la posibilidad de que la DGA pueda reducir, de manera temporal y a prorrata de todos los usuarios, el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas. Para ello, se debe constatar que el ejercicio de un derecho de aprovechamiento i) afecta la sustentabilidad del acuífero, y/o ii) perjudica a otros titulares de derechos⁹. Asimismo, la

8 Para un estudio de otros mecanismos y el panorama de atribuciones de la DGA previo a la dictación del Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas que permiten a la Dirección General de Aguas, ver SPOERER, Katia (2016), *Nueva mirada al derecho de aprovechamiento de aguas en Chile, a la luz de los principios del derecho medio ambiental*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Repositorio Universidad de Chile. Disponible en: <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137742/Nueva-mirada-al-derecho-de-aprovechamiento-de-aguas-en-Chile.pdf?sequence=1>>.

9 De acuerdo al artículo 29 del Decreto N° 203 de fecha 20 de mayo de 2013, que aprueba el Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas: “Para efectos de establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, conforme lo dispuesto en el artículo 62 del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas considerará que la explotación de aguas subterráneas por

DGA puede decretarlo de oficio o en virtud de la solicitud de uno o más afectados.

Es importante destacar que la actual redacción de este artículo es producto de las modificaciones introducidas al Código de Aguas en virtud de la Ley N° 21.064, que entró en vigencia el 27 de enero de 2018. En efecto, anteriormente, esta facultad únicamente se podía ejercer en la medida que se ocasionare perjuicios a otros titulares de derechos (nótese que la actual redacción también permite ejercerla si se afecta la sustentabilidad del acuífero¹⁰) y en la medida que uno o más afectados lo solicitaran (ahora es posible que la DGA ejerza esta facultad de oficio). Así, la reducción temporal en el ejercicio de derechos de aguas puede darse por temas de carácter ambiental, ampliando el ámbito de aplicación de esta norma para resguardar un determinado acuífero.

Destacamos la importancia que también la DGA pueda de oficio solicitarlo ya que, tal como destacara Gonzalo ARÉVALO respecto de la anterior redacción de este artículo:

“[...] esta medida no tiene una gran aplicación práctica, por cuando de solicitarse por los afectados y decretarse por la autoridad, ello supondrá que todos los usuarios de un determinado sector acuífero deberán reducir en un porcentaje que en algunos casos puede ser importante el ejercicio de sus derechos. Dicho de otra forma, a los usuarios de un determinado acuífero pueden no

algunos usuarios ocasiona perjuicio a otros titulares de derechos, en los siguientes casos:

a) Cuando se demuestre que la explotación de derechos de aguas subterráneas en un Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común impide la extracción de al menos un 15% del caudal instantáneo constituido, considerando para ello el indicado en los títulos de los derechos de aprovechamiento de aguas.

b) Cuando se demuestre que dos o más extracciones de aguas subterráneas producen interferencia de tal magnitud que afecten directamente a dos o más derechos de aprovechamiento de aguas, generando con ello una disminución de su capacidad de extracción en relación al caudal instantáneo señalado en sus títulos, en una proporción igual o superior al 15%.

c) Cuando se compruebe que la explotación está produciendo contaminación o una alteración significativa de la calidad de las aguas del Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común o de una parte de éste”.

- 10 De acuerdo a la historia de la Ley N° 21.064, fue el Director General de Aguas de la época don Carlos Estévez Valencia quien, en sesión de fecha 11 de octubre de 2016, sugirió incorporar la causal de afectación de la sustentabilidad del acuífero.

convenirles que se decreta esta medida, y por ello no la solicitan. Prueba de ello es que esta medida no ha sido decretada nunca”¹¹.

Asimismo, será interesante observar futuras declaraciones de reducción temporal sobre la base de “afectación a la sustentabilidad del acuífero” por cuanto es una hipótesis de afectación de reciente aplicación y dado que no se encuentra regulado en el Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas (como sí lo está el perjuicio a otros titulares de derechos), ni en el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos de la DGA, ni tampoco consta en la historia de la Ley N° 21.064 el sentido y alcance de este concepto¹².

B) Limitación a derechos de aprovechamiento de aguas provisionales.

El artículo 34 del Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas dispone:

“La Dirección General de Aguas limitará prudencialmente los derechos de aprovechamiento constituidos provisionalmente en caso de constatar alguna de las siguientes causales:

- a) Descenso sostenido de los niveles del Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común o parte de él.
- b) Que la explotación del derecho de aprovechamiento constituido como provisional haya afectado la conservación y protección de otros componentes de los sistemas hidrológicos que dependen de las aguas del Sector Hidrogeológicos de Aprovechamiento Común, tales como vegas, bofedales, salares, sitios Ramsar, etcétera.

Por otra parte, dejará sin efecto los derechos de aprovechamiento constituidos provisionalmente, en caso de constatar la afección a derechos de

11 ARÉVALO, Gonzalo (2011), “Reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento”, en VERGARA, Alejandro (coord.), *Código de Aguas comentado* (Santiago: Abeledo Perrot), p. 240.

12 Sin embargo, es práctica de la DGA establecer en informes técnicos emanados del Departamento de Administración de Recursos Hídricos los criterios de sustentabilidad para evaluar la explotación máxima de un determinado acuífero. A modo de referencia, Informe Técnico S.D.T. N° 259, de febrero de 2008, sobre Evaluación de la Explotación Máxima Sustentable del Acuífero del Yali.

aprovechamiento definitivos ya constituidos en el Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común”.

Como primera consideración, los derechos de aprovechamiento de aguas provisionales (artículos 66 y 67 del Código de Aguas) son aquellos que se constituyen en aquellas zonas declaradas de restricción (artículo 65 del Código de Aguas). Luego, una vez constituidos, la DGA puede limitarlos si se constatan los efectos e impactos señalados en dicha norma.

Es relevante destacar que no se menciona la duración o tiempo que la limitación puede durar, a qué se refiere en concreto dicha afectación ni el procedimiento para declararlos (estimamos que debiera aplicarse supletoriamente la Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado). Con todo, consideramos interesante esta herramienta como un instrumento de gestión para el resguardo de determinados acuíferos, en especial, en atención al principio de unidad de corriente (artículo 3° del Código de Aguas).

C) Caudal ecológico como mecanismo para preservar la naturaleza y la protección al medio ambiente

El artículo 129 bis 1 del Código de Aguas dispone:

“Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial. Un reglamento, que deberá llevar la firma de los Ministros del Medio Ambiente y Obras Públicas, determinará los criterios en virtud de los cuales se establecerá el caudal ecológico mínimo. El caudal ecológico mínimo no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial. En casos calificados, y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, fijar caudales ecológicos mínimos diferentes, sin atenerse a la limitación establecida en el inciso anterior, no pudiendo afectar derechos de aprovechamiento existentes. El caudal ecológico que se fije en virtud de lo dispuesto en el presente inciso, no podrá ser superior al cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial”.

Aun cuando era una práctica de la DGA constituir derechos de aprovechamiento de aguas fijando caudales ecológicos, este concepto fue recién introducido al Código de Aguas en virtud de las modificaciones incorporadas en virtud de la Ley N° 20.017 del año 2005. Es un instrumento que busca preservar la naturaleza y dar protección al medio ambiente, constituyendo una herramienta que puede limitar el ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas “ya que si al ejercer un derecho de aprovechamiento se debe dejar pasar el caudal ecológico aguas abajo de su punto de captación, y la fuente no trae agua suficiente para extraer todo el caudal otorgado, y además para dejar pasar el mínimo ecológico fijado, el titular del derecho debe reducir su extracción para dejar ese mínimo en el cauce”¹³. Así, entonces, “en el ejercicio de su respectivo derecho deberá siempre observar que, una vez extraídas las aguas que le corresponden, se mantenga en el cauce aquel caudal mínimo establecido, de manera que si en algún momento ello no ocurre, deberá abstener de ejercerlo”¹⁴”.

El caudal ecológico puede ser definido como “aquella cantidad de agua mínima de agua que debe tener una determinada fuente natural para mantener y conservar adecuadamente todo el ecosistema que existe y se desarrolla a su alrededor”¹⁵ o “el agua mínima necesaria para preservar los valores ecológicos en el cauce de ríos u otros cauces de aguas superficiales”¹⁶. La regulación para la determinación de ese mínimo caudal que debe existir en cauces naturales se encuentra tanto en el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas, la Resolución N° 240 de la DGA de fecha 10 de diciembre de 2009, que fija Criterios para el Cálculo del Caudal Ecológico al Constituirse Derechos de Aprovechamiento de Aguas, así como en el Reglamento para la Determinación del Caudal Ecológico Mínimo, aprobado en virtud del Decreto N° 14 del Ministerio del Medio Ambiente de fecha 22 de mayo de 2012 y modificado en virtud del Decreto N° 71 del Ministerio del Medio Ambiente de fecha 15 de enero de 2015. Asimismo, existe una

13 BOETTIGER, Camila (2013), “Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos”, en *Actas de Derecho de Aguas*, N° 3, pp. 2-3.

14 RIVERA, Daniela (2011), “Establecimiento de un caudal ecológico mínimo”, en VERGARA, Alejandro (coord.), *Código de Aguas comentado* (Santiago: Abeledo Perrot), p. 546.

15 RIVERA, Daniela (2011), pp. 545 y 546.

16 BOETTIGER, Camila (2013), p. 2.

regulación sectorial por parte del Servicio de Evaluación Ambiental (que regula el “caudal ambiental”), lo que será analizado más adelante en este trabajo. Todo lo anterior hace que esta institución sea altamente compleja, coexistiendo distintas visiones y acercamientos para la determinación de este caudal.

Lo anterior no es la única problemática de esta institución. Si bien el caudal ecológico únicamente puede ser fijado para los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyan posterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.017 (2005), es una práctica habitual que la DGA lo establezca para derechos de aprovechamiento de aguas que, habiéndose constituido con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, soliciten el traslado de su punto de captación y/o restitución (para el caso de derechos de aprovechamiento no consuntivos).

Por último, estimamos que, dada la entrada en vigencia de la Ley N° 21.064 (la que contempla, entre otros, instrumentos de fiscalización de extracción de caudales mediante la implementación de sistema de medición de caudales y el aumento en la imposición de multas), la DGA podrá velar de mejor y más efectiva manera que se respete este caudal ecológico.

D) Declaración de zonas de escasez por situación de sequía extraordinaria

El artículo 314 del Código de Aguas dispone:

“El Presidente de la República, a petición o con informe de la Dirección General de Aguas, podrá, en épocas de extraordinaria sequía, declarar zonas de escasez por períodos máximos de seis meses, no prorrogables.

La Dirección General de Aguas calificará, previamente, mediante resolución, las épocas de sequía que revistan el carácter de extraordinarias.

Declarada la zona de escasez, y no habiendo acuerdo de los usuarios para redistribuir las aguas, la Dirección General de Aguas podrá hacerlo respecto de las disponibles en las fuentes naturales, para reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. Podrá, para ello, suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez.

Una vez declarada la zona de escasez y por el mismo período señalado en el inciso primero de este artículo, la Dirección General de Aguas podrá autorizar

extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. También podrá otorgar cualquiera de las autorizaciones señaladas en el Título I del Libro Segundo de este Código.

Para los efectos señalados en los incisos anteriores, y lo dispuesto en el artículo siguiente, la Dirección General de Aguas adoptará las medidas sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo de este Código.

Los decretos supremos y las resoluciones de la Dirección General de Aguas que se dicten en virtud de las facultades conferidas en los incisos anteriores, se cumplirán de inmediato, sin perjuicio de la posterior toma de razón por la Contraloría General de la República.

Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco.

Esta declaración de zona de escasez no será aplicable a las aguas acumuladas en embalses particulares”.

De la norma transcrita se concluye que dicha declaración contempla varios efectos simultáneos que limitan los derechos de aprovechamiento de aguas, pero solo por un período de tiempo de hasta seis meses. Primero, que los titulares de derechos de aguas deben ponerse de acuerdo en cómo utilizarlas (lógicamente este acuerdo no podrá consistir en seguir aprovechando el recurso de acuerdo a los títulos otorgados, debiendo hacerse cargo de la situación de escasez) y que, si eso no se logra, será la DGA quien deba hacerlo. Luego, que dicha redistribución debe buscar paliar o mitigar los efectos de la sequía, por lo que cualquier redistribución que no busca dicha finalidad puede ser impugnada. Seguidamente, la autoridad puede suspender las facultades de las Juntas de Vigilancias y suprimir los seccionamientos “de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez”. Los titulares podrán siempre requerir las indemnizaciones que correspondan en la medida “que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes”. Finalmente, las resoluciones de la DGA entran en vigencia de inmediato (sin esperar la autorización de legalidad de la Contraloría General de la República).

Es relevante destacar que mediante Resolución N° 1.674 de la DGA, de fecha 12 de junio de 2012, se establecieron nuevos criterios para calificar

épocas de extraordinaria sequía. Es interesante analizar dicha regulación por cuanto considera factores como el cambio climático, la diversidad climática del país (agrupando distintas regiones y aplicándoles índices de sequías a cada grupo) y distinguiendo si dicho índice debe aplicarse para aguas superficiales o subterráneas. Así se tiene un instrumento uniforme acorde a cada realidad.

Por último, de acuerdo a la página web de la DGA, al 25 de septiembre de 2018 existen seis decretos de escasez vigentes¹⁷. A su vez, desde enero de 2008 hasta el 1 de febrero de 2018, se han dictado noventa decretos de escasez hídrica, los que han incluido comunas y provincias de las Regiones de Atacama, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins, Maule, Biobío, Los Lagos y Aysén.

17.3. Limitaciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Sin bien el Código de Aguas regula preferentemente todo lo concerniente con la constitución y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, esto no excluye que otros cuerpos normativos tengan una incidencia relevante en su ejercicio, al punto de poder establecer limitaciones adicionales a aquellas consagradas en el Código de Aguas.

17 Los decretos que declaran zonas de escasez son los siguientes:

1. Decreto MOP N° 89, de fecha 3 de mayo de 2018, respecto de las comunas de La Higuera, La Serena, Coquimbo, Paihuano, Vicuña, Río Hurtado, Monte Patria, Ovalle, Punitaqui, Combarbalá, Canela, Illapel, Los Vilos y Salamanca.
2. Decreto MOP N° 95, de fecha 5 de junio de 2018, respecto de la provincia de Curicó y a las comunas de Curepto, Constitución, Maule, Pelarco, Río Claro, Longaví, Parral, Retiro, San Javier, Villa Alegre, Yervas Buenas, Chanco y Pelluhue.
3. Decreto MOP N° 112, de fecha 5 de julio de 2018, respecto de la comuna de Tiltil.
4. Decreto MOP N° 114, de fecha 6 de julio de 2018, respecto de las comunas de Petorca, Cabildo, La Ligua, Zapallar y Papudo.
5. Decreto MOP N° 125, de fecha 14 de agosto de 2018, respecto de la comuna de Colina.
6. Decreto MOP N° 126, de fecha 29 de agosto de 2018, respecto de las provincias de Los Andes, San Felipe, Quillota y Marga-Marga.

A continuación, analizaremos el tratamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) establecido en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300). Luego, haremos un análisis específico respecto del tratamiento que se da a los derechos de aprovechamiento de aguas en los procesos de evaluación ambiental de proyectos mineros e hidroeléctricos.

A) Derechos de aprovechamiento de aguas en el SEIA

a. Introducción general al SEIA

La Ley N° 19.300 establece que los proyectos o actividades señalados en su artículo 10 deben someterse al SEIA previo a su ejecución con el objetivo de “identificar, predecir y evaluar de manera previa un impacto ambiental y adoptar las medidas o exigencias que sean necesarias para que esa actividad o proyecto no solo se ajuste a Derecho, sino, además, mitigue, repare o compense apropiadamente sus efectos en base a un procedimiento reglado e integrado para ello”¹⁸. El referido artículo 10 es complementado por el artículo 3° del Reglamento del SEIA¹⁹, que establece umbrales específicos para determinar cuándo se configuran cada una de las causas o tipologías de proyectos o actividades sujetos a evaluación ambiental. Para los efectos de este trabajo destacamos que entre dichas tipologías se cuentan acueductos, embalses, centrales generadoras de energía mayores a tres megawatt, proyectos mineros, proyectos sanitarios, entre otros, todos intensivos en el uso de agua.

En cuanto a la vía para someter al SEIA un proyecto o actividad del artículo 10 de la Ley N° 19.300, existen dos instrumentos posibles: una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). La DIA es la vía de evaluación más común en el SEIA, siendo necesario presentar un EIA, que es un instrumento más exigente en cuanto a su contenido y alcance, cuando el proyecto o actividad genera alguno de los efectos, características o circunstancias descritos en el artículo 11 de la Ley

18 CARRASCO, Edesio (2018), *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Análisis y resolución de casos prácticos* (Santiago: DER Ediciones), p. 7.

19 Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Nº 19.300. Una de las causales de EIA más relevantes en el contexto de este trabajo es la contenida en la letra b) de artículo 11 de la Ley Nº 19.300 referente a generar “efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire”.

En cuanto al proceso de evaluación, este es conducido por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), y en él participan –bajo el principio de coordinación, también llamado de ventanilla única– todos los organismos del Estado con competencia ambiental (OECA), entre los que se encuentra la DGA. Luego de un proceso de evaluación técnica, que puede incluir instancias de participación ciudadana, la DIA o el EIA son sometidos a votación por una Comisión de Evaluación Ambiental, la que finalmente dicta la resolución de calificación ambiental (RCA), que puede pronunciarse favorable o desfavorablemente respecto del proyecto.

b. Descripción de proyectos sometidos al SEIA

La Ley Nº 19.300, en sus artículos 12 y 12 bis y, con mayor detalle, el Reglamento del SEIA en sus artículos 18 y 19, regulan los contenidos mínimos que debe tener una DIA o un EIA que se somete al SEIA. En caso de que el proponente no cumpla con desarrollar dichos contenidos mínimos, la DIA o el EIA podrían no ser admitidos a trámite o rechazados anticipadamente.

Entre los contenidos mínimos antes anunciados destacan para este trabajo los siguientes:

- Descripción de insumos del proyecto, entre ellos, sus fuentes de suministro de agua.
- Descripción de Línea de Base Hidrogeológica.
- Descripción de área de influencia de los distintos componentes (flora, fauna, suelo, agua) asociado proyecto.

c. Efecto significativo adverso al recurso renovable agua como causal de EIA

Como adelantáramos, los proyectos o actividades del artículo 10 de la Ley Nº 19.300 que generen alguno de los efectos, características y circunstancias del artículo 11 del mismo cuerpo legal, deberán someterse al SEIA por la vía más exigente de un EIA.

Entre las causales de EIA, el artículo 11 letra b) de la Ley N° 19.300 establece la de generar “efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire”. Esta causal de EIA se complementa por el artículo 6° del Reglamento del SEIA.

El conocimiento y análisis específico de esta causal para cada proyecto que se somete al SEIA, es importante tanto para aquellos que se evalúan a través de una DIA como de un EIA. Los primeros, a fin de demostrar que el instrumento de evaluación escogido es el adecuado, deberán incorporar en la DIA un capítulo donde justifiquen la no configuración de esta causal, cuya suficiencia será analizada por los OECA durante el proceso de evaluación.

Por su parte, los proyectos que se sometan al SEIA a través de un EIA no solo deberán explicitar las razones por las cuales se produce un efecto adverso significativo sobre la cantidad y calidad del recurso natural renovable agua, sino que además deben proponer las medidas de mitigación, reparación y/o de compensación para hacerse cargo del efecto producido.

d. Medidas de mitigación, reparación y/o de compensación

Como se señaló precedentemente, uno de los objetivos del SEIA es que los proyectos o actividades susceptibles de generar un efecto significativo adverso en el medio ambiente puedan identificarlo previo a la ejecución del proyecto, y en el contexto de la evaluación del EIA su titular pueda proponer las medidas de mitigación, reparación y/o de compensación para hacerse cargo del mismo. La idoneidad y suficiencia de dicha medida será analizada por los OECA durante el proceso de evaluación y, de ser aprobada, quedará consignada en la RCA, conjuntamente con un plan de seguimiento, para su posterior exigibilidad y fiscalización.

e. Impactos ambientales no previstos

La modificación de la Ley N° 19.300 del año 2010²⁰ incorporó el actual artículo 25 quinquies, que establece un mecanismo de revisión excepcional de la RCA, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas

20 Ley N° 20.417.

las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

En virtud de este mecanismo, se podrían establecer limitaciones y/o restricciones adicionales al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas con los que cuenta el titular de un proyecto para su desarrollo si se llegase a determinar que dicho ejercicio está ocasionando algún efecto ambiental que no fue previsto al momento de aprobar el proyecto.

B) Derechos de aprovechamiento de aguas y evaluación ambiental de proyectos hidroeléctricos

En relación con los proyectos de generación hidroeléctricos, estos deben someterse al SEIA cuando superan los tres MW (artículo 10 letra c), cuando contemplan acueductos de más de dos metros cúbicos o embalses de capacidad superior a 50.000 metros cúbicos o cuyo muro supere los cinco metros de altura (artículo 10 letra a) y/o cuando se ubican al interior de áreas colocadas bajo protección oficial (artículo 10 letra p)²¹.

De la revisión de los proyectos hidroeléctricos, tanto de embalse como de pasada, que se han sometido en los últimos años al SEIA, se constata que la gran mayoría, previo a iniciar el proceso de evaluación, ya cuentan con derechos de aprovechamiento de aguas debidamente constituidos y vigentes, los que son declarados en el capítulo de descripción de proyecto de la DIA o EIA, adjuntándose, comúnmente, sus títulos de dominio en el set de documentos legales.

Asimismo, se verifica que para los casos de proyectos hidroeléctricos que se someten a través de una DIA, que el proyecto se base en el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas otorgados por la DGA es un argumento comúnmente utilizado por los proponentes para justificar que este no generará un efecto significativo adverso en el recurso renovable agua. Esto tiene lógica, atendido el mandato que tiene la DGA conforme al artículo 141 del Código de Aguas, de solo constituir nuevos derechos cuando la solicitud sea legalmente procedente, exista disponibilidad del recurso y no se afecten derechos de terceros. En otras palabras, se entiende

21 Todos artículos de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

que el hecho de que la DGA haya otorgado el derecho de aprovechamiento de aguas genera una “presunción” de que su ejercicio es compatible con otros usos y actividades en el cauce.

Ahora bien, sin perjuicio de ese primer filtro, es un hecho que, al momento de resolver una solicitud de un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas, la DGA no cuenta con mayores antecedentes del proyecto específico que se ejecutará para el uso de esas aguas y de cómo este puede afectar otras variables socio-ambientales presentes en el territorio. El análisis que hace la DGA en esa etapa versa prioritariamente sobre disponibilidad hídrica, no sobre compatibilidad socio-ambiental.

En virtud de lo anterior, cuando un proyecto hidroeléctrico se somete al SEIA, el proceso de evaluación incluye un análisis y una revisión de los temas asociados a los recursos hídricos, el que no se restringe a constatar la existencia de derechos de aprovechamiento de aguas. Uno de los ejemplos más claros de lo señalado se presenta con la determinación del llamado “caudal ambiental” que debe respetar la central en su operación.

Si bien el contenido, oportunidad y alcance del “caudal ambiental” ha generado controversias, el SEA lo presenta como un instrumento distinto del “caudal ecológico” que, como señalamos precedentemente, fija la DGA al constituir un derecho de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 129 bis 1 del Código de Aguas. Así lo ha señalado expresamente la Dirección Ejecutiva de SEA a través del documento denominado “Guía Metodológica para la determinación del caudal ambiental para centrales hidroeléctricas en el SEIA” dictada el 2016²² (“Guía Caudal Ambiental”), que en su capítulo 1.3. señala:

“En el contexto del SEIA, la adopción del término ‘caudal ambiental’ tiene por objeto diferenciarlo del ‘caudal ecológico mínimo’ al que se refiere el Código de Aguas. Tal como se indicó anteriormente, en el SEIA el compromiso de respetar el caudal ambiental puede corresponder a una medida de mitigación establecida para hacerse cargo de un impacto adverso significativo de un proyecto, que incorpora una visión integral del sistema fluvial, o bien, a un compromiso ambiental voluntario. Por su parte, el caudal ecológico mínimo es establecido por la Dirección General de Aguas (DGA) al otorgar derechos de aprovechamiento de aguas, considerando principalmente criterios hidrológicos”.

22 Resolución Exenta N° 773/2016 de la Dirección Ejecutiva del SEA.

La misma Guía de Caudal Ambiental lo define a partir de la Declaración de Brisbane realizada en el año 2007 como:

“[L]os caudales ambientales son los flujos de agua, el momento de su aplicación y la calidad de las aguas precisos para mantener los ecosistemas de agua dulce y de los estuarios, así como los medios de subsistencia y bienestar de las personas que dependen del ecosistema”²³.

Dicho lo anterior, en lo que respecta a este trabajo, es importante destacar que aun cuando el caudal ambiental no está establecido en el Código de Aguas, opera como una limitación concreta al ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas que acceden a proyectos de generación que deben someterse al SEIA. Dicha limitación toma la forma de compromiso ambiental voluntario asumido por el proponente de una DIA o como medida de mitigación para proyectos sometidos al SEIA a través de un EIA.

Según se grafica en el siguiente cuadro, el caudal ambiental ha derivado en la imposición de respetar un caudal mínimo en el cauce a derechos de aprovechamiento de aguas que por su fecha de constitución (anteriores al año 2005) no tenían asociado un caudal ecológico o han aumentado el referido caudal ecológico por consideraciones ecosistémicas.

PROYECTO	VÍA EVALUACIÓN	RCA	CAUDAL AMBIENTAL
Captación Adicional Cheto para Minicentral de Pasada Dongo	DIA	RCA N° 183/2018	SÍ
Ampliación Minicentral Hidroeléctrica Las Flores	DIA	RCA N° 60/2017	SÍ
Minicentral Hidroeléctrica La Compañía	DIA	RCA N° 2/2018	Se indica que el Proyecto no modificará ninguna de las características indicadas en la “Guía Metodológica para determinar el Caudal Ambiental para Centrales Hidroeléctricas en el SEIA (SEA 2016)”, a saber: régimen hidrológico, sedimentológico o geomorfológico.

23 Declaratoria sobre los aspectos clave y agenda de acción global para proteger los ríos a nivel mundial. Disponible en: <<http://www.eflownet.org/viewinfo.cfm?linkcategoryid=4&linkid=64&siteid=1&FuseAction=display>>.

PROYECTO	VÍA EVALUACIÓN	RCA	CAUDAL AMBIENTAL
Central Hidroeléctrica del Río Chaica	EIA	RCA N° 56/2018	El caudal ambiental a implementarse será el establecido en los derechos de agua, ya que este satisface con amplio margen las preferencias de hábitat de las especies objetivo. El establecimiento del régimen de caudal ambiental y su prevalencia es la principal medida de mitigación durante la operación de la central.
Central Hidroeléctrica Frontera	EIA	RCA N° 71/2016	SÍ

En virtud de lo anterior, se ratifica que en el contexto del SEIA es común que se establezcan limitaciones al ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas obtenidos sectorialmente para el desarrollo de proyectos hidroeléctricos a través del llamado caudal ambiental, que es distinto y en muchos casos, más exigente que el caudal ecológico consagrado en el Código de Aguas.

C) Derechos de aprovechamiento de aguas y evaluación ambiental de proyectos mineros

Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 letra i) de la Ley N° 19.300, deben someterse al SEIA los proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda. Los umbrales específicos para cada tipo de desarrollo minero se encuentran establecidos en el artículo 3° letra i) del Reglamento del SEIA (p. ej.: proyecto de extracción o beneficio de uno o más yacimientos mineros y cuya capacidad de extracción del mineral es superior a 5.000 toneladas mensuales). Otra causal potencialmente aplicable a los proyectos de desarrollo minero es la relativa a su ubicación al interior de áreas colocadas bajo protección oficial (artículo 10 letra p).

Similar a lo descrito para los proyectos hidroeléctricos, toda DIA o EIA de un proyecto de desarrollo minero que se presenta a evaluación ambiental deberá contener una descripción de las fuentes de aguas que se tiene proyectado utilizar durante las distintas etapas del proyecto, una línea de

base hidrogeológica, una descripción del área de influencia del componente agua y un balance de aguas del proceso productivo.

En cuanto a la descripción de las fuentes de agua a utilizar en el proyecto, es interesante analizar las opciones que presenta el proponente y la evolución que estas han tenido en el tiempo. Así, lo habitual es distinguir si las aguas a utilizar en el proceso son subterráneas y/o superficiales. A esta distinción dada por la naturaleza de las aguas, se suman distinciones legales relativas al título jurídico con que cuenta el titular del proyecto para el aprovechamiento de las mismas. El proponente puede declarar ser titular de un derecho de aprovechamiento de aguas constituido por acto de autoridad (p. ej.: DGA); invocar su calidad de concesionario minero para aprovechar las aguas del minero a que se refieren el artículo 56 del Código de Aguas y el artículo 110 del Código de Minería; señalar que cuenta con un contrato de suministro de agua, etc.

A las fuentes y títulos antes mencionados, se ha sumado —con fuerza durante los últimos años— la declaración que hacen los proponentes de desarrollos mineros de que el agua necesaria para sus faenas provendrá en todo o parte de plantas desaladoras. Este tipo de suministro de agua fue por muchos años de uso restringido, dada la disponibilidad de otras fuentes de agua más cercanas al proyecto minero y al alto costo de los proyectos de desalación, en especial, en lo referente a la impulsión de agua desde zonas costeras hasta las faenas mineras.

De a poco dicha realidad ha ido cambiando, principalmente por la creciente falta de disponibilidad de aguas subterráneas y superficiales continentales, lo que ha llevado a la DGA en gran parte de los distritos mineros a declarar zonas de escasez o áreas de restricción o de prohibición. Este se combina con el conflicto socio-ambiental que muchas comunidades experimentan en el proceso de ir gradualmente destinando aguas tradicionalmente utilizadas para otras actividades (p. ej.: agricultura) a la minería, siendo un caso emblemático lo ocurrido en el valle de Copiapó.

Estos factores, combinados con el perfeccionamiento de las tecnologías de desalinización y la baja en los costos de la energía, hacen que los proponentes de proyectos mineros cada vez con más frecuencia presenten agua desalada dentro de las fuentes de suministro de su proyecto. A este fenómeno, se suma la creciente aparición de la figura de los suministradores de aguas, empresas que desarrollan plantas desaladoras para proveer de agua a varias industrias ubicadas en un sector geográfico común, haciendo

asequible esta alternativa de suministro a proyectos mineros de pequeña y media escala.

Ejemplos de proyectos mineros sometidos recientemente al SEIA que han identificado suministros de agua provenientes de plantas desaladoras son: Desarrollo Minero Centinela, Minerales Primarios Minera Spence, Orcoma, Proyecto Minero Arbiado, Proyecto Desarrollo Minero Mantoverde, etc.

Asimismo, si el proyecto se somete a través de una DIA, su proponente deberá justificar que no se generará un efecto significativo adverso al recurso renovable agua. En caso de que el proyecto se someta al SEIA a través de un EIA por generarse tal efecto, este deberá ser descrito de manera tal que permita conocer su entidad y alcance, y establecer una medida de mitigación, reparación y/o compensación idónea.

En este último punto es cada vez más habitual que, con el objeto de mitigar un efecto significativo en el recurso renovable agua, el titular ofrezca y/o se le impongan durante el proceso de evaluación medidas asociadas a la recirculación del agua dentro del proceso, como reducir nuevas extracciones, acciones de infiltración a las napas subterráneas para la recarga del acuífero y/o migrar hacia tecnologías menos demandantes de agua (filtrado), y hasta comprometer devoluciones de agua hacia otros usos (agricultura). Ello en la práctica representa una limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas por consideraciones socio-ambientales.

17.4. Otras limitaciones al ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas por consideraciones ambientales: medidas urgentes y transitorias

Habiendo establecido que las limitaciones al ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas pueden venir tanto de la regulación sectorial (Código de Aguas) como del resultado de una evaluación de impacto ambiental, es importante destacar que también a los tribunales de justicia y a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) les ha tocado jugar un rol en la limitación en el ejercicio de este recurso desde el punto de vista ambiental²⁴.

24 Un caso respecto de la labor de los tribunales ordinarios en esta materia se puede estudiar en BELEMMI, Victoria y LILLO, Diego (2016), “Hacia una interpretación ambiental

Se puede pensar, con justa razón, que pasada la etapa de evaluación ambiental (y sus fases recursivas), la única labor que queda a estas instituciones es la de fiscalizar y sancionar el incumplimiento de las obligaciones que emanan de la RCA de un proyecto, en el caso de la SMA, y la de conocer las reclamaciones en contra del resultado de dichos procedimientos sancionatorios, en el caso de los tribunales ambientales, además de los eventuales casos de daño ambiental que puedan afectar el recurso hídrico.

Sin embargo, la realidad ha demostrado que, además de los supuestos de incumplimiento o de responsabilidad por daño ambiental, existe un instrumento adicional para que la SMA pueda establecer limitaciones al ejercicio de un derecho de aprovechamiento de agua, sin que exista un procedimiento sancionatorio de por medio. Esta forma de intervención ha sido respaldada por los tribunales ambientales, los que han optado por una interpretación de la ley favorable a la protección del medio ambiente, incluso por sobre el ejercicio individual del derecho de propiedad.

La facultad a la que nos referimos está consagrada en el artículo 3° letra h) de la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), el cual señala:

“Artículo 3°.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

[...] h) Suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias, para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de los proyectos o actividades, genere efectos no previstos en la evaluación y como consecuencia de ello se pueda generar un daño inminente y grave para el medio ambiente”.

De la lectura del artículo se desprende claramente que, en caso de verificarse un efecto no previsto en la evaluación, que pueda generar un daño grave e inminente para el medio ambiente y cuya causa sea la ejecución u operación de un proyecto, la SMA estará facultada para adoptar un tipo

de la gestión de aguas en Chile: Comentarios al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol N° 1397-2015”, en FIMA, *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental*, N° 8, pp. 225-250.

especial de medidas que la doctrina y la jurisprudencia han denominado Medidas Urgentes y Transitorias (MUT).

Con todo, cabe advertir que la MUT del artículo 3º letra h) no es la única medida de este tipo contemplada en la LOSMA. También es posible la imposición de una MUT “cuando la ejecución u operación de un proyecto o actividad genere un daño grave e inminente para el medio ambiente, a consecuencia del incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en dichas resoluciones [de calificación ambiental]” (artículo 3º letra g) de la LOSMA). Sin embargo, dado que su fundamento es el incumplimiento de una RCA, este otro tipo de MUT requerirá necesariamente de la existencia de un procedimiento sancionatorio posterior o coetáneo.

Para ejemplificar cómo funcionan las MUT en la práctica, se comentará el caso reciente de Compañía Minera Maricunga con SMA.

- Caso Compañía Minera Maricunga con Superintendencia del Medio Ambiente.

El 17 de marzo de 2016 se conoció el resultado del procedimiento sancionatorio iniciado por la SMA en contra de Compañía Minera Maricunga (CMM) por el desecamiento de 70 hectáreas de humedales del complejo lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, en el marco de la ejecución del proyecto minero Refugio, del cual CMM es titular²⁵.

Dada la magnitud del impacto (la infracción fue calificada como “gravísima”), la sanción impuesta por la SMA consistió en la clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua, ubicados en el corredor biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, lo que en resumidas cuentas implicaba prácticamente el cese de operación del proyecto.

CMM presentó un recurso de reposición en contra de la resolución de sanción de la SMA, lo que impidió que la clausura de los pozos pudiera hacerse efectiva, pues se debía esperar a la resolución del recurso.

25 Los antecedentes asociados a esta causa son parte del expediente de tramitación de la causa Rol N° R-111-2016 del Segundo Tribunal Ambiental. Disponible en: <<http://2ta.lexsoft.cl/2ta/search?proc=4>>.

Por este motivo, la SMA solicitó autorización al Tribunal Ambiental para adoptar una primera MUT consistente en la clausura total del sector pozos. Luego, tras conocer los argumentos de CMM relativos al riesgo ambiental de una clausura definitiva, la SMA pidió autorización para imponer una MUT de clausura parcial de los pozos. Estas dos MUT se materializaron a través de las Resoluciones Exentas N° 391/2016 y N° 443/2016 (las “Resoluciones”).

Ambas Resoluciones fueron reclamadas por CMM ante el Tribunal Ambiental, el cual acumuló ambos procedimientos en el expediente R-111-2016.

Los argumentos de CMM para reclamar en contra de las Resoluciones de la SMA se basaron en un supuesto incumplimiento de los requisitos legales para la adopción de la MUT, la existencia de un vicio de desviación de poder y la desproporcionalidad de las medidas adoptadas. De estos argumentos, únicamente nos enfocaremos en el primero.

De acuerdo con lo señalado por CMM, el incumplimiento de los requisitos legales para la adopción de las MUT se configuraría en base a tres ideas:

- i. Que no existe realmente un riesgo de afectación, pues la SMA habría usado una metodología errada que la habría llevado a sobreestimar la afectación al medio ambiente y el potencial riesgo.
- ii. Existencia de una contradicción entre las Resoluciones, con base en que la segunda MUT permitió una extracción mínima de agua para “prevenir riesgos operacionales y ambientales”.
- iii. Incumplimiento del plazo de duración máxima de las medidas provisionales establecido en el artículo 48 de la LOSMA.

Por fallo de 31 de agosto de 2017, el Segundo Tribunal Ambiental rechazó la reclamación de CMM. Respecto del incumplimiento de los requisitos legales para la adopción de las MUT, la sentencia señala que la SMA cumplió con los requisitos de procedencia de las MUT, pues acreditó razonablemente la existencia de un efecto no previsto, la relación de causalidad entre el efecto y el proyecto, la falta de previsión del efecto en la evaluación ambiental, la gravedad del daño y el riesgo inminente para el medio ambiente de que este daño siga avanzando. Además, no advirtió una contrariedad entre las Resoluciones.

Resulta particularmente importante el reconocimiento que hace el Tribunal Ambiental de las características de las MUT. Al respecto señaló:

“Décimo: Que, respecto de las características más importantes de las MUT, es preciso relevar que: i) éstas pueden ser ordenadas en cualquier momento, ya que no están necesariamente asociadas a un procedimiento sancionatorio; ii) no tienen un límite temporal preestablecido, sin perjuicio que deben tener un hito que marque su término que esté vinculado con la urgencia requerida, por tratarse de medidas esencialmente transitorias; y, iii) por regla general no requieren autorización del Tribunal”²⁶⁻²⁷.

Este considerando ratifica lo que se había establecido anteriormente en relación a que, mientras las medidas provisionales deben ser dictadas en el contexto de un procedimiento sancionatorio para asegurar que el objeto del procedimiento no se vea perjudicado por el paso del tiempo, una MUT es independiente a un procedimiento sancionatorio, pudiendo ser aplicada aun en ausencia de uno.

Esto último resulta especialmente cierto en el caso de la MUT del artículo 3º letra h de la LOSMA, en donde el daño grave e inminente es consecuencia de un efecto no previsto y no de un incumplimiento de medida que pueda derivar en el inicio de un procedimiento sancionatorio.

Sobre el plazo y el procedimiento para su adopción, tal como indica el Tribunal, las MUT no se encuentran sujetas al procedimiento del artículo 48 de la LOSMA, debiendo guiarse únicamente por las normas generales de los procedimientos administrativos y la duración de sus efectos no está limitada por un plazo específico, sino que debe establecerse un hito que determine su término.

Es por este motivo que, al resolver el argumento de CMM respecto a que las MUT impuestas por la SMA habrían excedido el plazo establecido en la LOSMA, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental estableció que no se debe confundir las medidas provisionales del artículo 48 de la

26 En el caso de CMM, tal como señala el considerando undécimo de la sentencia, la MUT sí requería de la autorización del Tribunal Ambiental por cuanto la clausura de los pozos significaba en la práctica una paralización del proyecto.

27 Segundo Tribunal Ambiental, 31 de agosto 2017, Rol N° R-111-2016. “SCM Compañía Minera Maricunga / Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N° 391, de 02 de mayo 2016)”. Considerando 10°.

LOSMA con las MUT. En ese sentido, el considerando vigésimo primero indicó:

“Vigésimo primero. Que, en efecto, las MUT se diferencian de las medidas provisionales en los siguientes aspectos: i) las medidas provisionales son adoptadas para evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, mientras que las MUT tienen por objeto únicamente el resguardo del medio ambiente; ii) para dictar una medida provisional se debe cumplir con una serie de exigencias formales, especificadas tanto en el artículo 48 de la LOSMA como en el artículo 32 de la Ley N° 19.880. Dichas medidas deberán ser propuestas por el fiscal instructor de un caso, en relación a las infracciones del artículo 35 de la LOSMA. Las MUT, en cambio, pueden ser adoptadas cada vez que se genere un daño grave e inminente al medio ambiente, ya sea por el incumplimiento grave de las normas, medidas y condiciones previstas en las resoluciones de calificación ambiental que regulan el proyecto, o por la generación de efectos no previstos en la evaluación; iii) las medidas provisionales pueden ser ordenadas antes o durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionatorio, quedando sin efecto una vez finalizado el mismo. Por su parte, las MUT pueden ser ordenadas en cualquier momento, incluso después de haberse finalizado el procedimiento sancionatorio, como es el caso de autos, o con independencia de la existencia de éste; iv) las medidas provisionales están taxativamente enumeradas en el artículo 48 de la LOSMA, mientras que las MUT, en orden a su contenido pueden ser decretadas discrecionalmente por la SMA; v) finalmente, en cuanto a su duración, las medidas provisionales pueden ser decretadas por un plazo máximo de 30 días corridos, renovables, mientras que las MUT no tienen un plazo expresamente establecido en la ley”²⁸.

Cabe señalar que el criterio del Tribunal Ambiental fue ratificado por la Corte Suprema, en fallo de 9 de octubre de 2018, por medio del cual se rechazaron los recursos de casación interpuestos por SCM²⁹.

Creemos que, por todos estos motivos, la MUT puede transformarse en un importante instrumento de la SMA para limitar el ejercicio de DAA en base a consideraciones ambientales, y es justamente por la prescindencia

28 Segundo Tribunal Ambiental, 31 de agosto 2017, rol N° R-111-2016. “SCM Compañía Minera Maricunga / Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N° 391, de 02 de mayo 2016)”. Considerando 21°.

29 Corte Suprema, 29 de octubre 2018, Rol N° 42004-2017. “Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga con Superintendencia del Medio Ambiente”.

de un procedimiento sancionatorio y/o de un incumplimiento ambiental que la MUT del artículo 3º letra h) resulta tan interesante para el análisis propuesto en este artículo, pues aun cuando el titular de un proyecto haya dado estricto cumplimiento a cada una de las condiciones que le hayan sido impuestas en sede sectorial o de evaluación ambiental, podría ver restringido el ejercicio de su DAA si con ello produce un efecto negativo no previsto sobre el medio ambiente.

17.5. Conclusiones

1. Como conclusión del presente trabajo, constatamos la evolución normativa y práctica que ha experimentado el ámbito del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas durante los últimos años, en especial en lo que se refiera a la posibilidad de que se establezcan limitaciones al mismo por consideraciones socio-ambientales.
2. Asimismo, constatamos que dicha evolución no se restringe al perfeccionamiento de los instrumentos contenidos en la regulación sectorial del agua, representada por el Código de Aguas –y las importantes modificaciones introducidas al mismo por la Ley N° 21.064– y en el Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas, sino que se ha ido ampliando a otras regulaciones y procedimientos, siendo lo más significativo lo que ocurre en el contexto del SEIA. Como se ejemplificó a través del análisis de procesos de evaluación ambiental de proyectos de desarrollo mineros e hidroeléctricos, el SEIA obliga a abordar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas de una manera multidisciplinaria, pudiendo derivarse de dicho análisis limitaciones al ejercicio bajo la forma de compromisos voluntarios, perfeccionamiento de procesos, medidas de mitigación, etc.
3. Por su parte, constatamos que dichas limitaciones también surgen como una respuesta del Estado frente a procesos de fiscalización y sanción, teniendo especial relevancia la jurisprudencia administrativa y/o judicial que pueda generar la SMA y los tribunales ambientales. Sobre este punto, también destacamos la importancia de analizar futuras acciones que la DGA pueda adoptar a la luz de las nuevas atribuciones consagradas en el artículo 62 del Código de Aguas, tendiente a proteger la sustentabilidad de los acuíferos.

4. Finalmente, concluimos que el análisis de este tema y el seguimiento continuo del mismo revisten interés, puesto que están destinados a entender la forma concreta en que los derechos de aprovechamiento de aguas –que son otorgados por la autoridad en un momento determinado– son ejercidos en la práctica en beneficio de actividades productivas. Asimismo, cuáles son los instrumentos y medidas que se están utilizando para lograr un balance entre dichas actividades productivas y otras consideraciones socio-ambientales igualmente relevantes, tendiendo así al objeto declarado de nuestra política ambiental que es alcanzar un “desarrollo sustentable”.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- ARÉVALO, Gonzalo (2011): “Reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento”, en VERGARA, Alejandro (coord.), *Código de Aguas comentado* (Santiago: Abeledo Perrot).
- BELEMMI, Victoria y LILLO, Diego (2016): “Hacia una interpretación ambiental de la gestión de aguas en Chile: Comentarios al fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa rol N°-1397-2015”, en FIMA, *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental*, N° 8.
- BOETTIGER, Camila (2013): “Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos”, en *Actas de Derecho de Aguas*, N° 3, Pontificia Universidad Católica.
- CARRASCO, Edesio (2018): *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: análisis y resolución de casos prácticos* (Santiago: DER Ediciones).
- COSTA, Ezio (2018): “La obligación de proteger la función ambiental del agua para los usuarios de derechos de aprovechamiento de aguas”, en Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (coordinadora), *Actas de la I Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas*.
- RIVERA, Daniela (2011): “Establecimiento de un Caudal Ecológico Mínimo”, en VERGARA, Alejandro (coord.), *Código de Aguas comentado* (Santiago: Abeledo Perrot).
- SPOERER, Katia (2016): *Nueva mirada al derecho de aprovechamiento de aguas en Chile, a la luz de los principios del derecho medio ambiental*.

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Repositorio Universidad de Chile.

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional de Chile, 2 de diciembre 1996, Rol N° 245-1996.

“Requerimiento de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1°, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año”.

Segundo Tribunal Ambiental, 31 de agosto de 2017, Rol N° R-111-2016.

“Compañía Minera Maricunga con Superintendencia del Medio Ambiente (Res. Ex. N° 391, de 2 de mayo 2016)”.

Corte Suprema, 29 de octubre 2018, Rol N° 42004-2017. “Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga con Superintendencia del Medio Ambiente”.