

- Decreto Supremo N° 38, de 22 de julio de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente. Aprueba el Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.
- Decreto Supremo N° 39, de 22 de julio de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente. Aprueba el Reglamento para la Dictación de Planes de Prevención y de Descontaminación.
- Decreto Supremo N° 40, de 12 de agosto de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente. Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Ley N° 18.902, de 27 de enero de 1990. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.
- Ley N° 19.300, de 9 de marzo de 1994. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.417, de 26 de enero de 2010. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Ley N° 21.435, de 6 de abril de 2011. Reforma el Código de Aguas.
- Ley N° 20.998, de 14 de febrero de 2017. Regula los Servicios Sanitarios Rurales.
- Ley N° 21.455, de 13 de junio de 2022. Ley Marco de Cambio Climático.

4. LA PROTECCIÓN DE LOS HUMEDALES EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL: ¿HACIA UN ESTATUTO JURÍDICO INTEGRAL?

FELIPE LEIVA SALAZAR¹
JAVIERA FERNÁNDEZ CARRIZO²

RESUMEN

El presente artículo analiza la protección jurídica de los humedales en la legislación ambiental. Se revisan los principales cuerpos normativos con incidencia directa e indirecta en los humedales, tanto desde la perspectiva institucional (la incorporación de los humedales como áreas protegidas) como de la protección de alguna de sus funciones y servicios ecosistémicos. Se concluye que el ordenamiento jurídico ambiental posee las bases suficientes para poder desarrollar un estatuto integral para la gestión de humedales, sin dejar la eficacia de la protección de estos invaluable ecosistemas entregada simplemente a la voluntad y prioridades institucionales.

4.1. Introducción

La protección de los humedales en Chile ha sido motivo de permanente preocupación por parte de distintos actores públicos y privados interesados

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. LLM en Energy and Environmental Law por Tulane University. Profesor de Derecho Ambiental en la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: fleiva@andradeleiva.cl.

2 Abogada por la Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho Ambiental en la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jfernandezcarrizo@udd.cl.

en la conservación y preservación de estos ecosistemas³. Esta preocupación se ha incrementado en el tiempo producto de la evidente crisis hídrica que se ha instalado en nuestro país agravada, además, por los efectos del cambio climático⁴. De esta forma, se ha instalado con fuerza la necesidad de avanzar con mayor intensidad en la definición de normas que protejan a los humedales de las continuas amenazas generadas por la inevitable presión que conlleva el crecimiento económico del país. En este sentido, los humedales también han sido importantes desde la perspectiva de las políticas públicas.

Al respecto, son hitos relevantes la ratificación de la Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas (Convención Ramsar), que impulsó la protección de aquellos humedales, y la elaboración de diversas estrategias y políticas destinadas a la protección de estos ecosistemas por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) y su antecesora, la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA)⁵.

Desde la perspectiva normativa, si bien es cierto que la regulación expresa de los humedales como objeto de protección ambiental fue por largo tiempo escasa y aislada, a nuestro juicio, desde la dictación de la Ley de Bosque Nativo y el Reglamento Aguas, Suelos y Humedales⁶, se ha ido

3 Conforme lo indica el Plan Nacional de Protección de Humedales 2018-2022 (MMA, 2018), se ha estimado que al año 2018 existirían 4.507.264 hectáreas de humedales, lo que representa cerca del 5,9 % del territorio nacional. Las mayores extensiones de humedales se concentran en las regiones de Magallanes, Aysén y Los Lagos, siendo la región de Magallanes la que concentra cerca del 80 % de la superficie de humedales del país, representados fundamentalmente por turberas.

4 Según Informe País "Estado del Medio Ambiente en Chile", las amenazas que se ciernen sobre los humedales se mencionan la presión por la creciente urbanización y expansión de las ciudades tanto en interior como en el borde costero, la expansión de la agricultura, entre otros. UNIVERSIDAD DE CHILE (2018), p. 240.

5 Específicamente, se han desarrollado los siguientes documentos: "Estrategia Nacional de Biodiversidad", CONAMA (2003), *passim*; Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de Humedales, CONAMA (2005), *passim*; Estrategia Nacional de Biodiversidad, 2017-2030, MMA (2017), *passim*; Plan Nacional de Protección de Humedales 2018-2022, MMA (2018), *passim*.

6 Nos referimos a la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal y el DS N° 82/2011, del Ministerio de Agricultura, Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales.

consolidando, a pasos acelerados, una regulación que incide directa e indirectamente en estos ecosistemas. Reflejo de ello es la entrada en vigencia de la Ley N° 21.202, de humedales urbanos, cuya aplicación ha generado, en un lapso corto, un importante desarrollo regulatorio y jurisprudencial.

El propósito de este trabajo es realizar una revisión crítica de la regulación que incide directa e indirectamente en la protección de los humedales, incluidas las normas recientemente aprobadas del Código de Aguas⁷. Lo anterior, con el objeto de determinar si, con las normas actualmente vigentes, es posible vislumbrar las bases de un estatuto jurídico que permita una adecuada gestión ambiental de los humedales o, por el contrario, si este es aún insuficiente y necesita de correcciones o nuevas regulaciones que permitan consolidar a una protección jurídica integral de estos invaluable ecosistemas.

4.2. El concepto de humedal como base jurídica para su protección ambiental

La definición jurídica de humedal es relevante, por cuanto no solo delimita el objeto de regulación sobre el cual recaen los instrumentos normativos que se dictan para su protección, sino que también permite definir el alcance de las atribuciones y la esfera de la competencia que los organismos del Estado tienen respecto de ellos. En el caso de los humedales, existe además una dificultad adicional que proviene de la existencia de distintos tipos de estos ecosistemas cuyas características van cambiando según su ubicación geográfica, origen de las aguas, permanencia de estas, etc.⁸. En consecuencia, si bien jurídicamente el concepto de "humedal" tiene, como

7 En este sentido, y siguiendo a Bermúdez, el diagnóstico de la legislación sobre humedales implicará no solo aquellos instrumentos normativos de carácter directo, esto es, con una finalidad de protección ambiental inmediato, sino que también aquellos indirectos, es decir, que pasan por el incentivo o desincentivo de una actividad o conducta de los ciudadanos para tal fin. BERMÚDEZ (2014), *passim*.

8 Según el MMA, en el país existen más de veinte tipos de humedales según su ubicación geográfica. En la zona norte, predominan salares, lagunas andinas, vegas y bofedales. En la zona central, predominan humedales en los sistemas de valles transversales, como hábitats de ritrón y potamón. Finalmente, en la zona sur, se multiplican las zonas de mallines, humedales ribereños, palustres, lacustres, estuarios, humedales boscosos, marismas y turberas no arboladas. MMA (2018), *passim*.

veremos a continuación, un contenido definido, el alcance de las normas debiesen considerar también sus singularidades para poder determinar adecuadamente su contenido.

A nivel normativo, los tres cuerpos jurídicos que contienen una definición de humedal propiamente tal son:

- 1) La Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, suscrita en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971, promulgada por el DS N° 771/81, del Ministerio de Relaciones Exteriores (en adelante Convención Ramsar);
- 2) El Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales de la Ley N° 20.283 sobre Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal, contenido en el DS N° 82/2010, del Ministerio de Agricultura (en adelante, Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales), y
- 3) La Ley N° 21.202 de Humedales Urbanos.

El artículo 1 de la Convención Ramsar señala que:

“A los efectos de la presente Convención son humedales las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros”.

Esta definición es recogida también por el artículo 1° de la Ley N° 21.202⁹. Asimismo, el Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales, en su artículo 2° letra l), entiende por humedales aquellos “[e]cosistemas asociados a sustratos saturados de agua en forma temporal o permanente, en los que existe y se desarrolla biota acuática y, han sido declarados Sitios Prioritarios de Conservación, por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, o sitios Ramsar”.

La influencia de la definición contenida en la Convención Ramsar se ha visto reflejada no solo en su remisión por los cuerpos normativos recién citados, sino también en su utilización o referencia para el desarrollo de las estrategias y políticas relacionadas con humedales e incluso en la

jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁰. Sin embargo, la existencia de normas legales para la protección de los humedales donde específicamente se desarrollen criterios de protección, conservación y preservación ambiental ha sido, hasta hace muy poco tiempo, escasa y aislada¹¹. Dicha situación ha sido revertida en parte por la dictación de la Ley N° 21.202 y la reciente reforma al Código de Aguas donde se incorporan normas cuya eficacia aún está por comprobarse.

A nuestro juicio, esta omisión puede explicarse en parte por dos razones. La primera, es la inclusión de la protección ambiental en forma sobrevenida o posterior a la regulación sectorial de los elementos naturales que conforman un humedal, lo cual es una característica propia del derecho ambiental por su origen internacional y posterior incorporación a nivel nacional¹². En este sentido, coincidimos con MONTENEGRO que en esta materia “irrumpe de forma retardada” la preocupación por los humedales, recalando que incluso ellos fueron considerados como “charcos, barriales, cloacas o pantanos”¹³. La segunda, y relacionada con la anterior, es que los humedales como objeto de protección ambiental en realidad forman parte de un sistema natural mayor, esto es, la cuenca hidrográfica¹⁴.

La regulación de las aguas continentales, que son las que forman las corrientes o cuencas, se encuentra, principalmente, en el Código de Aguas y sus reglamentos o leyes especiales. Podría decirse que hay una relación integral, como parte de un todo, entre un “humedal”, entendido como un ecosistema acuático con determinadas características biológicas o físicas, y la cuenca en la que este se sitúa. Es más, de acuerdo al principio de unidad de la corriente o unidad de la cuenca, todas “las aguas que afluyen continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, forman parte de una misma corriente”, estando conformada la cuenca por “todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella [...]”¹⁵. En este sentido,

10 “Sociedad Educacional Winkler Contreras Limitada con Serviu de la Región de Los Lagos” (2018).

11 CORTÉS (2002), pp. 157-168.

12 BERMÚDEZ (2014), pp. 29 y ss.

13 MONTENEGRO (2021), p. 509.

14 UNIVERSIDAD AUSTRAL *et al.* (2020), p. 20.

15 Artículo 3° del Código de Aguas de 1981.

9 La Ley N° 21.202 regula los humedales ubicados total o parcialmente dentro de los límites urbanos.

si bien conceptualmente los humedales forman parte de sistemas fluviales como cuencas o subcuencas hidrográficas, jurídicamente, para definir la posible aplicación de algún instrumento, es necesaria su delimitación geográfica dentro del territorio de la cuenca, con todas las dificultades técnicas que ello conlleva¹⁶.

En consecuencia, como objeto jurídico a proteger un humedal debe, en primer lugar, ser identificado espacialmente dentro de la cuenca. Consecuencialmente, es en este espacio territorial donde debe plantearse como objetivo la mantención del régimen hidrológico que permita sostener su equilibrio ecológico propio, permitiendo al mismo tiempo la utilización o aprovechamiento de las funciones naturales que estos ecosistemas producen y, esencialmente, su conservación y sustentabilidad, cuestión que hasta ahora la legislación de aguas no consideraba especialmente¹⁷.

Teniendo presente las consideraciones recién expuestas, a continuación se analizarán los instrumentos identificados en la legislación de aguas, ambiental y sectorial chilena que potencialmente inciden en los objetivos de protección, conservación y preservación de los humedales.

4.3. Protección de los humedales en la legislación Nacional

A) Normas que permiten la protección de humedales mediante su delimitación geográfica como "área protegida"¹⁸

Como se indicó en el acápite anterior, la delimitación geográfica del humedal es un elemento esencial para poder determinar las reglas de pro-

16 CEA-MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2011), *passim*.

17 De acuerdo al artículo 2° letra b) de la Ley N° 19.300, por conservación del patrimonio ambiental se entiende "el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración".

18 Se ha considerado la definición de "áreas protegidas" establecida en el artículo 8° del DS N° 40/2012, que contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que entiende por áreas protegidas a "cualesquiera porciones de territorio, delimitadas geográficamente y establecidas mediante un acto administrativo de autoridad competente, colocadas bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental".

tección como ecosistemas. Al respecto, la legislación nacional contiene normas que permiten la protección de humedales al ser incluidos dentro de áreas protegidas o mediante su delimitación geográfica específica. Lo anterior, bajo diversos estatutos jurídicos, con diferentes grados de protección y manejo e independiente de la propiedad de los suelos o terrenos donde estos se encuentren (fiscales, bienes nacionales de uso público y privados).

En primer lugar, cabe señalar que la Convención Ramsar establece la posibilidad de los Estados parte de designar como humedales de importancia internacional o "Sitios Ramsar" aquellos humedales que cumplan con ciertos requisitos ecológicos, botánicos, zoológicos, limnológicos o hidrológicos que permitan su declaración como tal, los que pasarán a ser parte de una lista (Lista Ramsar). En nuestro país existen dieciséis Sitios Ramsar, los cuales, en su mayoría, se encuentran asociados a otras áreas protegidas¹⁹.

En este sentido, y sin perjuicio de estar o no en la Lista Ramsar, los humedales ubicados en predios fiscales pueden ser protegidos a través de cualquiera de las categorías de manejo contenidas en las normas que regulan las áreas protegidas del Estado, administradas por la Corporación Nacional Forestal (CONAF)²⁰.

Otra fuente legal utilizada para establecer humedales como áreas protegidas es el artículo 31 de la Ley N° 17.288, que permite la creación de "santuarios de la naturaleza". Esta figura legal permite la protección de humedales ubicados con independencia de su régimen de propiedad e incluso sin contar con la voluntad del propietario, según lo ha dictaminado la Con-

19 Para mayor información, ver en línea: <https://rsis.ramsar.org/es/rsisearch?language=es&f%5B0%5D=regionCountry_es_ss%3AChile&pagetab=1>

20 Las áreas silvestres protegidas del Estado han sido creadas principalmente utilizando como fuente legal: i) la Ley de Bosques, cuyo texto vigente se encuentra contenido en el Decreto Supremo N° 4.363, de 1931, del Ministerio de Tierras y Colonización (Parques Nacionales de Turismo y Reservas Forestales); ii) el DS N° 531/67, que contiene la Ley de Bosques; el DS N° 531/67, que establece como ley de la República la Convención de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América (parques nacionales, reservas nacionales, reservas de regiones vírgenes y monumentos naturales), y iii) el DL N° 1.939/77, Normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (parques nacionales, reservas nacionales, bienes nacionales de uso público con fines de conservación). También se han utilizado las disposiciones del artículo 31 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

traloría General de la República²¹. En el mismo sentido, la Ley N° 21.202 habilita la declaración de humedales urbanos como áreas protegidas mediante un proceso iniciado por el MMA o las municipalidades²².

Finalmente, la protección de los humedales bajo su establecimiento como área protegida también puede darse mediante su declaración como "sitios prioritarios de conservación" (SPC)²³ o a través de su incorporación en los planes reguladores dentro del concepto de "áreas de valor natural" o "áreas de preservación ecológica"²⁴.

B) La protección de humedales en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)

Como instrumento de gestión ambiental, el SEIA es una herramienta a través de la cual los proyectos de inversión susceptibles de causar impacto ambiental son calificados ambientalmente mediante una resolución emitida por la Comisión del artículo 86 de la Ley N° 19.300, que certifica el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, otorga los permisos ambientales sectoriales y establece la adopción de medidas que se hagan cargo del impacto²⁵.

En lo que refiere a los humedales, es posible encontrar normas relacionadas en las letras a), p) y s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300, donde se definen tipologías de ingreso al SEIA vinculadas directamente con proyectos que afecten o involucren humedales, todos ellos debidamente

21 Jurisprudencia contenida en los Dictámenes N°s. 26190/12, 2811/2015, 77790/2011 y 77856/16.

22 La Ley N° 21.202 es reglamentada por el DS N° 15/2020, del Ministerio del Medio Ambiente. Además, en 2022, el MMA emitió la "Guía para la delimitación y caracterización de humedales urbanos en Chile". MMA (2020), *passim*. También es relevante indicar que actualmente se discute en el Congreso, en primer trámite constitucional, el proyecto de ley que dicta normas para dar protección a los humedales rurales (Boletín N° 14.987-12).

23 Ver Dictamen N° 48.164/2016, de la Contraloría General de la República.

24 Ver Dictamen N° 39.766/2020, de la Contraloría General de la República.

25 En el caso de la presentación de un estudio de impacto ambiental (EIA), se deben adoptar medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos del artículo 11 de la Ley N° 19.300. En el caso de las declaraciones de impacto ambiental (DIA), la ley exige el cumplimiento de la normativa ambiental mediante la adopción de medidas adecuadas para dicho cumplimiento.

complementados por el artículo 3° del Reglamento del SEIA, contenido en el DS N° 40/2012, del MMA, publicado en el *Diario Oficial* de 12 de agosto de 2013²⁶.

Por otra parte, en caso que el titular de un proyecto presente un EIA, deberá analizar la concurrencia de los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Al respecto, resultan directamente aplicables a la afectación de humedales las letras b) y d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, complementados por los artículos 6° y 8° del Reglamento del SEIA. La concurrencia de algunos de los impactos significativos en humedales genera la obligación para el titular del proyecto de presentar medidas de mitigación, reparación y compensación respectivas como parte de los requisitos para obtener una resolución de calificación ambiental favorable (RCA).

Según la Ley N° 19.300, corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) "la administración" del SEIA, así como la "coordinación" de los organismos de Estado involucrados en el mismo, para los efectos de obtener la RCA²⁷. Asimismo, según la letra d) del artículo 81 de la Ley N° 19.300, para el cumplimiento de lo anterior, el SEA está facultado específicamente para desarrollar guías trámites sobre las diversas materias

26 En este sentido, la letra a) del artículo 10 de la Ley N° 19.300, complementado por el artículo 3° del Reglamento del SEIA, dispone que deberán someterse al SEIA: "a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas. Presas, drenajes, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas, incluyendo a los glaciares que se encuentren incorporados como tales en un Inventario Público a cargo de la Dirección General de Aguas". A su vez, las letras p) y s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 establecen que deben ingresar al SEIA:

"p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas, humedales urbanos o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita.

"s) Ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, y que impliquen su relleno, drenaje, secado, extracción de caudales o de áridos, la alteración de la barra terminal, de la vegetación azonal hídrica y ripariana, la extracción de la cubierta vegetal de turberas o el deterioro, menoscabo, transformación o invasión de la flora y la fauna contenida dentro del humedal, indistintamente de su superficie".

27 Ver letra a) del artículo 81 de la Ley N° 19.300.

relacionadas, sin perjuicio de las facultades del director ejecutivo de dictar los instructivos que estime convenientes para la correcta administración del Servicio²⁸.

C) *La protección de humedales a través de otros instrumentos de gestión ambiental (IGA) de la Ley N° 19.300*

La Ley N° 19.300 contempla diversos IGA con el objeto de alcanzar la protección del medio ambiente. En este sentido, al tratarse de instrumentos normativos de carácter general, su establecimiento también puede incidir en la protección de los humedales o alguno de sus atributos, funciones o valores. Para efectos de este trabajo, se abordarán los siguientes IGA: a) evaluación ambiental estratégica (EAE); b) normas de calidad ambiental (NCA); c) normas de emisión (NE); d) zona latente (ZL); e) zona saturada (ZS); f) planes de prevención (PP); g) planes de descontaminación (PD), y h) planes de manejo.

a. Evaluación ambiental estratégica

La EAE es definida como “el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales”²⁹. Su regulación está contenida en los artículos 7° bis y 7° ter de la Ley N° 19.300 y en el DS N° 32/2015 que aprueba el Reglamento para la EAE³⁰. La EAE ha sido concebida como un instrumento destinado a dar coherencia entre los instrumentos de protección ambiental y constituye una

28 En materia de humedales, destaca el Ordinario N° 2021991021009, de 25 de noviembre de 2021: “Imparte instrucciones en relación a requerimientos asociados al seguimiento ambiental de las resoluciones de calificación ambiental”, donde el SEA recoge la tendencia jurisprudencial sobre la materia. Además, está pendiente la dictación de la Guía sobre la evaluación ambiental de proyectos o actividades susceptibles de generar impacto ambiental en humedales urbanos, según lo ordena el artículo 22 del DS N° 15/2020 que contiene el Reglamento de la Ley N° 21.202.

29 Artículo 2° letra i bis) del DS N° 32/2015.

30 Publicado en el *Diario Oficial* el 4 de noviembre de 2015.

manifestación del principio precautorio en que se incorporan “elementos de protección ambiental a las políticas y planes de carácter normativo ambiental”³¹. Dicha incorporación contribuiría a la disminución, por ejemplo, de los conflictos ambientales derivados de la aplicación concreta de los instrumentos evaluados³².

En Chile, la EAE está vigente desde el año 2010, y aplica al desarrollo de políticas, planes e instrumentos de gestión ambiental establecidos en la ley³³, siendo obligatoria para “los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones de borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen”³⁴. A la fecha existen 51 instrumentos con resolución de término de la EAE. De ellas, tres corresponden a políticas³⁵; uno a macrozonificación del borde costero³⁶; tres a planes regionales intercomunales³⁷; cuarenta a planes reguladores comunales, y cuatro a planes seccionales³⁸.

Según la regulación, la EAE es de responsabilidad del organismo del Estado sectorial u órgano responsable de dictar la respectiva política, plan o instrumento de planificación territorial, siendo el rol de Ministerio del Medio Ambiente (MMA) “colaborar con los Ministerios sectoriales en la formulación de los criterios ambientales que deben ser incorporados en la elaboración de sus planes y políticas, evaluaciones ambientales estratégicas y procesos de planificación, así como en la de sus servicios depen-

31 BERMÚDEZ (2014), pp. 196 y 197.

32 Coincidimos con Bermúdez en que la planificación coordinada que proporciona al EAE “deriva de la insuficiencia que, por sí sola, suponen los sistemas de evaluación de impacto ambiental, los cuales, la mayor parte de las veces, no consideran su evaluación en su evaluación alternativas de lugar o de proceso, ni abordan el carácter dinámico de las interacciones entre medio ambiente y desarrollo”. BERMÚDEZ (2014), p. 195.

33 Artículo 2° del DS N° 32/2015.

34 Artículo 7° bis inciso 2° de la Ley N° 19.300 de 1994.

35 Política energética de Chile al 2050, Política energética para la región de Aysén al 2050 y Política Nacional de Ordenamiento Territorial.

36 Macro ZBC O'Higgins de las comunas de Litueche, Navidad, Paredones y Pichilemu.

37 PRI Choapa, PRI Tinguiririca; PRI Chillán-Chillán Viejo.

38 Para mayor detalle, ver en línea: <<https://eae.mma.gob.cl/>>.

dientes y relacionados”³⁹. En el ejercicio de estas facultades, el MMA ha desarrollado las siguientes guías:

- Guía de Orientación para el uso de la Evaluación Ambiental Estratégica en Chile (2015) (Guía EAE), y
- Guía de orientación para incorporar la dimensión ambiental en procesos de ordenamiento territorial sustentable (2015) (Guía OTS).

En relación con los humedales, la Guía EAE constituye una “herramienta de apoyo con orientaciones conceptuales y metodológicas para la aplicación de la EAE en los diversos instrumentos”, existiendo solo una referencia, utilizada a modo de ejemplo, a la “Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de los Humedales”⁴⁰. Por su parte, la Guía OTS tiene por objetivo “establecer orientaciones para la incorporación de la dimensión ambiental en los procesos asociados al ordenamiento territorial con la finalidad de asegurar intervenciones bajo el marco del desarrollo sustentable”⁴¹. Específicamente, considera los “humedales y zonas riparianas” como parte de “subtemas” que deben ser considerados dentro de un proceso de ordenamiento territorial sustentable, dentro del tema “Biodiversidad y los Servicios Ecosistémicos”⁴².

b. Otros instrumentos de gestión ambiental

Respecto de las normas de calidad (NC) e IGA relacionados (ZL, ZS, PP, PD y NE), estos han sido concebidos como herramientas tendientes a regular la calidad de un determinado componente del medio ambiente (aire, agua y suelo) en relación con la presencia en ellos de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población (NC primaria) o pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza (NC secundaria)⁴³. En la medida que las NC establecen estándares de con-

39 Según la letra e) del artículo 81 de la Ley N° 19.300.

40 Ver MMA (2015a), p. 39.

41 Ver MMA (2015b), p. 10.

42 Ver MMA (2015), p. 27.

43 Ver letras n) y ñ) del artículo 2° de la Ley N° 19.300 de 1994.

centración de los elementos regulados, la declaración de una ZL o ZS dependerá de si dicha concentración se ubica entre el 80 % y 100 % de la NC, en cuyo caso se debe declarar ZL o derechamente la supera, debiéndose declararse ZS. Las declaraciones anteriores conllevan la obligación de los respectivos PP y PD, los que pueden contener diversas medidas para lograr el objetivo de calidad ambiental establecido en la norma⁴⁴.

Por su parte, las NE establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante, medida en el efluente de la fuente emisora, y no están necesariamente asociadas a PP y PD, pudiendo dictarse con independencia de su existencia⁴⁵.

Los IGA antes citados se relacionan con los humedales, por cuanto uno de los componentes regulados corresponde a la calidad de las aguas o la presencia de contaminantes en ellas. En materia de NC, existen tanto NC primarias como NC secundarias. Por su parte, actualmente está en elaboración el PD por clorofila “A”, transparencia y fósforo disuelto para la cuenca del lago Villarrica⁴⁶.

Por su parte, en materia de NE, existe regulación respecto de los contaminantes que se descargan tanto en aguas marinas y superficiales continentales, subterráneas y al alcantarillado, lo que indirectamente puede incidir en los humedales⁴⁷.

c. Situación especial del plan de manejo (PM) del artículo 42 de la Ley N° 19.300

El artículo 42 de la Ley N° 19.300 dispone expresamente:

“El Ministerio del Medio Ambiente conjuntamente con el organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, cuando corresponda, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación.

44 Ver artículo 45 de la Ley N° 19.300 de 1994.

45 Ver artículo 40 de la Ley N° 19.300 de 1994.

46 Actualmente, este PD está en proceso de consulta pública. Para mayores detalles, ver en línea: <https://planesynormas.mma.gob.cl/normas/expediente/index.php?tipo=busqueda&id_expediente=934134>.

47 Ver en línea: <<https://snifa.sma.gob.cl/Instrumento/Tipo/2/>>.

Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales:

- a) Mantención de caudales de aguas y conservación de suelos;
- b) Mantención del valor paisajístico, y
- c) Protección de especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo establecido en otros cuerpos legales, sobre planes de manejo de recursos naturales renovables, y no se aplicará a aquellos proyectos o actividades respecto de los cuales se hubiere aprobado un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental”.

Este IGA es considerado como un “instrumento de planificación”, esto es, que tiene “relación directa con la forma es que puede ser utilizado un recurso ambiental, obteniendo su mejor rendimiento y asegurando su uso sustentable”⁴⁸. Al respecto, cabe indicar que el artículo 41 de la Ley N° 19.300 declara que:

“El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37”⁴⁹.

Tal como lo indica el artículo citado, el PM permite que en un área determinada se requiera a las actividades que hagan uso de recursos naturales la presentación de un plan específico que contenga, a lo menos, las consideraciones ambientales señaladas en el artículo 42. Dicho PM puede ser requerido por el MMA en conjunto con el “organismo público encargado por ley” de regular el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Se excluirían de esta obligación los proyectos que cuenten con RCA aprobada en el SEIA⁵⁰. Cabe destacar que, a diferencia de otros IGA, la ley no remite la ejecución de este instrumento a un reglamento, quedando expresamente en acta que esto no sería necesario, porque las leyes sectoriales ya lo contemplarían⁵¹.

48 BERMÚDEZ (2014), p. 252.

49 La letra r) del artículo 2° de la Ley N° 19.300 entiende por recursos naturales “los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos”.

50 Según Bermúdez, esta “exención tiene toda lógica, toda vez que se entiende que, cuando corresponda, la RCA favorable incorpora las consideraciones de explotación sustentable de los recursos naturales renovables”.

51 DOUGNAC (2000), p. 391.

Según la ley, el MMA tiene competencia conjunta con otros organismos sectoriales para exigir el PM en un determinado territorio. A la fecha, no se ha establecido ningún PM en los términos señalados por el artículo 42 de la Ley N° 19.300⁵².

D) Protección de humedales en el Código de Aguas

El Código de Aguas no define el término “humedal”; no obstante, a través de la Ley N° 21.435, que modifica el Código de Aguas, se introdujeron importantes modificaciones que tienen por objeto la protección de estos, así como el régimen hidrológico que soporta su estructura y funciones. Asimismo, se reconoce en el texto legal la función de preservación ecosistémica de las aguas. Pese a ello, se debe precisar que las normas del citado Código han sido aplicables a los humedales incluso antes de la reforma, debido a que la existencia de estos está condicionada por las entradas y salidas de agua y forman parte de una cuenca hidrográfica⁵³. Por lo tanto, reiteramos, la legislación de aguas se encuentra ineludiblemente vinculada con los humedales.

En este acápite, hemos agrupado las medidas o instrumentos que se contienen en el Código de Aguas, mediante las cuales se busca proteger directamente los humedales, sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos que indirectamente pueden influir en la protección de estos.

a. Limitaciones al otorgamiento de Derechos de Aprovechamiento de Agua por parte de la DGA

En lo que se refiere a los humedales, el Código de Aguas prohibió el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) en las áreas declaradas bajo protección oficial para la protección de la biodiversidad.

52 Al respecto, resulta relevante considerar el Dictamen N° 007812N20, de la Contraloría General de la República, que confirma la obligación del Ministerio del Medio Ambiente de “intervenir en aquellos casos en que los respectivos proyectos o actividades impliquen el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y no se encuentren en la obligación de someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, a través de la exigencia de los mencionados planes de manejo”. En el mismo sentido, ver Oficio Ordinario N° 221556, de 28 de abril de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente, respecto del Plan de Trabajo de Formaciones Xerofíticas.

53 UNIVERSIDAD AUSTRAL *et al.* (2020), p. 22.

sidad, como los parques nacionales, reserva nacional, reserva de regiones vírgenes, monumento natural, santuario de la naturaleza, los humedales de importancia internacional y aquellas zonas contempladas en los artículos 58 y 63⁵⁴, que refieren a humedales que presentan ciertas características y ubicación geográfica específica, según se explicará más adelante. Excepcionalmente, la DGA podrá otorgar nuevos DAA sobre dichas áreas, cuando estos tengan por finalidad el desarrollo de actividades compatibles con los fines de conservación de las áreas o sitios referidos, lo que deberá ser acreditado por el MMA. Además, en el caso que en ellas existan actividades turísticas, la DGA podrá constituir DAA en favor de la Corporación Nacional Forestal (CONAF) con la finalidad de que esta última haga uso de ellos en el área protegida⁵⁵.

Respecto a los DAA otorgados en dichas áreas con anterioridad a la reforma al Código de Aguas, "sólo podrán ejercerse en la medida que ello sea compatible con la actividad y fines de conservación de éstas"⁵⁶.

b. Prohibición de explorar y explotar zonas de acuíferos que alimenten determinados humedales

La exploración de las aguas subterráneas comprende todas aquellas labores geofísicas de prospección y/o perforación del subsuelo encaminadas a la detección de aguas subterráneas⁵⁷. Hasta antes de la reforma al Código de Aguas, el artículo 58 prohibía la ejecución de dichas labores en las zonas que alimentaban áreas de vegas y bofedales, ubicados en las regiones de Tarapacá y de Antofagasta⁵⁸, salvo autorización fundada de la DGA.

Con la reforma al Código de Aguas, el ámbito de aplicación de dicha prohibición se extendió a las regiones de Atacama y Coquimbo, incluyendo como objeto de protección no solo a las vegas y bofedales, sino que tam-

54 Artículo 129 bis 2 inciso 3° del Código de Aguas.

55 Artículo 129 bis 2 inciso 5° del Código de Aguas.

56 Artículo 129 bis 2 inciso 4° del Código de Aguas.

57 Artículo 9° del Decreto N° 203/2013 del MOP que aprueba el Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas.

58 Sin perjuicio de que el Decreto N° 203/2013 del MOP incorporó la región de Arica y Parinacota.

bién a los pajonales. Asimismo, se prohibió la exploración de aguas subterráneas en las zonas que comprendan sectores de acuíferos que alimenten humedales declarados por el MMA como sistemas amenazados, degradados o sitios prioritarios, "en la medida que esa declaración, en coordinación con la Dirección General de Aguas, contenga entre sus fundamentos que la estructura y el funcionamiento de dicho humedal está dado por los recursos hídricos subterráneos que lo soportan".

A su vez, el artículo 63 del Código de Aguas limita, sin necesidad de una declaración previa por parte de la DGA, mayores extracciones que las autorizadas, así como nuevas explotaciones de aguas subterráneas que alimentan las zonas antes descritas, agregando, para este caso, a los humedales urbanos declarados como tal en virtud de la Ley N° 21.202, en la medida que dicha declaración también contenga entre sus fundamentos que su estructura y funcionamiento están dados por los recursos hídricos subterráneos que lo soportan.

c. Caudal ecológico mínimo (CEM)

El caudal ecológico se ha conceptualizado como "un instrumento de gestión ambiental que se materializa en fijar una cantidad mínima de agua que debe fluir en una determinada fuente superficial, que busca mantener o asegurar la supervivencia de un ecosistema acuático"⁵⁹. Este caudal mínimo constituye, en la práctica, una restricción al ejercicio del DAA, ya que debe mantenerse en la fuente una cantidad de agua mínima, debiendo el titular reducir su extracción autorizada si la fuente no trae caudal suficiente para el CEM y la dotación completa del DAA.

En relación con los humedales, la reforma al Código de Aguas habilita a la DGA para establecer un CEM respecto de aquellos DAA existentes en humedales de importancia internacional (Ramsar), así como también en áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad, parques nacionales, reservas nacionales, reservas de región virgen, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza y en los sitios prioritarios de primera prioridad⁶⁰.

59 BOETTIGER (2013), p. 2.

60 Artículo 129 bis 1 del Código de Aguas.

d. Reservas de caudal

El presidente de la República tiene la potestad para decretar la denegación parcial de solicitudes de DAA en la forma dispuesta en el artículo 147 bis, cuando sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población y no existan otros medios para obtener agua, o bien ante solicitudes de DAA no consuntivos y por circunstancias excepcionales y de interés nacional.

Este instrumento podría ser utilizado para proteger caudales de agua para que estén disponibles para la mantención de flujos dentro de un humedal, si se logra configurar la causal de “circunstancias excepcionales y de interés nacional”, la cual debe ser justificada por la autoridad. Las características excepcionales y funciones ambientales que provee una determinada fuente podrían ser invocadas como una circunstancia excepcional y de interés nacional para la aplicación del artículo 147 bis del Código de Aguas.

Ahora bien, la Ley N° 21.435 dispuso que el presidente de la República podrá decretar la reserva del caudal en virtud de la función de preservación ecosistémica de las aguas⁶¹.

e. Prohibición de construir sistemas de drenajes

De acuerdo con el artículo 47 del Código de Aguas, un sistema de drenajes se conforma por “todos los cauces naturales o artificiales que sean colectores de aguas que se extraigan con el objeto de recuperar terrenos que se inundan periódicamente, desecar terrenos pantanosos o vegosos y deprimir niveles freáticos cercanos a la superficie”. La reforma al Código de Aguas introdujo la prohibición de construir sistemas de drenajes en zonas de turberas ubicadas en la macrozona austral de nuestro país, además de la provincia de Chiloé. La relevancia de aquello radica en que, al drenar las turberas se liberan importantes cantidades de dióxido de carbono (CO₂), por lo que su restauración es fundamental, entre otras cosas, para mitigar los efectos del cambio climático⁶². Lo anterior, en concordancia

61 El artículo 5° ter del Código de Aguas señala que: “Para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 bis”.

62 Ficha informativa N° 8: “Mantener las turberas húmedas para un futuro mejor”, de la Secretaría de la Convención Ramsar.

con las acciones comprometidas por Chile en la actualización de su Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés), correspondiente al periodo 2020⁶³.

El artículo 47 del Código de Aguas, en su inciso 2°, establece que, para configurar esta prohibición, deben concurrir los siguientes supuestos: i) la existencia de turberas identificadas por el MMA en el Inventario Nacional de Humedales, y ii) que estas se encuentren ubicadas en la provincia de Chiloé o en las regiones de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo o de Magallanes y de la Antártica Chilena. Además, la norma dispone que la DGA “de limitará el área en la cual se entenderán prohibidos los sistemas de drenaje”.

Ahora bien, esta prohibición no es absoluta, toda vez que se autoriza de manera excepcional la ejecución de proyectos de conectividad vial en fajas acotadas, con el trazado menos invasivo para dichas zonas y con obras que permitan el flujo de aguas que asegure la mantención de los sistemas ecológicos, los que deberán contar con su respectiva resolución de calificación ambiental favorable⁶⁴.

E) Ley N° 20.283, sobre recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (LBN) y DS N° 82/2010, del Ministerio de Agricultura, que aprueba el Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales (DS N° 82/2010)

La LBN, vigente desde el año 2008, establece normas que tienen como objetivos “la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques

63 De acuerdo con el NDC: i) al 2025, se habrán identificado las áreas de turberas, así como otros tipos de humedales, a través de un inventario nacional, y ii) al 2030, se habrán desarrollado métricas estandarizadas para la evaluación de la capacidad de adaptación o mitigación al cambio climático de humedales, especialmente turberas, implementando acciones para potenciar estos cobeneficios, en cinco sitios pilotos en áreas protegidas públicas o privadas del país.

64 En específico, en el Informe de la Comisión Mixta de la Historia de la Ley N° 21.435, que reforma el Código de Aguas, don Carlos Estévez, asesor de la senadora Muñoz indicó: “Precisó que esta reforma al Código de Aguas se ocupa, específicamente, del drenaje, prohibiendo absolutamente que se sequen las zonas de turberas, previéndose una excepción, que agregó el Senado, para los caminos públicos que cuenten con una resolución de calificación ambiental. Si en el futuro, producto de los avances tecnológicos, hubiera otros métodos de intervención, que no requirieran drenaje, ello será materia de una evaluación de impacto ambiental, lo que se está abordando en otra iniciativa legal”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2022), p. 1884.

nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad ambiental y la política ambiental”⁶⁵. Para ello dispone de una serie de regulaciones tendientes a regular la protección ambiental de los bosques y la conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo y formaciones xerófitas. En relación con los humedales, los incisos 2° y 3° del artículo 17 de la LBN mandatan la dictación de un reglamento para la protección de suelos, cuerpos y cursos naturales de agua considerando criterios específicos⁶⁶. Además, le encarga al Reglamento la determinación de la “normativa para la protección de los humedales declarados Sitios Prioritarios de Conservación, por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, o sitios Ramsar”.

Dicho Reglamento, contenido en el DS N° 82/2019, establece disposiciones específicas para la protección de los humedales, consistentes en prohibiciones, tales como la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de su vegetación hidrófila, la corta o intervención de bosques dentro de una faja de diez metros medidos en proyección horizontal a partir de los límites del área protegida, su utilización como vía de tránsito, etc.⁶⁷. La competencia sobre esta regulación recae en la Corporación Nacional Forestal (CONAF).

4.4. Análisis crítico sobre la suficiencia de la legislación ambiental para la gestión ambiental de los humedales

Según BERMÚDEZ, la gestión ambiental “debe entenderse como un conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental”⁶⁸. En este sentido, y en concordancia con PÉREZ, la gestión ambiental considera “dos aspectos íntimamente vinculados: la gestión ambien-

65 Artículo 1° de la Ley de Bosque Nativo de 2008.

66 El inciso 2° señala: “El Reglamento normará la protección de suelos, cuerpos y cursos naturales de agua, teniendo, a lo menos, los siguientes criterios centrales: la pendiente, la pluviometría, la fragilidad y erodabilidad de los suelos; el nivel de saturación de los mismos y la flotación de los equipos de maderero. En el caso de protección de los cursos naturales de agua considerará además el tamaño de la cuenca, el caudal y su temporalidad”.

67 Ver Ordinario N° 94/2011, de la CONAF.

68 BERMÚDEZ (2014), p. 192.

tal privada y la gestión ambiental pública”, siendo esta última entendida como una actividad del Estado, “sin duda, una de las más importantes”⁶⁹.

A continuación, se analizará la suficiencia de la legislación ambiental para una debida gestión ambiental pública de los humedales considerando los aspectos, que, a nuestro juicio, constituyen elementos esenciales para su protección integral: i) institucionalidad, ii) instrumentos de protección directa como áreas protegidas y iii) normas que permitan regular atributos específicos de los humedales⁷⁰.

A) *La institucionalidad como fuente de políticas y normas para la protección de los humedales*

Una gestión ambiental integral requiere de una institucionalidad adecuada que promueva de forma sistemática las políticas, normas e instrumentos necesarios para cumplir con la finalidad de protección propuesta. Con la dictación de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, la institucionalidad ambiental transitó desde un esquema coordinador a uno centralizado, donde se pueden distinguir claramente, en cada uno de los órganos creados, las funciones normativa, ejecutora y fiscalizadora de la regulación ambiental⁷¹. Aspecto relevante para esta coordinación es el rol otorgado al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (CMS), cuyos acuerdos son obligatorios para todos los organismos de la Administración del Estado al cual estén dirigidos⁷². En este sentido, entre las atribuciones del CMS que inciden en la gestión de humedales destacan la de proponer al presidente de la República las “políticas para el manejo, uso y aprovechamiento sustentables de los recursos naturales renovables” y la de proponer la “creación de áreas protegidas del Estado”⁷³. En materia de áreas protegidas y biodiversidad, aún está pendiente la creación del Ser-

69 PÉREZ (2000), p. 45.

70 Otro elemento importante para una adecuada gestión ambiental es la fiscalización y sanción de las normas, aspecto que no será abordado en este trabajo, pero que, a nuestro juicio, está suficientemente comprendido por las normas de la SMA y las facultades de fiscalización de la DGA.

71 BOETTIGER (2010) p. 441.

72 Ver artículo 73 de la Ley N° 19.300 de 1994.

73 Letras a) y c) de la Ley N° 19.300 de 1994.

vicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP), cuyo proyecto de ley aún se discute en el Congreso Nacional⁷⁴.

En este sentido, y pese a la ausencia del SBAP, a nuestro juicio, las atribuciones de carácter general otorgadas por la Ley N° 19.300 serían suficientes para que el MMA desarrolle políticas y normas de protección⁷⁵. Lo anterior, sumado al ejercicio de la atribución del CMS para desarrollar acuerdos de carácter obligatorio para el resto de los órganos del Estado con competencia sectorial en humedales (por ejemplo: CONAF y DGA), nos permite afirmar que la institucionalidad actual dispone de las herramientas jurídicas necesarias para impulsar la protección de los humedales en forma coherente e integrada, mediante el impulso de políticas y normas que los consideren como objeto específico de protección, como lo ha venido haciendo hasta ahora.

En este escenario, el rol de la institucionalidad ambiental en la formulación de criterios ambientales y de sustentabilidad es de una relevancia mayor, no solo por el obvio cumplimiento de su mandato legal en relación con la elaboración de las políticas y normas ambientales del país, sino que por la competencia técnica y manejo de la información ambiental del país. Lo anterior genera un doble desafío: a) asumir y desarrollar sus capacidades técnicas con información científica sólida y suficiente para desarrollar los criterios ambientales y de sustentabilidad, y b) incidir directamente en los ministerios sectoriales de manera tal que estos incorporen dichos criterios y variables en forma real y efectiva en los distintos instrumentos de su influencia⁷⁶. La implementación de la Ley N° 21.202 es un ejemplo sobre

74 Ver Boletín N° 9.404-12.

75 Ver artículos 70 letras b), c), f), i) y n) de la Ley N° 19.300 de 1994. Además, el artículo 69 señala que al MMA le corresponde “colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa”.

76 A nuestro juicio, la regulación actual del EAE adolece de dos deficiencias: una regulatoria y otra procedimental. La deficiencia regulatoria dice relación con lo que se ha denominado la “discrecionalidad en el sometimiento” de las políticas públicas sometidas a ella. Esta deficiencia se traduce que en once años de vigencia del EAE solo se cuenta con tres políticas sectoriales sometidas a ella. La segunda deficiencia dice relación con el hecho de estar su procedimiento supeditado al impulso que el órgano responsable le otorgue, lo que conlleva un riesgo alto de demora. Lo anterior es especialmente rele-

cómo es posible desarrollar, en poco tiempo, un completo estatuto de protección que involucre humedales a lo largo del país⁷⁷.

Además de todo lo expuesto anteriormente, debe constatarse la reciente dictación de la Ley N° 21.455 sobre cambio climático, que establece la elaboración de “planes estratégicos de recursos hídricos en cuencas” y “planes sectoriales de adaptación” sobre biodiversidad y recursos hídricos, los cuales serán pilares relevantes para enfrentar los desafíos que presenta el cambio climático en estos ecosistemas⁷⁸.

B) Declaración de los humedales como áreas protegidas

Una de las formas jurídicas más directas para la protección de los humedales es su declaración en alguna categoría de área protegida. En este sentido, según CEA, en la literatura especializada, coincide en que “la primera etapa de cualquier sistema sólido de gestión debe estar fundamentalmente centrada en el reconocimiento espacial de estos recursos y sus características claves que permitan establecer en algún grado su condición ambiental y, bajo este precepto es que se reconoce la importancia y esencial tarea del desarrollo de una etapa inicial de catastro de los humedales del país”⁷⁹. En este contexto, como se revisó en el acápite 4.3 A), los humedales pueden ser colocados bajo protección oficial, siendo parte de alguna categoría del SNASPE, siendo declarados humedales Ramsar, formando parte de sitios prioritarios de conservación, como santuarios de la naturaleza, humedales urbanos e incluso como parte de áreas de valor natural de los planes reguladores.

De esta manera, es posible indicar que los humedales pueden ser protegidos, sean que estén en zonas rurales o urbanas, estén ubicados en propiedad privada o no, incluso contra la voluntad de los dueños del predio donde están ubicados. Los niveles de protección son distintos dependiendo del área: con mayor o menor intensidad, desde parques nacionales, donde se prohíbe la explotación de sus riquezas con fines comerciales y existe, en

vante si se considera que la EAE es obligatoria para los instrumentos de planificación territorial, cuyo procedimiento de dictación es conocidamente lento.

77 Ver en línea: <<https://humedaleschile.mma.gob.cl/humedales-urbanos/>>.

78 Ver artículos 9° y 13 de la Ley N° 21.455 de 2022.

79 CEA-MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2012), p. 14.

general, el cuidado y administración de CONAF, hasta los humedales declarados sitios prioritarios de conservación o ubicados en áreas de valor natural de los planes reguladores, cuya protección depende del cumplimiento de normas específicas difícilmente fiscalizables. Sin embargo, todas las declaraciones implican, a lo menos, la necesidad de evaluar ambientalmente los proyectos que se ejecuten dentro de estas áreas o incluso los puedan afectar como en el caso de la aplicación de la letra s) del artículo 10 de la Ley N° 19.300.

En conclusión, a nuestro juicio, el ordenamiento jurídico proporciona instrumentos suficientes para definir a los humedales como áreas protegidas bajo diversos niveles de protección jurídica, en zonas urbanas o rurales y en predios de propiedad pública o privada. Al respecto, cabe indicar que este diagnóstico no implica una opinión sobre la eficiencia y eficacia de las declaratorias en relación con su protección, materia que no es parte de este análisis.

C) *Protección de funciones y servicios ecosistémicos de los humedales*⁸⁰

La protección de las funciones y servicios ambientales de los humedales no depende enteramente de su delimitación como área protegida, sino que también de los elementos que los constituyen como tal, especialmente las cuencas hidrográficas donde ellos se encuentran. La afectación de estos ecosistemas producto de la ejecución de distintas actividades productivas ubicadas en su misma cuenca requiere que el ordenamiento jurídico disponga de instrumentos que se hagan cargo de estos efectos y permitan el establecimiento de restricciones específicas al desarrollo de las actividades que eventualmente puedan afectar su equilibrio, aunque estén ubicadas fuera del área protegida.

En este sentido, a nuestro juicio, la legislación ambiental dispone de normas que permitirían proteger las funciones y servicios ecosistémicos. En primer lugar, se debe destacar la aplicación específica de las reglas del

80 Las funciones y servicios ecosistémicos de los humedales van desde el control de inundaciones, recarga de napas subterráneas, estabilización de costas y protección contra marejadas, retención y exportación de sedimentos y nutrientes, hasta la mitigación del cambio climático, depuración de aguas, recreación y turismo, valor cultural, reservorio de diversidad biológica, entre otros. Ver VIVANCO (2017), p. 3.

SEIA a los proyectos que pudieren impactar ambientalmente los humedales donde la evaluación puede determinar la aplicación de medidas de mitigación, reparación y compensación, en el caso de presentarse un EIA, o medidas generales de protección, en el caso de presentarse una DIA.

Asimismo, las normas de calidad de la Ley N° 19.300 surgen como herramientas relevantes para proteger la calidad del recurso hídrico, pudiendo generar planes de prevención y de descontaminación con el objeto de recuperar los niveles de calidad de las aguas. Otras normas relevantes para mantener la calidad de las aguas y resguardar su contaminación lo son las normas de emisión.

Por otra parte, el Plan de Manejo de la Ley N° 19.300 aparece como un instrumento relevante que, a nuestro juicio, permitiría la regulación directa del recurso hídrico, u otro componente natural de los humedales, como parte del manejo de un área protegida e incluso sin necesidad de dicha declaración, estableciendo medidas específicas para las actividades que involucren el uso de este recurso. La utilización de este instrumento se justifica debido a que tiene "relación directa con la forma en que puede ser utilizado un recurso ambiental, obteniendo su mejor rendimiento y asegurando su uso sustentable"⁸¹.

Al respecto, la Ley N° 19.300 entrega expresamente al MMA la facultad de exigir la "presentación y cumplimiento de planes de manejo" de los recursos que se deseen regular. Específicamente, en lo que se refiere a los humedales, las consideraciones ambientales establecidas en el artículo 42 contienen una base técnica relevante para exigir la adopción de medidas para su protección, por cuanto no solo considera elementos relacionados con la mantención de caudales, sino que también comprende elementos paisajísticos y de protección de especies. De esta manera, el PM se muestra como un IGA que permite establecer medidas específicas en áreas geográficamente determinadas (cuencas), incluso en sectores donde no exista ninguna área colocada bajo protección oficial, por cuanto su objetivo apunta a la conservación de un recurso natural específico, esto es, al uso y aprovechamiento racional de estos. Asimismo, el PM es un IGA cuyo cumplimiento debe ser fiscalizado por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), tal como lo indica expresamente el artículo 64 de la Ley

81 BERMÚDEZ (2014), p. 252.

Nº 19.300, en las letras c) y m) del artículo 2º y en la letra k) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la SMA.

Pese a lo anterior, el PM no ha sido utilizado por la autoridad ambiental. Probablemente, dicha omisión se justifica, debido a que el contenido de la norma adolece de ciertas deficiencias jurídicas que dificultan su aplicación, tales como la falta de determinación de su objeto de protección ambiental, poca claridad respecto de los destinatarios de dicho plan, la insuficiencia del contenido de las “consideraciones ambientales”, etc.⁸². Sin embargo, creemos que estas deficiencias no son óbice para que la autoridad intente su aplicación utilizando las facultades administrativas que la ley provee para ello.

La reciente modificación a la legislación de aguas también dispone de una serie de normas que permiten no solo el establecimiento de limitaciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento, tales como el caudal ecológico regular y calificado, sino que su reciente modificación incorpora expresamente normas de protección que inciden en humedales, destacando las normas ya revisadas sobre sistemas de drenaje, exploración y explotación de aguas subterráneas y el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas en áreas protegidas.

Finalmente, también destaca como norma específica el Reglamento de aguas, suelo y humedales, donde, como consecuencia de la aplicación de la Ley de Bosque Nativo, se establece una serie de restricciones a las actividades que puedan afectar los humedales protegidos por dicho reglamento.

En consecuencia, se debe notar que actualmente existen normas que permiten regular algunos de los aspectos vinculados con la protección de

82 En relación con el PM, es relevante indicar que se tramita en el Congreso el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (Boletín Nº 9.404-12). En el Proyecto de Ley (PL SBAP) despachado en primer trámite por el Senado, se modifica el artículo 42 de la Ley Nº 19.300, entregando al futuro Servicio la exigencia del cumplimiento del PM. Además, se indica que el PM no se aplicará a los “Planes de Manejo de Áreas Protegidas”. A su vez, el PL denomina al PM como “plan de manejo para la conservación” y lo define como el “plan de manejo destinado a preservar, evitar la degradación, restaurar o favorecer el uso sustentable de un ecosistema amenazado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 42 de la ley Nº 19.300”. Sin embargo, el Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Cámara de Diputados modifica el texto relacionando el “Plan de Manejo para la Conservación” con el artículo 31 del PL SBAP y elimina la mención al artículo 42 de la Ley Nº 19.300.

las funciones y servicios ecosistémicos de los humedales, más allá de su mera declaración. Además, un avance destacable en esta materia lo constituye la reciente regulación de los humedales urbanos, mediante la Ley Nº 21.202 y su Reglamento, contenido en el DS Nº 15/2020, del Ministerio del Medio Ambiente, que “establece los criterios mínimos para la sustentabilidad de los humedales urbanos, para el resguardo de sus características ecológicas y su funcionamiento, y la mantención del régimen hidrológico, tanto superficial como subterráneo, integrando las dimensiones sociales, económicas y ambientales”⁸³.

No obstante esta feliz excepción, a nuestro juicio, la legislación ambiental analizada en esta sección carece aún de un criterio conductor que permita impulsar una regulación integral y con criterios uniformes de protección. A lo anterior, se suma el hecho de que la discusión sobre la institucionalidad del agua, su régimen de propiedad y usos, es una materia que, pese a la reciente dictación de la reforma del Código de Aguas, seguirá vigente.

4.5. Conclusiones

Como conclusiones del análisis efectuado, podemos señalar lo siguiente:

- Los humedales han sido objeto de la gestión pública ambiental desde a lo menos el comienzo del siglo XXI, siendo parte importante de las estrategias y políticas del Ministerio del Medio Ambiente. En los últimos años, con la dictación de la Ley Nº 21.202, se ha producido un impulso mayor en la regulación específica de los humedales urbanos, lo que ha implicado un avance en la protección de dichos ecosistemas, dejando de ser, a nuestro juicio, los “grandes olvidados” de la legislación ambiental. Asimismo, la jurisprudencia judicial ha sido un factor de relevancia para destacar la necesidad de dar adecuada protección a estos ecosistemas.
- La institucionalidad ambiental dispone de suficientes facultades para elaborar las políticas y normas necesarias para reforzar la protección de los humedales. Demostración de ello lo constituye el estatuto jurídico de los humedales urbanos que, en muy poco

83 Artículo 1º del DS Nº 15/2020.

tiempo, ha implementado su protección de una forma intensa. Estas atribuciones serían reforzadas, además, con la creación del SBAP, aún pendiente.

- Pese a que por mucho tiempo la regulación de los humedales fue escasa y aislada, la legislación ambiental y sectorial dispone de instrumentos para proveer protección ambiental a estos ecosistemas. Dichos instrumentos van desde la posibilidad de colocar a los humedales bajo protección oficial como regular elementos que influyen en sus funciones y servicios ecosistémicos (calidad del agua, caudal, etc.). Al respecto, si bien se detectan debilidades en este último tipo de regulación, a nuestro juicio, su implementación solo depende de la voluntad política de la institucionalidad y de las prioridades que esta le dé a la materia.
- En virtud de lo anterior, se concluye que el ordenamiento jurídico ambiental posee las bases suficientes para poder desarrollar un estatuto integral para la gestión de humedales. En consecuencia, la eficacia de la protección de estos invaluable ecosistemas solo queda entregada a la voluntad y prioridades institucionales. Ya no hay excusas.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- BOETTIGER, Camila (2010): "Nueva institucionalidad ambiental", en *Revista de Actualidad Jurídica* N° 22.
- (2013): "Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos", en *Actas de Derecho de Aguas* N° 3.
- (2014): "Variables ambientales en el Código de Aguas", en MONTENEGRO, Sergio *et al.* (eds.), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos naturales. ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?* (Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters).
- CEA-MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2011): Diseño del inventario nacional de humedales y el seguimiento ambiental. Disponible en línea:

<https://www.observatoriocaldera.cl/biblioteca/589/articles-67041_documento.pdf>.

COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE (CONAMA) (2003): Estrategia Nacional de Biodiversidad. Disponible en línea: <<https://biodiversidad.mma.gob.cl/enb-2003/>>.

——— (2005): Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de Humedales. Disponible en línea: <https://humedaleschile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/05/Estr_humedal_27-02-06.pdf>.

CORTÉS, Alberto (2002): "Régimen de humedales y facultades de los dueños riberaños", en *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 1.

DOUGNAC, Fernando (2000): "El aprovechamiento ambiental del recurso agua en relación con los planes de manejo que establece el artículo 42 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente", en *ReDAE, Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 6.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (MMA) (2015a): Guía de orientación para el uso de la Evaluación Ambiental Estratégica en Chile. Disponible en línea: <<https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2015/12/Guia-de-orientacion-para-la-eac-en-Chile.pdf>>.

——— (2015b): Guía de orientación para incorporar la dimensión ambiental en procesos de ordenamiento territorial sustentable. Disponible en línea: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/08/Guia-OTS-final_04-09-2015.pdf>.

——— (2017): Estrategia Nacional de Biodiversidad, 2017-2030. Disponible en línea: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/03/Estrategia_Nac_Biodiv_2017_30.pdf>.

——— (2018): Plan Nacional de Protección de Humedales 2018-2022. Disponible en línea: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/11/Plan_humedales_Baja_confrase_VERSION-DEFINITIVA.pdf>.

——— (2020): Guía para la delimitación y caracterización de humedales urbanos en Chile. Disponible en línea: <https://humedaleschile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/GUIA_HUMEDALES_2022_BAJA.pdf>.

MONTENEGRO, Sergio (2021): "Humedales en Chile: ¿protección o abandono? Crítica a la nueva Ley de Humedales Urbanos y su Reglamento", en MONTENEGRO *et al.* (dirs.) y BELEMMI, Victoria (coord.), *Repensan-*

do la regulación de las aguas: Crisis socioambiental y proceso constituyente. Actas de las III Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas (Santiago: DER Ediciones).

PÉREZ, Efraín (2000): *Derecho ambiental* (Santa Fe de Bogotá: McGraw-Hill Interamericana).

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE *et al.* (2020): Informe Final: "Criterios mínimos para la sustentabilidad de humedales urbanos".

UNIVERSIDAD DE CHILE (2018): Informe País. Estado del medio ambiente en Chile". Disponible en línea: <<https://www.cr2.cl/wp-content/uploads/2019/12/Informe-pais-estado-del-medio-ambiente-en-chile-2018.pdf>>.

VALENZUELA, Rafael (2012): *El derecho ambiental. Presente y pasado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

VIVANCO, Enrique (2017): Humedales: Definiciones, funciones y amenazas. Disponible en línea: <<https://biblioteca.cehum.org/bitstream/123456789/935/1/BCN.%20Humedales%20Definiciones%2C%20Funciones%20y%20amenazas.pdf>>.

NORMATIVA CITADA

- Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, de 29 de octubre de 1981, del Ministerio de Justicia. Fija texto del Código de Aguas.
- Decreto N° 203, de 7 de marzo de 2014, del Ministerio de Obras Públicas. Aprueba Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas.
- Decreto Supremo N° 4.363, de 1931, del Ministerio de Tierras y Colonización (Parques Nacionales de Turismo y Reservas Forestales).
- Decreto Supremo N° 531, de 4 de octubre de 1967. Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América.
- Decreto Supremo N° 771/81, de 11 de noviembre de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, suscrita en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971.
- Decreto Supremo N° 82/2010, de 11 de febrero de 2011, del Ministerio de Agricultura. Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales.

- Decreto Supremo N° 40/2012, de 12 de agosto de 2013. Contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Decreto Supremo N° 32/2015, de 4 de noviembre de 2015, del Ministerio del Medio Ambiente. Aprueba el Reglamento para la Evaluación Ambiental Estratégica.
- Decreto Supremo N° 15/2020, de 24 de noviembre de 2020, del Ministerio del Medio Ambiente. Establece Reglamento de la Ley N° 21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objeto de proteger los humedales urbanos.
- Dictamen N° 007812/2020, de la Contraloría General de la República, que confirma la obligación del Ministerio del Medio Ambiente de "intervenir en aquellos casos en que los respectivos proyectos o actividades impliquen el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y no se encuentren en la obligación de someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, a través de la exigencia de los mencionados planes de manejo".
- Dictamen N° 39.766/2020, de la Contraloría General de la República.
- Dictamen N° 48.164/2016, de la Contraloría General de la República.
- DL N° 1.939/77, de 10 de noviembre de 1977. Normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.
- Ley N° 17.288, de 4 de febrero de 1970. Legisla sobre monumentos nacionales; modifica las Leyes 16.617 y 16.719; deroga el Decreto Ley 651, de 17 de octubre de 1925.
- Ley N° 19.300, de 9 de marzo de 1994. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.283, de 30 de julio de 2008. Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.
- Ley N° 21.202, de 21 de enero de 2020. Modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos.
- Ley N° 21.435, de 6 de abril de 2022. Reforma Código de Aguas.
- Ley N° 21.455, de 13 de junio de 2022. Ley Marco de Cambio Climático.
- Oficio Ordinario N° 221556, de 28 de abril de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente, respecto del Plan de Trabajo de Formaciones Xerofíticas.

- Ordinario N° 94/2011, de 23 de mayo de 2011. Instrucciones Reglamento de suelos, aguas y humedales (CONAF).
- Ordinario N° 2021991021009, de 25 de noviembre de 2021. Imparte instrucciones en relación a requerimientos asociados al seguimiento ambiental de las resoluciones de calificación ambiental.
- Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (Boletín N° 9.404-12).

JURISPRUDENCIA CITADA

- “Sociedad Educacional Winkler Contreras Limitada con Serviu de la Región de Los Lagos” (2018), Corte Suprema, de 27 de agosto de 2018 (recurso de protección Rol N° 118-2018).

CAPÍTULO II: PRESERVACIÓN ECOSISTÉMICA EN EL CÓDIGO DE AGUAS