

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

FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ
Abogado

INTRODUCCIÓN

Hasta la dictación de la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, es decir hasta 1994, el agua fue tratado en nuestra legislación sólo como un recurso productivo ya sea de la agricultura, la minería o el abastecimiento de la población, etc. A partir de esa fecha, se considera que tiene, a más de aquella función, una vital importancia ambiental. Es cierto que la ley de bosques, la ley 3.133, y otras leyes y reglamentos le otorgaban una dimensión más amplia, pero estos enfoques se caracterizaban, al igual que la demás legislación, con el carácter ambiental existente con anterioridad a esa fecha, por su tratamiento no sistemático, esto es, parcial.

La ley de Bases del Medio Ambiente establece en su artículo 2° letras b), c), d), e), g), k), l), m), n), o), p), q), r), s), t) y u), así como en los artículos 41 y 42, elementos que permiten aquilatar, con mayor profundidad, la importancia ambiental del agua.

La exigencia para las actividades que no han sido evaluadas ambientalmente por la autoridad, de presentar y cumplir “Planes de Manejo” de este recurso, es un paso fundamental para conservar el agua en su real dimensión ambiental. Con ello se persigue que todas las labores que se desarrollan en nuestro país, y que por ser realizadas en virtud de permisos o autorizaciones anteriores a la vigencia de esa ley, consideren la componente ambiental del recurso agua, en orden a su conservación y mantenimiento, ya sea mirado desde la perspectiva del recurso individualmente considerado, ya sea del recurso como componente de otros valores ambientales, tales como el suelo, el paisaje o la protección de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras, o insuficientemente conocidas. Las convenciones internacionales que Chile ha suscrito y ratificado relativas a otros elementos del medio ambiente, como la biodiversidad, la flora y la fauna, etc., refuerzan la necesidad de poner en pleno cumplimiento el requerimiento de planes holísticos de manejo del agua para aquellos trabajos que no han sido medidos ambientalmente.

Desafortunadamente, hasta la fecha, los organismos del Estado no han considerado la norma del artículo 42 de la ley N° 19.300 en su verdadero alcance y amplitud ni han dado directrices en orden a exigir su cumplimiento.

EL ARTÍCULO 42 DE LA LEY 19.300

La ley N° 19.300 ha considerado tan importante la mantención de caudales de agua, la conservación de los suelos, del valor paisajístico y la protección de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas, que ha obligado, en su Párrafo 6° denominado “De los Planes de Manejo, de Prevención o Descontaminación”, a las autoridades encargadas de regular su uso a exigir *planes de manejo* de estos elementos.

Al efecto establece en su artículo 42:

“El organismo público encargado por la ley de *regular* el uso o aprovechamiento de los *recursos naturales* en un área determinada exigirá, de acuerdo con la normativa vigente, la presentación de *planes de manejo* de los mismos, a fin de asegurar su conservación.

Éstos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales:

- a) Mantención de caudales y conservación de suelos;
- b) Mantención del valor paisajístico, y
- c) Protección de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas.

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 las cuales se hubiere aprobado un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental.”

“Regular” de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española es, en su 2ª acepción:

“Ajustar, reglar, o poner en orden una cosa”.

De ahí que sea la autoridad encargada de reglar, de ordenar el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, la que deberá ordenar la realización de estos planes. Entendemos que dicha autoridad es la autoridad ambiental, dado que las encargadas de los otros planes de manejo (a que se refiere el inciso final de esta disposición) son las autoridades sectoriales. Refuerza esta interpretación el hecho de que quedan exentas de esta obligación las actividades o proyectos que han sido evaluados previamente por la autoridad ambiental. De donde debería ser ésta también la encargada de “compensar” la ausencia de esa evaluación, compeliendo a los titulares de las actividades o proyectos a presentar dichos planes de manejo ambiental. De esta manera, es la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) la que debe aplicar el artículo 42 recién citado. Finalmente, para cerrar este punto, debe considerarse que los planes de manejo ambiental han sido considerados por el propio legislador como “un instrumento de regulación ambiental”, tal como se verá más adelante, razón por la cual, evidentemente, la autoridad es CONAMA, pues es a ella la que le corresponde la gestión ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 70.

La ley ha destinado todo un párrafo a este punto, lo que indica la importancia que le da a esta materia.

Debemos recalcar que estos planes de manejo ambiental son planes especiales, no los planes de manejo comunes que se exigen para la utilización de algunos recursos naturales, como, por ejemplo, el Plan de Manejo Forestal que creó el D.L. 701, de 1974. Los planes de manejo que establece esta ley son planes de manejo ambiental, destinados a la conservación de los recursos naturales en general y, en especial, las aguas, el suelo, el valor paisajístico y las especies en peligro. Estos planes de manejo ambiental no son exigibles a aquellas actividades o proyectos que han sido evaluadas ambientalmente. La razón de ello se encuentra en que la ley presume que al haber ocurrido esto, la autoridad ambiental habrá considerado los resguardos suficientes para que los bienes indicados no sean afectados negativamente.

EL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL

En la ley no se contempla una definición de un plan de manejo ambiental, ello por cuanto el legislador entendió que estaba definido en otras leyes. Así consta en la sesión del Senado del martes 25 de enero de 1994, donde se señala al analizar el Informe de la Comisión Mixta del Senado y la Cámara de Diputados, donde se dice:

“La mayoría de vuestra Comisión, luego de escuchar sobre el particular a los representantes del Ejecutivo, quienes manifestaron que el concepto *se encuentra definido en otros textos legales*, consideró innecesario incluirlo.

Algunos miembros de la Comisión fueron de parecer de aprobar la definición en análisis, sobre la base de que, *en cuanto instrumento de regulación ambiental*, no se explicaría la circunstancia de que una ley de esta naturaleza y trascendencia no señalara que debe entenderse por tal.”

Desde nuestro punto de vista, estimamos que la opinión de minoría era más acertada que la de la mayoría por cuanto, si bien existen definiciones de planes de manejo en otros cuerpos legales, la verdad es que el plan de manejo del artículo 42 es un instrumento de regulación ambiental diferente de los otros planes de manejo sectoriales. Este plan de manejo es holístico,

es decir, tiene por objeto velar no sólo por el recurso en cuestión sino que por la *totalidad* de los recursos naturales existentes en un área determinada.

La Cámara de Diputados había introducido dentro del actual artículo 2º de la ley una definición de “plan de manejo”. En ella se establecía que se entendía por tal:

“El que regula las actividades que se realizan en un área determinada a fin de *compatibilizarlas con la conservación de los recursos naturales de esa área.*”

Dado que la definición fue eliminada sólo por considerarla los legisladores reiterativa, y no por no estar de acuerdo con ella, la definición recién transcrita debe estimarse como la que verdaderamente refleja el espíritu y sentido de este instrumento de regulación ambiental. En ella destaca el espíritu amplio u holístico que debe revestir, a fin de lograr la conservación de todos los recursos naturales existentes en el área.

La Cámara de Diputados expresamente consideró que el plan de manejo ambiental era diferente de los planes de manejo sectoriales, lo que refuerza la idea de la minoría de la Comisión Mixta de que debía definirse. Al respecto dejó constancia que la disposición era:

“... sin perjuicio de lo preceptuado en otros cuerpos normativos respecto de los planes de manejo de recursos naturales renovables.” (Senado, sesión 25 de 18 de enero de 1994, pág. 4228).

Igualmente, en la sesión 26 de 19 de enero de 1994, página 4264, se resaltó que ello no se aplicaba si existía una Declaración o Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la autoridad.

Respecto al alcance de los planes de manejo ambientales se rechazó por el Senado que ellos pudieren ser entregados a un reglamento tal como lo propuso la Cámara de Diputados, dejándose constancia que la norma debía interpretarse:

“... conforme a los parámetros que al efecto se fijan en la legislación vigente.” (Senado, sesión 29 de 25 de enero de 1994, página 4997).

En consecuencia, la autoridad debe exigir la presentación de estos planes de manejo ambientales ciñéndose estrictamente a lo establecido en la ley de Bases del Medio Ambiente, y demás leyes complementarias, como la Ley de Bosques, el Código de Aguas, el Código Sanitario, etc.

Se estableció en la misma sesión 29, página 4999 que el sentido y alcance del artículo 53 en discusión (actual artículo 52 de la ley Nº 19.300) que dispone la presunción legal de responsabilidad por daño ambiental, en relación a las “normas sobre protección, preservación, conservación”, se extiende específicamente a:

“... todas aquellas normas que es posible dictar en esta materia, incluidos, desde luego, los planes de manejo.”

Por lo tanto, si la autoridad exige la presentación de un plan de manejo ambiental y éste no se cumple por el titular de la respectiva actividad o proyecto, esa infracción hace presumir su responsabilidad en el daño ambiental que se provoque.

EL PLAN DE MANEJO DEL RECURSO AGUA

Centrándonos concretamente en el recurso agua, es importante destacar que aun cuando la ley habla de “la mantención de caudales de aguas”, la verdad es que no es sólo esa característica la que se debe considerar en un plan de manejo, sino que todas las que tengan por objeto la conservación del recurso. La enumeración que realiza este artículo no es taxativa tal como lo indican las palabras:

“Éstas incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales.”

De acuerdo a la definición de “CAUDAL” (caudaloso) dada por el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por tal:

“De mucho agua. Río, lago, manantial caudaloso.”

A su vez, la quinta acepción de Caudal indica que se trata de la:

“Cantidad de agua que mana o corre.”

En otras palabras, la intención del legislador es palmariamente clara en orden a exigir de las autoridades un cuidado especial en la conservación de la cantidad de agua que contienen o portan los lagos, ríos, manantiales, etc., y en el valor paisajístico que éstos representan.

La determinación del denominado “caudal ecológico mínimo” está, en consecuencia, fijada implícitamente por la ley, debiendo la Dirección General de Aguas exigir tanto en la concesión de derechos de aprovechamiento como en su fiscalización, su acabado cumplimiento. Opinamos que en estas materias debería recabar la opinión de CONAMA, por corresponderle a ella la gestión ambiental.

En concordancia con las normas en comento, el artículo 9º transitorio del Código de Aguas preceptúa:

“Hasta que no se dicten las normas legales referentes a la conservación y protección de las aguas, corresponderá a la Dirección General de Aguas aplicar la política sobre la materia y *coordinar las funciones que, de acuerdo a la legislación vigente, corresponda a los distintos organismos y servicios públicos.*”

Estimamos que la coordinación de las funciones que de acuerdo con la legislación vigente correspondía a la Dirección General de Aguas, ha pasado desde la vigencia de la ley N° 19.300 a la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) a través de su Consejo Directivo cuya misión propia, de acuerdo con el artículo 72 letra b), es:

“Velar por la coordinación en materia ambiental, entre ministerios, organismos y servicios públicos”.

Dentro del plan de manejo del agua debe considerarse necesariamente su calidad, sobre todo en relación con los otros elementos ambientales reseñados en ese mismo artículo, como son, por ejemplo, los recursos hidrobiológicos. Especial atención se debe tener respecto de los problemas de eutrofización que pueden afectar a las masas de aguas como consecuencia del aprovechamiento de éstas o de las actividades agrícolas, industriales, mineras, etc.

En materia de recursos compartidos entre Chile y Argentina, se debe aplicar en el Plan de Manejo Ambiental el Tratado Chileno Argentino sobre Medio Ambiente (D.S. N° 67 de 1992, RR.EE.). Éste establece en su “Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos” que las acciones y programas relativos al aprovechamiento del recurso hídrico compartido se deben realizar a través del concepto de *manejo integral de cuencas hidrográficas*, elemento de suma importancia para evitar la destrucción del recurso por sobreexplotación. Así mismo, preceptúa la obligación de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental para poder introducir especies hidrobiológicas en los recursos hídricos compartidos.

Debe recordarse que el recurso agua es un componente esencial del medio ambiente y que posee la característica de ser un *bien nacional de uso público*, esto es de aquellos que pueden ser usados por todos los habitantes del país, de acuerdo a la normativa vigente, y cuyo dominio pertenece a la Nación toda.

Por ser el agua un bien nacional de uso público (artículo 5º del Código de Aguas), el *control superior* de los cuerpos de aguas corresponde, además de la Dirección General de Aguas, al Ministerio de Bienes Nacionales, según dispone el artículo 1º del D.L. 1939 de 1977.

El artículo 19 de esa misma ley señala que:

“La Dirección, sin perjuicio de las facultades que le competen a los Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales, *cuidará que los bienes fiscales y los nacionales de uso público se respeten y conserven para el fin a que están destinados.* Impedirá que se ocupe todo o parte de ellos y que se realicen obras que hagan imposible o dificulten el uso común, en su caso.”

Además de lo anteriormente expuesto, la administración de los bienes nacionales de uso público le corresponde a otras autoridades. Desde este punto de vista, no sólo la D.G.A. tiene que ver con ellos. También cae dentro de la competencia del Intendente Regional, que debe velar por su conservación; del Gobernador Provincial, que tiene la misma responsabilidad (D.L. 1939); y de la Dirección del Territorio Marítimo y Marina Mercante, que cumple funciones de policía en los ríos, lagos, etc., fuera de las que le compete en el mar. Finalmente, desde el punto de vista ambiental, el papel de CONAMA es esencial.

Es importante que la autoridad sectorial y la ambiental velen porque no se deteriore el caudal de un río, lago, laguna, o cualquier tipo de cuerpo de aguas, al primar intereses económicos por sobre los intereses sociales. Deben considerar que ellos son bienes nacionales de uso público, cuya

propiedad pertenece a la Nación toda y cuyo destino no es sólo aportar agua para la constitución de derechos de aprovechamiento, sino que posee otros usos legítimos. El artículo 598 del Código Civil permite a todos los habitantes de la República usar y gozar de los bienes nacionales de uso público para la recreación, la navegación, la pesca, etc. Por lo tanto, la ley ha establecido otros derechos que se deben compatibilizar plenamente con el derecho de aprovechamiento, tales como la navegación, la recreación, etc. El artículo 42 del Código de Aguas prohíbe entorpecer la navegación así como todas las normas inmersas en dicho Código que protegen la navegación, desde la elemental de sirga hasta las más avanzadas. Ninguno de los derechos que recaen sobre los cursos o masas de aguas son de jerarquía superior o inferior unos a otros.

Reafirma lo dispuesto en el artículo 598 del Código Civil sobre el uso común de los bienes nacionales de uso público, el artículo 13 del D.L. 1939 que obliga a los propietarios ribereños de un lago a facilitar gratuitamente el acceso a éste, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

En los casos de permisos o constitución de derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad a la vigencia de las normas sobre evaluación ambiental, se debe exigir, por parte de la CONAMA a los titulares de actividades o proyectos que utilicen dicho recurso natural, la presentación y cumplimiento de un plan de manejo ambiental que asegure su conservación. A modo de ejemplo, la Dirección General de Aguas no tiene facultades para autorizar el descenso del nivel del lago a alturas tales que ponga en peligro ese bien o que impida el uso común que corresponde a todos los habitantes de la República.

EL DERECHO DE VECINDAD

A más de las normas que regulan el uso y aprovechamiento de los bienes nacionales, estas normas están insertas, a nuestro juicio, en las denominadas "relaciones de vecindad" que permiten el desarrollo de la vida civilizada en sociedad.

Los principios del "Derecho de Vecindad" exigen, como lo ha señalado acertadamente la jurisprudencia, que el derecho de cada propietario se ejerza:

"... hasta donde *no perjudique el de los demás*, de modo que existe una limitación del derecho de cada uno que *hace indispensable una tolerancia recíproca que haga posible el desenvolvimiento racional de la vida y las actividades de todos los interesados*" (Fallos del mes, N° 294, mayo 1983).

La definición de "dominio" que da el artículo 582 del Código Civil así lo señala al decir: "*no siendo contra ley o derecho ajeno*".

Siempre los derechos de aguas se conceden bajo la condición de no afectar los derechos de terceros. "Sin afectar los derechos de terceros" es la fórmula usada normalmente.

El derecho legítimo que posee una persona para ocupar las aguas puede devenir en ilegítimo desde el momento que en forma ilegal y arbitraria afecta derechos de terceros, reconocidos y amparados por nuestro ordenamiento jurídico. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha declarado respecto de la forma como un acto legítimo en su origen deviene en ilegítimo, lo siguiente:

"Si bien es cierto el acto de disparar en forma deportiva es en principio y en sí mismo legítimo, no es menos cierto que este proceder se transforma en arbitrario e ilegal desde que afecta, alterando un derecho de un tercero, reconocido y garantizado por la Constitución y las leyes."

"*Es un principio general de nuestra legislación el que si hay alguna actividad de suyo legítima, ella deviene ilegítima, arbitraria o ilegal si en su ejercicio se afecta el derecho de un tercero reconocido y garantizado por la Constitución y no queda, a su vez, incluido dentro de las excepciones que la misma Constitución establece.*" (R.D.J., t. LXXXII, N° 1, 1985, secc. V, pág. 67).

Igualmente ha dicho que los bienes no se pueden usar:

"... destruyendo la flora y fauna del lugar así como sus bellezas escénicas, constituye por sí una violación al derecho y es arbitraria de suyo, pues el afectar la naturaleza de esa manera, *resulta atentatorio a toda norma civilizada de convivencia del hombre con su medio.* (R.D.J. t. LXXXV, N° 2, secc. V, pág. 191).

PLANES DE MANEJO Y EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

El “*Convenio sobre la Biodiversidad Biológica*” (D.S. N° 1.963, de 28 de diciembre de 1994, de RR.EE.) establece en su “Preámbulo” el “Principio Precautorio” que lo enuncia de la siguiente manera:

“... cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica *no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas* como razón para aplazar medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.”

En orden a la conservación “in situ” de la diversidad biológica, establece en su artículo 8 letra a) que los Estados contratantes deberán determinar:

“... áreas donde haya de tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica...”.

Igualmente, la letra c) del mismo artículo dispone que cada Estado deberá reglamentar y administrar los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica:

“... ya sea *dentro o fuera de las áreas protegidas*, para garantizar su conservación y utilización sostenible...”

Así como (letra d):

“...promoverá la protección de ecosistemas y hábitats naturales y *el mantenimiento de poblaciones viables de especies* en entornos naturales...”

Tal como se dijo, todo esto *rige tanto dentro como fuera de las áreas protegidas especialmente* por la legislación nacional.

Por otra parte, la “*Convención relativa a las Zonas Húmedas de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas*” (D.L. N° 3485, de 1980), también conocida como Convención de Ramsar, preceptúa en su artículo 3° N° 1 que cada parte contratante deberá favorecer:

“... el uso racional de los humedales de su territorio...”

Lo anterior, atendidas:

“... las funciones ecológicas fundamentales de los humedales como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de una fauna y flora características, especialmente de aves acuáticas”;

y dado que:

“... las aves acuáticas en sus migraciones pueden atravesar las fronteras, y en consecuencia *deben ser consideradas como un recurso internacional.*”

Por “*área de influencia*” se entiende no sólo el lugar físico que ocupará el proyecto sino que todo el entorno que pueda ser impactado ambientalmente por él.

Por lo expuesto, en el evento que una actividad o proyecto que no hubiere sido evaluado ambientalmente pudiese afectarse la diversidad biológica situada dentro de su área de influencia, o si pudiese perjudicar los humedales y aves migratorias, también debe la autoridad exigirle a su titular la presentación y cumplimiento de planes de manejo.