

Revista de Derecho Ambiental. Año V N° 7.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Director Responsable

Prof. Sergio Montenegro Arriagada

Editor Responsable

Jorge Ossandón Rosales

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción
Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso
Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile
Dra. Pilar Moraga Sariago, Universidad de Chile
Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad Católica de Temuco
Dr. Jaime Tijmes, Universidad de La Frontera

Revista de Derecho Ambiental (en línea)
Centro de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho. Universidad de Chile
Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile
+562 29785354
cda@derecho.uchile.cl
<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



Las aguas del minero: definiciones jurisprudenciales, reforma al Código de Aguas y su necesaria reconfiguración práctica como solución a los desafíos ambientales contemporáneos

The waters of the miner: jurisprudential definitions, reform of the Water Code and its necessary practical reconfiguration as a solution to contemporary environmental challenges

Winston Alburquenque Troncoso

Abogado, PUC

Mg. en Derecho de Minas, UGM

Profesor Derecho de los Recursos Naturales, PUC

walburqu@uc.cl

Sebastián Luengo Troncoso

Abogado, PUC

Candidato Mg. en Derecho Regulatorio, PUC

seluengot@gmail.com

Resumen: Este trabajo centra su estudio en la institución de las aguas del minero, ahondando en su reconfiguración normativa y jurisprudencial de acuerdo a los más recientes pronunciamientos de los Tribunales de Justicia. De esta manera se busca dar cuenta de las problemáticas actuales de los proyectos mineros, tanto en su evaluación ambiental como en su ejecución, junto con una propuesta del nuevo rol de los derechos de aprovechamiento de aguas del minero como solución a estos. Finalmente en el marco de la reforma al Código de Aguas se formulan una serie de propuestas a las modificaciones en trámite.

Palabras Clave: Aguas del minero, Jurisprudencia, Evaluación Ambiental, Recursos Naturales.

Abstract: *This work focuses on the institution of the miner's waters, deepening its normative and jurisprudential reconfiguration according to the most recent pronouncements of the Courts of Justice. In this way, an attempt is made to give account of the current problems of mining projects, both in their environmental assessment and in their execution, together with a proposal of the new role of the*

miner's waters as a solution to them. Finally, within the framework of the reform of the Water Code, a series of proposals are formulated to the modifications in process

Keywords: *Mining waters, jurisprudence, environmental assessment, natural resources.*

Introducción

En el último siglo la escasez de agua se ha visto agravada por el fenómeno del cambio climático, y los históricos períodos de sequía en el norte y centro del país. Paralelamente la industria minera ha sostenido un gran crecimiento en la explotación de los yacimientos minerales, lo que demanda una mayor cantidad de recursos hídricos para su exploración, explotación y beneficio. La gran mayoría de la industria en el norte ha respondido con la implementación de nuevas tecnologías en sus procedimientos, que van desde la desalación de agua de mar hasta procesos de recirculación, llegando a tasas promedio de recuperación cercanas al 70%, reduciendo el consumo de agua fresca por tonelada de mineral tratado y garantizando el abastecimiento hídrico de las faenas¹. Por otro lado en la medida que aumenta la producción de la industria minera, también se ha incrementado la infraestructura y magnitud de sus impactos, lo que demanda soluciones efectivas a problemáticas ambientales derivadas de los grandes volúmenes involucrados. En este contexto debemos enmarcar la escueta regulación de las aguas del minero, una figura que nace en nuestra legislación reconociendo la necesidad de la industria por este recurso en la operación de sus faenas, y que ha debido ajustarse a la realidad hidrológica y ambiental del país.

El objeto del presente trabajo es dar un nuevo paso en el estudio de dichas aguas, que halladas durante la ejecución de labores mineras dentro de un proyecto, se le conceden por el solo ministerio de la ley al minero. Para ello se da cuenta de la parca normativa dispuesta por el legislador y los diversos pronunciamientos emitidos tanto por la Excelentísima Corte Suprema como por algunos órganos de la Administración del Estado, planteando en definitiva la necesidad de reconfigurar y flexibilizar el uso de esta institución, con el objeto de solucionar las problemáticas actuales en la evaluación ambiental de proyectos mineros y de su ejecución, frente a las diversas competencias sectoriales de los organismos de la Administración.

Esta ponencia busca además contribuir a la discusión de las modificaciones propuestas a dicha figura, en el marco de la reforma al Código de Aguas actualmente en discusión parlamentaria, poniendo sobre la mesa aspectos de relevancia jurídica y práctica, que pretenden evidenciar ciertas falencias que los titulares de proyectos mineros tendrán que sobrellevar de no adoptarse un camino distinto.

De este modo postulamos que los diversos conceptos jurídicos zanjados por los Tribunales de Justicia, concernientes al contenido y ejercicio de las aguas del minero, y

¹ Cfr. “Consejo Minero | recirculación de agua de la minería”, accedido 4 de diciembre de 2016, <http://www.consejominero.cl/ambitos-estrategicos/recursos-hidricos/recirculacion-de-agua-de-la-mineria/>.

los desafíos ambientales contemporáneos del desarrollo de proyectos mineros, no debieran ser soslayados durante la reconfiguración normativa propuesta por el legislador a instancias de la reforma al Código de Aguas.

El trabajo se distribuye de la siguiente forma: i) en primer lugar, se tratarán brevemente los antecedentes normativos y doctrinarios más relevantes para la configuración jurídica de las aguas del minero; ii) en seguida se dará cuenta de los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes de la Corte Suprema relativos al tema en comento; iii) a continuación se expondrán las problemáticas contemporáneas de la relación entre las aguas del minero y la evaluación ambiental y ejecución de proyectos mineros; iv) se analizarán los cambios propuestos a las aguas del minero por la reforma al Código de Aguas en trámite y; v) se concluirá con los aspectos más relevantes que proponemos en cuanto a la reconfiguración jurisprudencial de las aguas del minero y los desafíos de esta institución de cara a las problemáticas ambientales contemporáneas de los proyectos mineros.

1. Configuración normativa de las aguas del minero

Si bien este análisis ha sido efectuado en ocasiones anteriores con mayor o menor éxito², resulta menesteroso desarrollar brevemente los puntos más importantes de esta institución para luego adentrarnos con mayor detalle en las soluciones jurisprudenciales y las problemáticas contemporáneas.

Breve *excursus* normativo

Antes que todo, cabe esquematizar muy sucintamente las etapas que se pueden reconocer en la explotación de un recurso natural. Por regla general estas etapas serán: i) obtención del título concesional; ii) obtención de los títulos de ocupación del suelo; iii) obtención de los permisos y autorizaciones administrativas de diversos órganos sectoriales y iv) explotación o ejecución del proyecto. De este modo en un primer momento se requerirá de un título concesional, que en el caso de las aguas serán los derechos de aprovechamiento de aguas, y para las sustancias minerales concesibles, las concesiones mineras. Ambos elementos se conjugan en la figura analizada en este trabajo, matizados por diversas particularidades. Resulta interesante apuntar que en el caso de las aguas del minero, las referidas etapas tienden a confluir en un solo momento, dado que esta figura se origina en la ejecución de las obras o faenas de la concesión minera de exploración o explotación con un título concesional que opera *ipso iure* en el momento mismo del hallazgo.

² Cfr. Winston Alburquenque Troncoso, “Los derechos de aguas del minero,” *Revista de Derecho Administrativo Económico* II, n° N°1 (2000): 13–20; Alejandro Vergara Blanco, “Reconocimiento ipso iure y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras,” en *Actas de las II Jornadas de Derecho de Minería* (Copiapó, Chile: Universidad Católica del Norte, 2000), 145–79; José Ignacio Morán Ovalle, “Las aguas del minero,” *Justicia Ambiental* N°3 (2011): 57–67; Winston Alburquenque Troncoso, “Conflicto entre el concesionario de aguas y el concesionario minero,” *Revista de Derecho de Minas, Universidad de Atacama* N°9 (1999): 19–24.

1.1. Aguas

Como bien sabemos las aguas son explotadas a través de derechos de aprovechamiento, definidos en el Código de Aguas (“CA”) en su artículo 6° como el “[...] derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código (inciso primero). El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley (inciso segundo)”. En consonancia, el derecho de aprovechamiento de aguas es según Parada Barrera una “autorización que permite al titular de ésta extraer en forma exclusiva de una determinada fuente natural un cierto volumen o caudal de agua, en un punto específico de dicha fuente, para usar de ellas, existiendo esta autorización en forma independiente de una efectiva extracción del agua, siendo oponible a terceras personas e incluso al Estado, debido a su carácter de derecho real, protegida por acciones de la misma naturaleza y, además, amparada en el estatuto de la propiedad privada común y garantizada su protección por la propia Constitución Política de la República”³. Agrega Vergara Blanco que “Esta nueva naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento consiste en darle a éste el carácter de un derecho real administrativo como lo entiende la moderna doctrina jurídica, esto es, el Estado concede el uso del bien nacional de uso público con sujeción a normas de Derecho Público, lo que no excluye la facultad de su titular de hacer valer y proteger su derecho de aprovechamiento frente a terceros [...]”⁴⁵. En este sentido se debe tener en consideración dicha noción de derecho de aprovechamiento de aguas a lo largo de la exposición, ya que las aguas del minero no son otra cosa que un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas especial⁶ que nace por el solo ministerio de la ley, en las condiciones que se definirán más adelante.

1.2. Sustancias Minerales

Por su parte los yacimientos mineros de sustancias concesibles, dentro de los cuales se considera el cobre y casi toda la gran minería, están sujetos a la explotación a través de concesiones mineras, definidas en el artículo 2° del Código de Minería (“CM”) como un “[...] derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la ley orgánica

³ Guillermo Parada Barrera, *El derecho de aprovechamiento de aguas: aspectos dogmáticos y legales, su posesión y su adquisición por prescripción.*, Primera Edición (Santiago de Chile: Congreso, 2000), 213.

⁴ Alejandro Vergara Blanco, *Derecho de Aguas*, Primera Edición, vol. 1 (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1998), 188.

⁵ Cfr. Francisco Zúñiga Urbina, “Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres),” *Revista Ius et Praxis* 11 (2) (2005): 65–101.

⁶ Cfr. Daniela Rivera Bravo, “Diagnóstico jurídico de las aguas subterráneas,” *Ius et Praxis* 21 (2) (2015): 225–66.

constitucional o del presente Código [...]”. A su vez, Lira Ovalle las define como “el derecho real inmueble que otorga a su titular las facultades exclusivas de explorar las sustancias minerales concesibles que existan dentro de sus límites, si es de exploración, y las de explorar y explotar dichas sustancias y hacerse dueño de las que extraiga, si es de explotación”⁷. Es importante comprender esta noción de concesión minera, toda vez que las aguas del minero estarán condicionadas en su nacimiento, ejercicio y extinción a la vigencia de esta.

1.2.1. Conceptualización y Reconocimiento Legal

Para delimitar conceptualmente la figura que encabeza este trabajo es necesario recurrir a la legislación vigente y en primer lugar al artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, la cual dispone en su inciso final que “Los titulares de concesiones mineras tendrán los derechos de agua que en su favor establezca la ley”.

A su vez el CM en su artículo 110° dispone que “El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta”. Luego añade el artículo 111° que “El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetará a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables”.

Dichas disposiciones deben contrastarse con lo contenido en el CA, el cual indica en su artículo 56°, inciso segundo que “Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”.

Finalmente, una norma usualmente soslayada, es la del artículo 74 del Código Sanitario (“CS”), reformado por el artículo 242 del CM de 1983, el cual dispone que “No se podrá ejecutar labores mineras en sitios donde se han alumbrado aguas subterráneas en terrenos particulares ni en aquellos lugares cuya explotación pueda afectar el caudal o la calidad natural del agua, sin previa autorización del Servicio Nacional de Salud, el que fijará las condiciones de seguridad y el área de protección de la fuente o caudal correspondiente. El Servicio Nacional de Salud podrá ordenar en todo caso la paralización de las obras o faenas cuando ellas puedan afectar el caudal o la calidad del agua”⁸.

Cabe indicar que se ha suscitado en la doctrina nacional la discusión sobre qué disposición es la que prima entre el artículo 56° inciso segundo del CA y el artículo 110° del CM por manifestarse una supuesta antinomia real, en cuanto a que en el CA las aguas del minero aplican solo al titular de una pertenencia minera, siendo más

⁷ Samuel Lira Ovalle, *Curso de Derecho de Minería*, Séptima Edición (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2015), 76.

⁸ Cfr. Alburquenque Troncoso, “Conflicto entre el concesionario de aguas y el concesionario minero”.

restrictivo, y en el CM se extiende el beneficio de igual forma al titular de una concesión de exploración. En nuestra opinión la disposición del CM prevalece sobre el CA, por la sencilla razón de que el primero es posterior en el tiempo y además, goza de una relativa mayor especialidad⁹. Sin embargo el CA solo se ve derogado en aquella parte que se contradice con el CM, por lo que en lo respectivo al posterior ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas del minero, este se sujetará a lo dispuesto por el CA.

1.2.2. Requisitos

De lo expuesto anteriormente se pueden colegir una serie de requisitos, condiciones o exigencias que se deben verificar en el caso concreto para la operatividad de esta institución, a continuación se indican sucintamente los más relevantes:

1.2.2.1 Existencia de una concesión minera

El único título concesional válido para que proceda esta institución es la concesión minera; solo así el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas accederá “inseparablemente” a él como indica el legislador, así lo señala expresamente el artículo 110° del CM. Esta inseparabilidad a que refiere el legislador implica una relación directa entre la existencia y terminación del derecho de aprovechamiento de aguas con el destino de la concesión minera. Así, el artículo 110° del CM en su parte final indica que los referidos derechos de aprovechamiento “se extinguirán con ésta”, si la concesión minera terminare por alguna de sus diversas causales.

Finalmente se debe tener presente que la ley dispone que estos títulos deben ser necesariamente “propios”. De esta modo es indiscutido que la ley exige detentar la calidad de propietario sobre el título (concesión minera) que habilita a realizar las labores mineras en que son halladas las aguas.

1.2.2.2 Hallazgo con motivo de la realización de labores mineras de la concesión

Este requisito implica dos cosas: i) que se produzca un hallazgo de aguas, lo que implica un alumbramiento efectivo e inesperado durante la realización de labores mineras; sin el fin último de encontrar aguas, ya que en ese caso estaríamos ante un supuesto de exploración de aguas subterráneas, de los reglados por el Decreto Supremo N° 203 de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que Aprueba Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas y; ii) que dicho hallazgo se verifique durante la realización de labores mineras, en particular respecto de labores efectuadas con motivo de la concesión minera de que se tenga titularidad. Esto demanda

⁹ Esto considerando a su vez el artículo 244° del Código de Minería, el cual dispone en su primera parte “Derogase toda disposición legal o reglamentaria contraria o incompatible con los preceptos de este Código. [...]”.

-en definitiva- la necesidad de que las labores que ocasionan el hallazgo de aguas sean de carácter minero y no se dirijan, como ya refirió, a buscar aguas directamente, como sería el caso de la instalación de pozos de extracción de aguas con bombas especialmente diseñadas para tal efecto. Además, se deja constancia de que la interpretación generalmente aceptada del concepto labores mineras¹⁰, es de carácter amplio, no circunscribiéndose a la labor netamente extractiva del mineral.

1.2.2.3 Utilización de las aguas halladas para la exploración, explotación o beneficio de minerales de la concesión respectiva, en la medida que dichos usos lo requieran y sea necesario

El artículo 110° del CM en su primera parte se encarga de establecer el tercer requisito al indicar que se tendrá derecho a utilizar las aguas halladas “en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate”. De esta manera se debe efectuar un aprovechamiento de las aguas halladas que sea conforme con la utilización y aprovechamiento de las facultades que concede la concesión minera de que se es titular; que podrá ser de exploración o explotación respectivamente. De lo anterior se colige que una destinación distinta de las aguas halladas no es compatible con la procedencia de esta figura jurídica, vaya por vía de ejemplo, la destinación de dichas aguas para el riego y cultivo de predios agrícolas.

Un elemento gravitante a tener en consideración, es que la utilización de las aguas halladas no implica solo la incorporación de estas al proceso productivo de la mina de forma directa, como lo sería el caso de su utilización para el beneficio por concentración del mineral. También se puede utilizar el agua hallada para diversas actividades que formen parte de las obras de explotación de la concesión, como la humectación periódica de los caminos de la faena comprometida en una Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”).

Adicionalmente el legislador ha dispuesto el criterio de la “necesidad” del aprovechamiento de las aguas halladas, para restringir aún más los usos y cantidades a que se puedan destinar las aguas halladas. Esto significa que si el título concesional que se ejerce para realizar las labores mineras en virtud de las cuales fueron halladas las aguas es una concesión minera de exploración, dichas aguas solo pueden ser usadas para los trabajos de exploración y nunca para el beneficio y extracción del mineral; y, por otro lado, si el título concesional que se ejerce para realizar las labores mineras en virtud de las cuales fueron halladas las aguas es una concesión de explotación, dichas aguas solo podrán ser utilizadas para las labores de exploración, explotación y beneficio de minerales en la medida que sean necesarias. El principal problema como se podrá vislumbrar es la amplitud de interpretaciones que admite el criterio de “necesidad”.

¹⁰ Cfr. Jorge Retamal Valenzuela, “Labor Minera y Protección del Medio Ambiente: Criterios para una redefinición,” *Revista de derecho (Coquimbo)* 22, n° 1 (2015): 507–28.

1.2.2.4 Calidad de aguas subterráneas

Huelga indicar que un presupuesto implícito en la utilización de las aguas, al amparo de la institución en comento, exige que estas sean de naturaleza subterránea, esto es, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso quinto del artículo 2° del CA “las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”. Esto se infiere del análisis de la naturaleza de las aguas del minero, ya que malamente las aguas superficiales podrán ser “halladas”, toda vez que su descubrimiento ya se ha realizado la primera vez que fueron vistas, estando además catastrados todos los acuíferos de aguas superficiales por la autoridad sectorial, aplicándose -por lo tanto- las normas generales de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas. Además, es coherente con la interpretación lógica y sistemática del Código de Aguas, el cual incorpora las aguas del minero al amparo del Título VI “De las aguas subterráneas”.

2. Proyecto Minero

Al tener que ser halladas las aguas en labores de la concesión minera, se debe necesariamente realizar la referencia al concepto de proyecto minero, ya que las labores de un proyecto minero conllevan asociado un conjunto de concesiones mineras. En este sentido el concepto de proyecto minero es concordante con lo previsto en la legislación ambiental y minera, en el artículo 10 letra i) de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“LBGMA”) y en los artículos 4 a 6 del Reglamento de Seguridad Minera, que definen lo que debe entenderse por industria extractiva minera y las actividades que comprende.

Finalmente, es necesario comprender que llevado esto al plano de las aguas del minero, es posible determinar que no existe inconveniente para que las aguas halladas en un sector cubierto por una concesión puedan trasladarse y utilizarse en otra del mismo titular, que formen parte de un mismo proyecto minero, atendiendo a su vinculación geográfica o funcional, pues la única restricción que la ley contempla es que beneficien al mismo concesionario y que sean necesarias para los fines de propios de la concesión¹¹.

3. Implicancia jurídica de la adquisición de pleno derecho

La consecuencia más importante de este especial derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas es que la adquisición operará de pleno derecho, por el solo ministerio de la ley¹². En este sentido “cuando nos referimos a la adquisición de un derecho de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley, en realidad aludimos a un

¹¹ Cfr. Alejandro Vergara Blanco, *Instituciones de Derecho Minero*, Primera Edición (Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010).

¹² Cfr. Gonzalo Arévalo Cunich, “Apuntes sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas,” *Revista de Derecho Administrativo Económico* N°1, n° 1 (1999): 21–26. Vergara Blanco, “Reconocimiento ipso iure y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras”.

modo de adquirir la propiedad de éste derecho en que es la propia ley la que concede a un particular el derecho de aprovechamiento sobre aguas de un determinado cauce, basado en circunstancias fácticas de las que el legislador hipotéticamente deduce el mérito de tal asignación”¹³. En otras palabras, la adquisición del derecho de aprovechamiento se efectuará de forma inmediata al momento de verificarse los requisitos y condiciones exigidas por la ley, sin necesidad de procedimiento administrativo o judicial alguno.

Esto implica desde el punto de vista de la adquisición del derecho, que será la ley quién desempeñe un doble rol: i) como Título que habilita para adquirir el dominio del derecho de aprovechamiento y; ii) como Modo de adquirir el dominio del referido derecho.

Una implicancia adicional será que al carecer estos derechos originados por ley de títulos físicos, al no tener su origen en el acto de autoridad que contempla el procedimiento del artículo 140° y siguientes del Código de Agua, “estos derechos no pueden ser inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas que lleva el Conservador de Bienes Raíces, por lo que en su esencia estos derechos no son Inscribibles”¹⁴. En este sentido es conveniente recordar que así lo ha determinado la propia Dirección General de Aguas en resolución N° 364 de fecha 23 de septiembre de 1988 en la que deniega solicitud de aprovechamiento de aguas a Anaconda-Chile en cuyo considerando a) establece: “Que las aguas solicitadas han sido halladas en labores mineras y dentro de las pertenencias mineras de la peticionaria”, y en el considerando b) dice: “Que, según lo dispuesto en el inciso 2° del Art. 56 del Código de Aguas, corresponde a los dueños de pertenencias mineras dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de ellas y en la medida necesaria para la respectiva explotación”¹⁵.

4. Definiciones jurisprudenciales

Luego de dar cuenta del sustrato conceptual y legal de las aguas del minero, cabe examinar algunos de los pronunciamientos más relevantes que han emitido los altos Tribunales de Justicia de nuestro país en la definición de las fronteras jurídicas de esta figura.

Sobre la materia que motiva la elaboración de este trabajo, revisten especial importancia tres sentencias pronunciadas por la Corte Suprema, a saber: i) “Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad”, Sentencia Rol N° 5826-2009 de 28 de octubre de 2011; ii) “Dirección General de Aguas con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine”, Sentencia Rol N° 4914-2011 de 2 de abril de 2013 y iii) “Minera Los Pelambres con Dirección General de Aguas”, Sentencia Rol N° 6997-2012 de 12 de noviembre de 2013. Estos tres pronunciamientos son muy relevantes, ya que provienen de la Corte encargada de resolver en última instancia los

¹³ Cfr. Parada Barrera, *El derecho de aprovechamiento de aguas: aspectos dogmáticos y legales, su posesión y su adquisición por prescripción*, 290.

¹⁴ *Ib.*, 295.

¹⁵ Cfr. Alburquenque Troncoso, “Los derechos de aguas del minero”, 16.

conflictos de los justiciables y por ende de definir los criterios jurisprudenciales del país, y porque este terceto de resoluciones se avoca directamente a solucionar elementos y conceptos jurídicamente indeterminados que hasta entonces habían sido sujetos a las más diversas interpretaciones por la Administración y los particulares. De este modo la Corte ejerce una legítima facultad interpretativa de las normas analizadas con un criterio unificador y preponderantemente restrictivo.

4.1. Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad (COSAYACH)

En este polémico caso, la Corte establece que las aguas que estaba extrayendo COSAYACH no se tratan de “[...] aguas que afloran con ocasión de la exploración o explotación de minerales [...] a su vez, si la demandada sólo [sic] dispone de tres pertenencias mineras en el área no es posible justificar que las aguas subterráneas extraídas desde treinta y cinco pozos hayan sido alumbradas con ocasión de esas actividades mineras y que se destinen a dicho fin.” De este modo, el Tribunal deja claramente establecido que debe existir una cierta proporcionalidad entre las aguas halladas y las faenas mineras en que se utilizan, señalando en definitiva que no es posible permitir un ejercicio abusivo de este excepcionalísimo derecho de aprovechamiento, cuyos presupuestos de existencia no se habrían verificado en el caso concreto.

4.2. Dirección General de Aguas con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine

En esta sentencia la Corte indica que las aguas del minero son un “[...] derecho que sólo [sic] puede ejercer una vez constituida la concesión según regula el artículo 107 del mismo Código (de minería), disponiéndose, además, en el artículo 111 de idéntico texto legal, que las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetarán a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables [...]”. Añade finalmente que “[...] no es posible determinar que las labores de sondaje y bombeo que motivan la acción deducida en autos, constituyan alumbramiento de aguas subterráneas, para lo cual, conforme con el artículo 58 del Código de Aguas, se requiera la autorización de la Dirección General de Aguas, como postula el recurrente, desde que tales tareas se enmarcan dentro de las facultades que reconoce el artículo 53 del Código de Minería, por cuanto no implican explotación de las aguas, al tenor del artículo 6 del cuerpo legal de aguas”. De este modo la Corte reconoce a Sociedad Legal Minera NX uno de Peine un legítimo derecho a las aguas del minero, en el ejercicio de las labores de la concesión minera de que era titular, estableciendo un criterio claro de distinción entre lo que constituye el hallazgo de aguas con motivo de labores propias de la explotación de una concesión minera y el alumbramiento de aguas con motivo de la exploración de aguas subterráneas.

4.3. Minera Los Pelambres con Dirección General de Aguas

Esta sentencia de 12 de noviembre de 2013, es la que concentrará nuestro análisis, toda vez que discurre latamente sobre las aguas del minero, a diferencia de las otras dos sentencias mencionadas, que tienen por cuestión central de la *litis*, el daño ambiental por un lado y las facultades de la concesión minera de exploración por el otro.

En este pronunciamiento el Excmo. Tribunal discurre y asienta los principios que uniforman los principales temas que han sido expuestos en el capítulo anterior de este trabajo. En este sentido a propósito de la adquisición del dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas halladas durante las labores mineras, asevera categóricamente que “[...] conviene recordar que el hallazgo de aguas subterráneas en labores mineras, conforme lo disponen los artículos 56 inciso segundo del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, otorga, por el solo ministerio de la ley, al titular de la concesión minera un derecho de aprovechamiento de aguas, de contenido y naturaleza especial [...]”. Luego, en lo referente al contenido del derecho indica que “[...] el contenido material del derecho de aprovechamiento de aguas que otorga al titular de una concesión minera sobre las aguas halladas en las labores de la concesión, el Código de Minería los regula en términos más amplios que el estatuto de aguas, que mantiene plena aplicación en relación al ejercicio de dicho derecho, en cuanto que no puede perjudicar derechos de terceros [...]”. Aún más, a propósito de la eventual antinomia entre el artículo 56° inciso segundo del Código de Aguas y el artículo 110° del Código de Minería, la Excma. Corte, dictamina que “[...] del sólo [sic] tenor de las disposiciones contenidas en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, se constata que la situación regulada en el primero queda comprendida en el segundo, en razón que este último es más amplio que el primero [...]”, así, “[...] no se aprecia una antinomia o contradicción entre ellas, sino únicamente que el artículo 110 del cuerpo legal que rige la actividad minera reconoce título sobre las aguas halladas en las labores mineras de exploración, explotación o beneficio, como ha tenido oportunidad esta Corte Suprema de resolverlo en la sentencia dictada en causa rol 4914–2011[...].”

Por otro lado, en lo referente a la amplitud del concepto de proyecto minero a que debe supeditarse la realización de las labores mineras, en virtud de las cuales se hallen las aguas, establece que “[...] las aguas deben ser halladas en las labores de la concesión minera, circunstancia que debe entenderse referida al término proyectos mineros en su conjunto, desde que, en la práctica un proyecto o yacimiento minero es objeto de múltiples títulos o concesiones colindantes que le otorgan unidad [...] Tal concepción, además, resulta concordante con lo previsto en el citado artículo 10 letra i) de la Ley 19.300, dotándolo de un contenido unitario y lo dispuesto en los artículos 4 a 6 del Reglamento de Seguridad Minera, que definen lo que debe entenderse por industria extractiva minera y las actividades que comprende.” Finalmente, un tema muy relevante es que la Excma. Corte dictaminó que “[...] las aguas deben ser utilizadas en la exploración, explotación o beneficio del mineral, según la especie de concesión, sin restricción, pues la única limitación que la ley impone es que sean necesarias para los

finde de la concesión, sin que se aprecie dificultad alguna en aplicarlas al concepto de proyecto minero aludido precedentemente”.

De acuerdo a lo expuesto podemos identificar una tendencia generalizada en la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, que delimita los alcances e implicancias de las aguas del minero de una forma restrictiva moderada, ya que permite el legítimo amparo de diversas hipótesis aplicando conceptos amplios como el de proyecto minero, no obstante las diversas limitaciones que desarrolla.

Finalmente para cerrar este capítulo nos gustaría destacar someramente las notas más distintivas del proceso penal llevado de forma paralela en el caso de las aguas subterráneas extraídas por COSAYACH, ya que este es uno de los pocos casos sobre aguas del minero, y en materias de recursos naturales, en que los procedimientos sancionatorios administrativos y civiles-judiciales han conllevado paralelamente sanciones penales para los gerentes de la persona jurídica involucrada¹⁶.

Sin entrar en los detalles procedimentales del caso, creemos que resulta útil revisar algunos pasajes de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Arica (“ICA”), rol 158-2008, dictada con motivo del recurso de nulidad interpuesto por el Gerente General de la compañía, en contra de la sentencia de primera instancia que lo condenó como autor por el delito de usurpación de aguas consumado, previsto y sancionado en el N°1 del artículo 459 del Código Penal. La sentencia de primera instancia dispuso que “no basta que el pozo de agua se encuentre en la pertenencia minera para estimar que son aguas del minero, ya que se requiere la acreditación del cumplimiento, entre otros requisitos, que el agua haya sido hallada en labores mineras sea casual o fortuitamente, con ocasión de extraer sustancias minerales propias de la pertenencia minera de que se trata, añadiendo que ello no fue acreditado por el imputado y, en cambio, aparece que los pozos de agua fueron construidos con el solo fin de extraer el agua subterránea”.

La ICA de Arica confirma dicha sentencia condenatoria al determinar que no se dan los presupuestos legales de las aguas del minero, y aún más, arguye que si en la Compañía hubieran tenido plena convicción de que “[...] le asistía un título otorgado por ley -artículos 110 y 111 del Código de Minería y 56 inciso segundo del Código de Aguas- para extraer las aguas de los mismos, la pretendida convicción no era tal dado que el año 1999 presentó una solicitud de aprovechamiento de dichas aguas ante el organismo competente al efecto (DGA)”, aún más, asevera categóricamente que “[...] el argumento de justificación que aduce el acusado, en cuanto sostiene que tenía un título legítimo otorgado por la ley para sacar las aguas, no es efectivo por cuanto respecto de las que nos preocupa no fueron halladas en el proceso minero de la empresa que aquél dirige, sino por el contrario, lo fueron producto de implementar un sistema elaborado precisamente para su búsqueda y extracción, lo que unido a la circunstancia de haberse formulado solicitud expresa a la Dirección General de Aguas para obtener un título para

¹⁶ Cfr. Raúl Carnevali Rodríguez, “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional,” *Revista Ius et Praxis* 14 (1) (2008): 13-48; Eduardo Cordero Quinzacara, “El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal,” *Revista de Derecho (Valdivia)* 25 (2) (2012): 131-57.

su aprovechamiento, demuestra la conciencia de la antijuricidad de su actuar, de lo contrario aparece inocua tal petición”.

5. Desafíos Contemporáneos

En el contexto de desarrollo de proyectos mineros, hemos podido constatar la existencia de una serie de problemáticas a raíz de la evaluación ambiental de los proyectos y su ejecución. En particular analizaremos tres casos ejemplificadores: i) captación de aguas para resguardar la estabilidad de los taludes en acopios de desmontes; ii) interceptación de aguas dirigidas al rajo de la mina y; iii) pozos de recuperación establecidos en las RCA como mecanismos de remediación ambiental. Nuestra propuesta es que las aguas del minero pueden desempeñar un rol determinante en la generación de una solución efectiva a estas tres situaciones, y que sea a la vez jurídicamente coherente con la legislación ambiental y sectorial de los recursos naturales.

5.1. Estabilidad de los taludes

La gran industria minera, como consecuencia inexorable de su crecimiento ha debido desarrollar obras de grandes volúmenes, dentro de las cuales se cuentan por ejemplo acopios de desmontes en grandes dimensiones. Para disponer dichos desmontes, los titulares deben haberlos evaluado ambientalmente de forma previa junto a todo el proyecto, y es en esta instancia donde el Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”) junto al Servicio Nacional de Geología y Minería (“SERNAGEOMIN”) suelen exigir el desarrollo de mecanismos de estabilización de estos desmontes, que tienen por objeto resguardar la integridad ambiental del entorno en que se ubican y la seguridad de la población frente a posibles derrumbes, que suelen amenazar en períodos de lluvia y nevazón. El mecanismo de estabilización más utilizado es la implementación de sistemas de drenaje de aguas que se acumulan entre la membrana y el suelo, ya que los terrenos en que disponen los desmontes se suelen instalar carpetas de geomembranas para que no se produzcan filtraciones de estos componentes hacia el subsuelo. En este contexto la DGA con posterioridad durante la ejecución del proyecto, le exige al titular la propiedad de derechos de aprovechamiento de aguas para el manejo de estas aguas drenadas, sosteniendo un criterio opuesto al del SEA y el SERNAGEOMIN. Frente a esta hipótesis creemos posible recurrir a las aguas del minero, como la institución más idónea para explicar la constitución de derechos de aprovechamiento sobre estas aguas por el solo ministerio de la ley, que le habiliten según las condiciones y circunstancias previamente expuestas a manejarlas.

5.2. Interceptación de Aguas

En los yacimientos mineros se suelen desarrollar labores de explotación de diversas maneras, una de ellas es a rajo abierto. El problema que ha acontecido en repetidas ocasiones, es que fortuitamente el agua se comienza a filtrar copiosamente a

través de las paredes del rajo, fruto de la composición geológica del lugar en que se emplaza el yacimiento, lo que termina por inundar progresivamente el rajo, poniendo en peligro la estabilidad de las faenas al desestabilizar los taludes de las obras, arriesgando la vida de los trabajadores y comprometiendo el éxito del proyecto. En este sentido la solución más idónea es mediante la instalación de una cortina de pozos que intercepten las aguas antes de que decanten en el rajo del proyecto. El problema reside en que la DGA solicitará normalmente al titular la propiedad sobre derechos de aprovechamiento de aguas que justifiquen dichas extracciones. Frente a dicho requerimiento nuevamente cobra sentido recurrir a las aguas del minero, ya que se presentan como la solución idónea, al acomodarse a los presupuestos fácticos de las obras y proveyendo de un título válido para la extracción de dichas aguas.

5.3. Pozos de recuperación establecidos en la RCA

Una última hipótesis radica en la construcción y entrada en funcionamiento de los tranques de relaves. Estas instalaciones al ser evaluadas ambientalmente en el SEIA como parte del proyecto minero, están sujetas frecuentemente a la imposición de diversas exigencias tendientes a resguardar la integridad ambiental de su zona de emplazamiento. En este contexto uno de los componentes ambientales más potencialmente afectados es el hidrogeológico, en particular las napas freáticas cercanas, ya que se arriesgan posibles filtraciones de relaves que a la larga terminen por generar ciertos niveles de contaminación en las aguas. Al respecto, una de las medidas de remediación más comúnmente impuestas en el SEIA es la instalación de pozos de recuperación, es decir, pozos que extraen relaves que puedan haberse infiltrado en capas inferiores, que puedan afectar los acuíferos cercanos. En este contexto durante la ejecución de los proyectos, la DGA solicita al titular la propiedad sobre derechos de aprovechamiento de aguas que justifiquen las extracciones, ya que estos relaves mezclados con partes menores de aguas frescas, son considerados como nuevos puntos de extracción de aguas que deben someterse al sistema común de aprovechamiento de las aguas. Aquí cabe nuevamente la utilización de las aguas del minero, que mediante una interpretación teleológica de la figura, permitirían justificar la existencia de estos pozos y de las eventuales extracciones de aguas.

Como se puede vislumbrar, en estas hipótesis nos encontramos frente a situaciones de total incertidumbre, en que los titulares se ven enfrentados a una disyuntiva completamente disruptiva, toda vez que: por un lado el SEA y SERNAGEOMIN adoptan interpretaciones armónicas, generando un diálogo entre la regulación ambiental sectorial, y por el otro la DGA sostiene una tesis contraria, imponiendo una nueva carga sobre el titular para el cumplimiento de las obligaciones ambientales y sectoriales comprometidas. El tema no es baladí si consideramos que la decisión del titular en cualquiera de los casos lo enfrentará con un procedimiento de fiscalización y sanción. Es así como en el evento de que decida llevar a cabo las medidas ambientales o de seguridad minera, con prescindencia de los derechos de aprovechamiento de aguas, se sujeta a las sanciones pecuniarias de la DGA y a un

eventual procedimiento penal por usurpación de aguas. Por otro lado en el evento de que decida no cumplir con las obligaciones ambientales o de seguridad minera y esperar a tener los derechos de aprovechamiento de aguas, mediante alguno de los procedimientos de obtención existentes, quedará sometido a la posible sanción de la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) o del SERNAGEOMIN por eventuales daños ambientales u otros incumplimientos de índole sectorial.

En definitiva, si bien la DGA es la autoridad administrativa sectorial encargada de velar por la explotación racional de los recursos hídricos, y en ese sentido de evitar el abuso en la explotación de estos, también es cierto que frente a la coordinación de la autoridad ambiental y del resto de los organismos sectoriales, esta debería adoptar un criterio acorde, que permita una interpretación armónica de las obligaciones impuestas a los proyectos mineros, favoreciendo el cumplimiento de las obligaciones ambientales, de seguridad minera e hídricas.

Finalmente cabe destacar que a pesar de que las aguas del minero son una figura históricamente reconocida, paradójicamente se erigen como una solución innovadora frente a diversas problemáticas muy recurrentes por nuestros días en la evaluación y ejecución de proyectos mineros. En este sentido las aguas del minero interpretadas armónicamente con la legislación ambiental y sectorial, de forma coherente con el principio administrativo de coordinación y unidad de acción, podrían solucionar diversos problemas prácticos ambientales y de seguridad minera, como los ejemplificados, con respuestas compatibles con las necesidades de los proyectos, la autoridad y el medioambiente.

6. Reforma al Código de Aguas

Consideramos que el presente trabajo estaría incompleto si no se hiciera cargo al menos en unos breves párrafos del mentado cambio legislativo en discusión parlamentaria¹⁷. Por esta razón analizaremos con una visión crítica las modificaciones propuestas a las aguas halladas en labores mineras, poniendo de relieve algunas interrogantes sobre su reconfiguración normativa.

En primer lugar cabe citar la modificación aprobada en primer trámite constitucional, la cual dispone que en el artículo 56 sustituyese el inciso segundo por los siguientes:

“El mismo derecho, en iguales condiciones, podrán ejercer los comités de agua potable rural para hacer uso de aguas subterráneas destinadas al consumo humano, las que podrán extraer de pozos cavados en el suelo propio de la organización, de algunos de los integrantes de ella, o en terrenos del Estado, previa autorización en todos los casos señalados.

Las aguas halladas por los concesionarios mineros en las labores de exploración y de explotación minera podrán ser utilizadas por éstos en la medida que sean necesarias para dichas faenas y sean informadas para su registro, dentro de noventa días corridos desde su hallazgo, a la Dirección General de Aguas, indicando su ubicación y

¹⁷ Proyecto de Ley Boletín N° 7.543-12. (Chile).

volumen por unidad de tiempo. En caso de haber aguas sobrantes, igualmente deberán informarlas. El uso y goce de estas aguas se extinguirá por el cierre de la faena minera, por la caducidad o extinción de la concesión minera, porque dejen de ser necesarias para esa faena o porque se destinen a un uso distinto.

Cuando el concesionario minero requiera aprovechar las aguas halladas, además de lo dispuesto en el inciso anterior, deberá solicitar una autorización para su uso a la Dirección General de Aguas, la que la denegará total o parcialmente si dicho aprovechamiento pone en peligro la sustentabilidad del acuífero o los derechos de terceros.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, la Dirección General de Aguas limitará dicho uso si hubiere grave afectación del acuífero o de derechos de terceros a consecuencia de estos aprovechamientos.

La Dirección General de Aguas, por resolución, determinará las formas, requisitos y periodicidad para entregar la información, así como para solicitar la autorización de que da cuenta el inciso cuarto, incluyendo un procedimiento simplificado para la minería artesanal y pequeña minería, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 142 del Código de Minería.”¹⁸(énfasis propio).

Sobre la base de lo expuesto en los capítulos anteriores y la naturaleza de la industria minera, planteamos las siguientes observaciones a la reforma propuesta.

6.1. Sobre las dos principales modificaciones

a. El deber de informar las aguas para su registro, dentro de noventa días corridos desde su hallazgo, a la Dirección General de Aguas (DGA), indicando su ubicación y volumen por unidad de tiempo. Resulta necesario prevenir que ya existe un proyecto de ley en segundo trámite constitucional¹⁹ que obliga a informar a la DGA el hallazgo de las aguas en labores mineras y a inscribirlas en el catastro público de aguas, de modo que podría esgrimirse que ya existe en trámite una modificación que satisfaga este deber de información, haciendo innecesaria la nueva propuesta. No obstante, cabe indicar que la imposición de un deber de información a los titulares de concesiones mineras que hallen aguas en el ejercicio de sus respectivas labores, es completamente válido, e incluso necesario, considerando que a la fecha, ni la misma DGA tiene información precisa de cuáles son los volúmenes de aguas utilizadas bajo esta figura. Adicionalmente, cabe recordar que el comportamiento hidrológico de estas aguas es distinto, toda vez que su hallazgo se produce en medio de obras que no planificaron el alumbramiento de las mismas, por lo que su extracción es más compleja, haciendo que el volumen y

¹⁸ Oficio de ley a Cámara revisora. 23 de Noviembre de 2016. Segundo trámite constitucional – Senado. Oficio N° 12.995. Chile. Boletín N° 7.543-12.

¹⁹ Proyecto de Ley Boletín N°8149-09 (Chile)

ubicación de las aguas que se debe informar sea un dato dinámico que se entrega con dificultades.

b. Deber de solicitar una autorización para su uso a la DGA, la que la denegará total o parcialmente si dicho aprovechamiento pone en peligro la sustentabilidad del acuífero o los derechos de terceros. La inclusión de una autorización en los términos formulados, pugna directamente con la naturaleza misma de las aguas del minero, debido a que el presupuesto fáctico de la institución es el siguiente: aguas halladas fortuitamente en labores mineras, que usualmente deben ser controladas lo antes posible por la propia seguridad de las faenas y de sus trabajadores, más que con la finalidad de utilizarlas. Ya que en la mayoría de los casos será la estabilidad de los taludes y la mina entera lo que se buscará resguardar, extrayendo con la mayor celeridad posible las aguas que se depositen en el fondo del rajo con motivo de este hallazgo inesperado. En este sentido la exigencia de una autorización previa por la DGA, constituye un obstáculo que dilata por un período de tiempo insospechado la adopción de acciones que respondan ágilmente a esta situación de emergencia. Es una de las razones por las que las aguas del minero se adquieren por el solo ministerio de la ley, para permitir al titular de la concesión actuar con un tiempo de respuesta eficaz, ya que los tiempos de tramitación ante un órgano administrativo suelen importar períodos considerables. Además, nada obsta a que en la práctica, la autoridad administrativa sectorial utilice esta facultad que se le concede de autorizar el uso, para arrogarse la facultad de autorizar el nacimiento del derecho, entrando a revisar los presupuestos de existencia del mismo y prescindiendo de las dos únicas razones por las que podría negar la autorización, lo cual eventualmente tendrá que ser dirimido por la Contraloría General de la República. Por otro lado, en lo que respecta a la denegación del derecho fundado en la afectación a terceros o en la sustentabilidad del acuífero, cabe indicar que es un reconocimiento a los límites que la jurisprudencia ya ha reconocido en el ejercicio de estos derechos, baste ver el análisis de sentencias realizado en este trabajo.

6.2. De las modificaciones propuestas y de las actas de discusión legislativa, es posible vislumbrar una clara intención de homologar la figura de las aguas del minero a cualquier otro derecho de aprovechamiento de aguas

Se ha llegado a considerar la disposición del artículo 56 inciso segundo del CA como un “privilegio injustificado en beneficio de los mineros”, aún más, se llega a esgrimir la garantía de la igualdad ante la ley para exigir los mismos requisitos ordinarios de constitución de un derecho de aprovechamiento a las aguas del minero²⁰.

²⁰ Cfr. Primer informe de comisión de Recursos Hídricos y Desertificación. Chile, 20 de Octubre de 2015. Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados. 96 p.

En este sentido, la modificación propuesta se aleja del espíritu de la legislación de aguas y minas, que como se ha podido constatar a lo largo de este trabajo, busca otorgar ciertas facilidades al minero que en el ejercicio de sus labores ha hallado aguas sin buscarlas, para aprovecharlas en sus faenas con la inmediatez que requiere, ya que - como se indicó- se encuentra frente a aguas que afloran súbitamente en sus labores y que deben ser ágilmente manejadas. Por lo demás ésta actual búsqueda del legislador por evitar la especulación y libre transferibilidad de los títulos de aprovechamiento de las aguas, no pugna en forma alguna con las aguas del minero, toda vez que estos particularísimos derechos de aprovechamiento de aguas no son transables ni comerciables, al estar ligados directamente en su nacimiento, ejercicio y extinción a las concesiones mineras a cuyo amparo nacen; tema distinto será el régimen de libre transferibilidad y amparo de las concesiones mineras. Finalmente, otro elemento diferenciador que justifica la existencia de estas prerrogativas, es que las aguas halladas en las faenas mineras son totalmente distintas de las aguas cuyo aprovechamiento se confiere normalmente, ya que estas aguas halladas suelen ser poco funcionales para usos distintos de las faenas en que se encuentran, toda vez que cuentan con altos niveles de acidez que cooptan la posibilidad de utilizarlas para consumo humano o riego de predios agrícolas.

Una última observación en aras de la extensión de este trabajo, es la creación de nuevos conceptos jurídicos abiertos o indeterminados, cuya interpretación tendría que ser zanjada nuevamente por los órganos de administración de justicia, vayan por vía de ejemplo las siguientes interrogantes ¿Quién o cómo se determinará cuándo las aguas sean necesarias para las faenas? ¿Cuándo sobrarán aguas halladas? o ¿Qué se entenderá por grave afectación del acuífero?

De esta manera, no existirían razones suficientes que justifiquen una modificación a las aguas del minero en el sentido del proyecto de reforma al CA que actualmente se está tramitando, toda vez que la intención declarada del legislador a homologarlas con los derechos de aprovechamiento de aguas ordinarios responde más bien a la idea general instalada en el inconsciente colectivo de la mayoría parlamentaria de reformar necesariamente el CA, sin prestar atención al singular sustrato fáctico de las aguas halladas en labores mineras, que demandan -como se ha demostrado- la determinación de parámetros y condiciones legales de ejercicio y constitución distintas a las de un derecho de aprovechamiento de aguas común y corriente.

En este sentido cabe enfatizar que la reconfiguración normativa de las aguas del minero debiera tener por norte la flexibilización de sus requisitos. Considerando en primer lugar que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha fallado en este sentido, permitiendo el amparo de diversas hipótesis bajo la figura de las aguas del minero y en segundo lugar que -tal y como se indicó en el capítulo anterior-, son muchas las hipótesis de problemáticas cotidianas en la ejecución de proyectos mineros que podrían encontrar amparo en esta figura.

Conclusiones

Las aguas del minero son una institución de larga data en nuestra legislación, presente desde el Código de Minería de 1874, que busca dar respuesta a la necesidad del minero por aprovechar las aguas halladas en el ejercicio de sus labores. Este derecho de aprovechamiento de aguas es de carácter especial, toda vez que su adquisición se efectúa de pleno derecho verificándose los requisitos exigidos por la ley, a saber, el hallazgo casual de aguas subterráneas: 1), durante la realización de labores mineras; 2) en el marco de una concesión minera de que sea dueño el titular; 3) y utilizando dichas aguas para la exploración, explotación o beneficio de los minerales de la concesión respectiva.

No obstante la naturaleza jurídica de esta institución, debemos reconocer que el hito legislativo originario se dio en un panorama regulatorio mucho más simple, sumado un contexto de abundancia hídrica que hoy ya no existe. En este sentido tanto los Titulares de proyectos como la Autoridad Administrativa, los Tribunales de Justicia y el Legislador han comprendido dicha situación, reconfigurando esta institución jurídica a la realidad de nuestros días. Así se han establecido por la Corte Suprema criterios adicionales mucho más flexibles al ejercicio de este derecho, como la necesidad de proporcionalidad en el ejercicio de los derechos de aguas halladas en relación a las concesiones mineras a que sirvan, y la necesidad de someter el ejercicio de estos derechos de aprovechamiento a las disposiciones generales del Código de Aguas (como la no afectación de terceros con derechos constituidos en el mismo acuífero). Del mismo modo en la evaluación y ejecución ambiental de proyectos mineros nos encontramos frente a complejas situaciones en las que debe interpretarse de un modo armónico la legislación ambiental con la regulación sectorial de estas aguas, buscando compatibilizar ambas finalidades, lo que a la fecha ha sido resuelto de forma deficiente, desconociendo las especiales características de estos excepcionales derechos de aprovechamiento. Todo esto importa un desafío en el futuro de las aguas del minero, de diferenciar apropiadamente el ejercicio de estos derechos, flexibilizando su interpretación en aras del cumplimiento ambiental y la seguridad de las faenas, dejando de imponer una carga excesivamente gravosa a la ejecución de proyectos, en un tema tan oneroso como el recurso hídrico.

Finalmente el énfasis de las aguas del minero, para el futuro de su reconfiguración legislativa y administrativa, debe estar en la comprensión efectiva de su naturaleza jurídica, presupuestos fácticos y finalidades, para así generar y mantener una interpretación armónica de la regulación de los recursos naturales en nuestro país.

Bibliografía

- Alburquenque Troncoso, Winston. “Conflicto entre el concesionario de aguas y el concesionario minero,” *Revista de Derecho de Minas, Universidad de Atacama* N°9 (1999): 19–24.
- . “Los derechos de aguas del minero,” *Revista de Derecho Administrativo Económico* II, n° N°1 (2000): 13–20.
- Arévalo Cunich, Gonzalo. “Apuntes sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas,” *Revista de Derecho Administrativo Económico* N°1, n° 1 (1999): 21–26.

Carnevali Rodríguez, Raúl. “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional,” *Revista Ius et Praxis* 14 (1) (2008): 13–48.

“Consejo Minero | recirculación de agua de la minería”. Accedido 4 de diciembre de 2016. <http://www.consejominero.cl/ambitos-estrategicos/recursos-hidricos/recirculacion-de-agua-de-la-mineria/>.

Cordero Quinzacara, Eduardo. “El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal,” *Revista de Derecho (Valdivia)* 25 (2) (2012): 131–57.

Lira Ovalle, Samuel. *Curso de Derecho de Minería*. Séptima Edición. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2015.

Morán Ovalle, José Ignacio. “Las aguas del minero”. *Justicia Ambiental* N°3 (2011): 57–67.

Parada Barrera, Guillermo. *El derecho de aprovechamiento de aguas: aspectos dogmáticos y legales, su posesión y su adquisición por prescripción*. Primera Edición. Santiago de Chile: Congreso, 2000.

Retamal Valenzuela, Jorge. “Labor Minera y Protección del Medio Ambiente: Criterios para una redefinición,” *Revista de derecho (Coquimbo)* 22, n° 1 (2015): 507–28. doi:10.4067/S0718-97532015000100013.

Rivera Bravo, Daniela. “Diagnóstico jurídico de las aguas subterráneas,” *Ius et Praxis* 21 (2) (2015): 225–66.

Vergara Blanco, Alejandro. *Derecho de Aguas*. Primera Edición. Vol. 1. 2 vols. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1998.

———. *Instituciones de Derecho Minero*. Primera Edición. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010.

———. “Reconocimiento ipso iure y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras”. En *Actas de las II Jornadas de Derecho de Minería*, 145–79. Copiapó, Chile.: Universidad Católica del Norte, 2000.

Zúñiga Urbina, Francisco. “Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres),” *Revista Ius et Praxis* 11 (2) (2005): 65–101.

Leyes y normas

Código de Aguas: Decreto Con Fuerza de Ley N°1.122 (Chile). Diario Oficial, 29 de octubre de 1981.

Código de Minería: Ley N°18.248 (Chile). Diario Oficial, 14 de octubre de 1983.

Código Sanitario: Decreto con Fuerza de Ley N°725 (Chile). Diario Oficial, 31 de enero de 1968.

Decreto N°132 (Chile). Aprueba Reglamento de Seguridad Minera. Diario Oficial, 7 de febrero de 2004.

Ley N°19.300 (Chile). Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Diario Oficial, 9 de marzo de 1994.

Ley Orgánica Constitucional Sobre Concesiones Mineras N° 18.097 (Chile). Diario Oficial, 21 de enero de 1982.

Jurisprudencia judicial

DGA con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine (2013): Corte Suprema, 2 de abril de 2013. Rol N° 4914-2011.

Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad (2011): Corte Suprema, 28 de octubre de 2011. Rol N° 5826-2009.

Minera Los Pelambres con DGA (2013): Corte Suprema, 12 de noviembre de 2013. Rol N° 6997-2012.

Waldo González Bravo (2009): Corte de Apelaciones de Arica, 28 de septiembre de 2009. Rol N°158-2008

Recibido: 13-12-2016

Aceptado: 24-6-2017