

Revista de Derecho Ambiental. Año V N° 8.



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 reseñas, 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.

Directora Responsable

Prof. Valentina Durán Medina

Sub Directora Responsable

Prof. Pilar Moraga Sarriego

Editores Responsables

Jorge Ossandón Rosales

Antonio Pulgar Martínez

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

Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad de Talca

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



La urgente incorporación del principio de participación ciudadana en el derecho de aguas chileno: Un enfoque desde los instrumentos de gestión ambiental*

The urgent incorporation of the principle of citizen participation in Chilean water law: An approach based on environmental management instruments

Verónica Delgado*

Doctora en Derecho
Universidad de Roma Tor Vergata
vdelgadosch@udec.cl

Oscar Reicher**

Abogado, candidato a Doctor en Ciencias Ambientales
Centro EULA-Chile
oreichers@gmail.com

Resumen: Este trabajo tiene por objeto analizar de manera crítica, el nivel de participación ciudadana que existe en el derecho de aguas chileno, bajo la premisa que, si se trata de las normas aplicables a un recurso natural como el agua, no existe razón para no seguir los estándares propios del derecho ambiental, disciplina inspirada en el Principio de Participación, incluyendo los derechos de acceder adecuadamente a información relevante, participar en la toma de decisiones y tener acceso a la justicia.

Palabras claves: Aguas, Participación ciudadana, Derecho de aguas, Gestión ambiental, Código de Aguas.

Abstract: *This paper aim analyze a critical way the citizen participation level that exists in Chilean water law, under the premise that if it is about naturals resources norms as the water, there is no reason for not following social participation standards of envi-*

* Los autores agradecen al Proyecto CONICYT/FONDAP N° 15130015 y al Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM) por el apoyo para esta publicación.

* Profesora Asociada del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Investigadora Asociada del CRHIAM.

** Abogado, doctorando del Doctorado en Ciencias Ambientales del Centro EULA-Chile Universidad de Concepción y colaborador académico del Departamento de Derecho Económico, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.

ronmental law, including the rights to access relevant information, to participate in decision-making and to have access to justice.

Key words: *Water, Citizen Participation, Water Law, Environmental Management, Water Code.*

1. El principio de participación en la conservación y gestión sustentable de los recursos naturales

La conservación y gestión sustentable de los recursos naturales impone que las decisiones sean tomadas considerando la opinión informada de la comunidad.

Así se desprende desde la concepción de desarrollo sostenible plasmada en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, cuyo principio 10, conocido como el Principio de Participación indica: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”¹.

En relación al acceso a la justicia, desde el punto de vista procesal, la discusión se centra básicamente en quienes pueden reclamar frente a decisiones de la autoridad o hechos que amenacen o atenten contra el medio ambiente, siendo las clásicas soluciones del derecho comparado la existencia de acciones que consideren una legitimación activa más amplia que la tradicional (limitada generalmente a la víctima) considerando como legitimados a actores populares, ONG, simples interesados, portadores de los llamados intereses difusos o colectivos a los cuales se reconduce la defensa del ambiente, etc.

Las ventajas de considerar instancias de participación en la gestión del ambiente son muchas y variadas. Desde un punto de vista político, y tal como proclama el ministro de Excm. Corte Suprema Sergio Muñoz, “la democracia solamente es tal si consagra una

¹ Por otra parte, a nivel europeo, se ha formulado en detalle en el Convenio sobre acceso a la información, participación pública en la adopción de decisiones y acceso a la justicia en cuestiones ambientales (Convenio de Aarhus), no adherido por Chile hasta ahora, el cual tiene por objeto contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, para lo cual, cada Estado parte garantizará los derechos de acceso a la información sobre el ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental.

efectiva participación de la población en las definiciones esenciales de la sociedad y entre ellas se encuentran las relacionadas a materias ambientales”²; y también como destaca Chávez, ella promueve el aprendizaje social, proporcionando oportunidades para la resolución de disputas y para mejorar la calidad de las decisiones adoptadas, empoderando a quienes han sido marginados³. También, por cierto, es un instrumento eficaz para mejorar la gestión descentralizada⁴ o la gobernanza ambiental anclada en el desarrollo sustentable local⁵.

Su éxito no está asegurado, pues la aptitud de un determinado proceso de participación para lograr un objetivo dependerá de su diseño y del nivel de poder conferido a los ciudadanos, en tanto que la elección de la forma de participación más adecuada dependerá del problema a abordar⁶.

Para Mirosevic la participación mejora la eficacia de las políticas públicas, la educación política, refuerza la solidaridad colectiva y el sentido del bien común y, con ello, el cumplimiento voluntario del ordenamiento jurídico y la legitimación de las decisiones públicas, sirviendo además, en el sistema de evaluación de impacto ambiental, como un mecanismo de prevención y resolución de conflictos⁷.

En el fondo, una mayor participación redundará en mejores decisiones, menos conflictos y, en el fondo, menos inequidades o injusticias ambientales.

De hecho, ha sido vertiginoso cómo el principio de participación ciudadana se ha fortalecido en Chile en materia ambiental, al amparo del concepto de Justicia Ambiental

² Sergio Muñoz, «El acceso a la Justicia ambiental», *Revista Justicia Ambiental* 6 (2014), 19.

³ Se ha destacado que la protección ambiental no puede ser dejada como una responsabilidad exclusiva del gobierno. De hecho, mejora la capacidad democrática y las habilidades ciudadanas del público, empoderando a quienes han sido marginados, equilibrando la distribución de poder a su favor y fortaleciendo a las comunidades locales. Ver: Romina Chávez, «Participación pública en la Evaluación de Impacto Ambiental y Conflicto ambiental: un análisis desde el derecho internacional», *Revista Justicia Ambiental* 7 (2015), 81-83.

⁴ Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, «Participación ciudadana en la gestión de gobiernos regionales y municipios. Mejorar la gestión descentralizada desde la innovación en participación ciudadana» (2004), acceso 29 septiembre 2017. http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/documentos/articles-83564_recurso_1.doc.

⁵ Luisa Delgado, Pamela Bachmann y Bárbara Oñate, «Gobernanza ambiental: una estrategia orientada al desarrollo sustentable local a través de la participación ciudadana», *Ambiente y Desarrollo* 23, N° 3 (2007): 68-73.

⁶ Romina Chávez, «Participación pública en la Evaluación de Impacto Ambiental...», 85.

⁷ Camilo Mirosevic, «La Participación ciudadana en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y las reformas introducidas por la Ley 20.417», *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36, N° 1 (2011): 281-323. Y en efecto, han habido casos, en que como la comunidad alejada a los proyectos en evaluación, la que más conoce el comportamiento histórico de las variables ambientales, la evaluación final ha resultado más adecuada al condicionar dichos proyectos, sin perjuicio también, que en otros, ha sido solo en la sede recursiva posterior a la aprobación ambiental, donde las aprehensiones de estos afectados han debido ser atendidas y se ha logrado anular aprobaciones ambientales cuestionables, pedir informes técnicos adicionales, o condicionar la operación de los proyectos con medidas de mitigación, reparación o compensación más adecuadas.

gracias a los aportes de Bermúdez⁸ y Hervé⁹, fundamentando consideraciones relevantes en fallos recientes.

Pues bien, la legislación de aguas no puede obviar el hecho que -en gran parte- los graves conflictos y situaciones de injusticias existentes relacionadas a la falta de agua o a su contaminación en el país, podrían tratar de evitarse con una mayor y temprana participación social. Como señala Hervé: “[...] una situación de justicia procuraría igualar las cargas de contaminación, el desarrollo nocivo y el agotamiento de los recursos entre todos los miembros de una sociedad, promoviendo una mayor participación de la comunidad en las decisiones que la puedan afectar y generando una sociedad y una institucionalidad en que se reconozca a todos sus miembros (individuos y comunidades), con sus diversidades, necesidades y capacidades”¹⁰.

El enfoque de este trabajo será justamente analizar si existen instancias de participación en el derecho de aguas chileno, bajo la premisa que, tratándose de la gestión de un recurso natural, de naturaleza pública o común, escaso y vital para la vida de las personas y los ecosistemas, dicha participación es un pilar imprescindible para su gestión sustentable, la cual debe considerar la posibilidad que la sociedad influya en la toma de decisiones y dar a todos los interesados el derecho a accionar en defensa de dichos valores.

Se analizarán los estándares de participación en el derecho ambiental chileno como marco general aplicable a la gestión de todos los recursos naturales y luego, se revisará el derecho de aguas en particular.

Como antecedente normativo -en el que nos detendremos- se advierte que el principio de participación se encuentra reconocido en el artículo 1° inciso 5° de nuestro texto Constitucional. El año 2008 fue dictada la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la información pública¹¹ y el año 2011 la Ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública¹².

⁸ Jorge Bermúdez, «El acceso a la información pública y la justicia ambiental», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34, (2010): 571-596.

⁹ Dominique Hervé, *Justicia Ambiental y Recursos Naturales* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015), 385.

¹⁰ Dominique Hervé, «Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 23, N°1 (2010), 11.

¹¹ Para el análisis de esta materia en el ámbito ambiental ver: Gladys Camacho, «Acceso a la información y medio ambiente», *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago: Thomson Reuters, 2012), 549-565.

¹² Tras la reforma de la Ley N° 20.500 del año 2011, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, se incorporó un título completo al Decreto con Fuerza de Ley (DFL) que refunde coordina y sistematiza el texto de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Se trata del Título IV de dicho DFL sobre la “participación ciudadana en la gestión pública”, que en su primera disposición señala que el “Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones” (art. 69 inciso 1°). En base a este reconocimiento, la ley prescribe que cada órgano de la Administración del Estado deberá establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia (art.

2. El Principio de Participación en el Derecho Ambiental chileno

Considerando el estándar de participación ciudadana contemplado en la Ley N° 19.300 tras la reforma de la Ley N° 20.417 y pese a las variadas críticas que aún se mantienen¹³, se puede afirmar que la participación ciudadana en la legislación ambiental chilena representa el estándar más avanzado en el Derecho chileno en general. Justamente fue su última reforma la que consideró fórmulas más amplias de participación en varios instrumentos de gestión ambiental de las originalmente consideradas y que en su momento fueron un gran avance.

Tanto en el Mensaje de la Ley N° 19.300 como en su posterior gran reforma se alude claramente al principio de la participación como inspirador de la nueva normativa. El art. 4 de la Ley señala como deber del Estado -en general- “facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente”. Y el art. 31 bis reconoce que “[t]oda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración [...]” de la misma manera que cualquier persona que se considere lesionada en este derecho podrá recurrir ante la autoridad competente (art. 31 quáter)¹⁴.

En cuanto a la toma de decisiones, la Ley N° 19.300 y sus reglamentos, consideran en todos sus instrumentos de gestión ambiental, la posibilidad que la comunidad participe antes o durante la deliberación: al elaborar una norma de emisión o de calidad, un plan de descontaminación y de prevención, y también en la evaluación ambiental de proyectos y actividades. Se trata de ámbitos todos, en los que la autoridad debe tomar una decisión, que repercutirá, por decirlo de algún modo, de manera más directa en la calidad de vida de la

70). Específicamente regula el acceso a la información ambiental relevante, la consulta ciudadana, los consejos de la sociedad civil y la cuenta pública participativa.

Estas modalidades han sido recogidas por el Ministerio del Medio Ambiente a través de la Res. Ex. N° 601/2015 cuyo artículo 8° contempla los mecanismos de participación ciudadana regulados en la Ley N° 20.500 y otros adicionales específicos como los diálogos participativos, audiencias públicas, cabildos ciudadanos y comités, grupos o mesas público-privadas de carácter ambiental.

¹³ Ver: CEPAL y OCDE, *Evaluación de Desempeño Ambiental Chile 2016*, (Santiago: CEPAL, 2016), 275, acceso el 13 de mayo 2017 http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/S1600413_es.pdf; y para el SEIA fundamental Camilo Mirosevic, «La Participación ciudadana en el procedimiento...», 281-323 y; Ezio Costa y Paula Fuentes, «La participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental», *Revista Justicia Ambiental* 3 (2011): 83-106. En materia indígena: Alfonso Henríquez, «Participación Indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental», *Revista Ius Et Praxis* 19 (2013): 251-300.

¹⁴ De hecho, respecto al acceso a la información, las plataformas electrónicas del Ministerio del Medio Ambiente permiten, en general, revisar prácticamente toda la información pública ambiental, especialmente los proyectos en evaluación ambiental, los procesos de dictación de normas o planes, las especies clasificadas, las áreas protegidas, etc.

ciudadanía invitada a participar y los ecosistemas que le proveen de servicios. En cada uno de estos instrumentos considera fórmulas distintas¹⁵.

En la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) de, por ejemplo, un plan regulador, la política energética o el manejo integrado de cuencas -en el futuro-, la ley exige la consulta pública del respectivo anteproyecto (art. 7 bis), para lo cual el Reglamento deberá establecer la forma de participación del público interesado, con “difusión masiva, completa y didáctica hacia los afectados y la comunidad en general, en lo referente a los contenidos, alcances y efectos de la política o plan, así como de su reformulación posterior” (art. 7 ter).

En el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) de proyectos o actividades la Ley N° 19.300 considera todo un párrafo a la participación de la comunidad, también con fórmulas amplias. Por ejemplo, cualquier persona, natural o jurídica tiene el derecho de imponerse del contenido del proyecto (art. 26); cualquier persona podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental original o el que fue objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones. Y a reclamar en caso que estime que la autoridad no ponderó adecuadamente sus observaciones en la respectiva resolución¹⁶. Los mismos derechos existen en caso que el proyecto se haya presentado solo como una Declaración de Impacto Ambiental, pero aquí la etapa de participación deberá ser solicitada a lo menos por dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas, expresión que se ha interpretado de manera amplia, incluyendo a personas naturales, juntas de vecinos, ONG, etc. que residen cerca del proyecto evaluado, las que podrán acceder electrónicamente a la evaluación o bien en copias impresas disponibles, por ejemplo, en las Municipalidades.

Respecto a las normas de calidad y emisión, el Reglamento¹⁷ considera el funcionamiento de Comités y Subcomités Operativos y detalla a todas las organizaciones y organismos a los cuales se les solicitará opinión del anteproyecto. Permite que cualquier persona, natural o jurídica pueda formular y que cualquier persona fundadamente pida adelantar el proceso normal de revisión de la norma -previsto cada 5 años-. Sin embargo, cuando los Decretos que aprueben estos actos se hayan dictado, serán reclamables ante el Tribunal Ambiental por cualquier persona que considere que no se ajustan a esta ley “y a la cual causen perjuicio” (art. 50).

¹⁵ Se trata, por ejemplo, de la participación de los vecinos que viven cerca de una termoeléctrica que ingresa a evaluación ambiental; o de una norma que fije los estándares de calidad en un río que los provee de distintos servicios ecosistémicos como la pesca, la recreación, la descarga de riles, etc.; o determinar con precisión las medidas para reducir la contaminación del aire en una ciudad con saturación de material particulado para evitar así el daño a la salud, etc.

¹⁶ Para entender el contenido real de este derecho -a formular observaciones, que ellas sean consideradas por la autoridad y el derecho a reclamar en caso que ellas no sean debidamente ponderadas-, a la luz de la jurisprudencia chilena reciente, fundamental ver: Pilar Moraga, «La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno», *Derecho del Estado Universidad Externado de Colombia* 38 (2017): 177-198.

¹⁷ Cuya regulación se contiene en el Decreto Supremo N° 38 del año 2013, del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión.

Y en relación a la aprobación de los planes de prevención y descontaminación¹⁸, también se considera el funcionamiento de Comités y Subcomités Operativos, una etapa de consulta pública y el mismo derecho de toda persona a aportar antecedentes y formular observaciones.

En los últimos años, han existido varios casos emblemáticos resueltos en nuestros Tribunales, que han contribuido a delimitar los derechos o fórmulas de participación ciudadana consideradas en la legislación ambiental del país. En ellos, por ejemplo, se ha resuelto que la falta de una adecuada información o de participación -incluida la consulta indígena- anula las respectivas RCA o las normas; o que debe retrotraerse el procedimiento al momento anterior de haber ocurrido las omisiones o defectos que afectaron el procedimiento¹⁹.

Por otra parte, desde el punto de vista de los legitimados activos para recurrir judicialmente frente a los atentados al medio ambiente, existe una clara apertura de las reglas tradicionales, especialmente con la llegada de los tribunales especializados²⁰. Y esta apertura se ha hecho pese al tenor literal limitado de las normas existentes, situación que justamente también afecta al derecho de aguas vigente.

En efecto, y como explica Delgado, en las demandas de daño ambiental por ejemplo, los legitimados son el Estado, las Municipalidades y las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño. Se trata de una legitimación muy limitada por el tenor literal de la ley, que ha hecho fracasar el número de acciones ejercidas en los primeros 20 años de aplicación de la norma, que no se condice con el carácter colectivo de los intereses en juego y que -al menos- debiera permitir la acción de sujetos interesados como las ONG, aunque ella se muestra partidaria de la aplicación incluso de las acciones populares. Sin embargo, a partir del fallo de 20 de marzo de 2015, que conoció el Tribunal Ambiental de Santiago en la causa caratulada Rubén Cruz Pérez y otros con Compañía Minera Nevada SpA, Rol D-2-2013 y que rechaza la demanda por daño ambiental en los glaciares, preglaciares etc., por la actividad del proyecto minero Pascua-Lama, se puede encontrar un razonamiento más cer-

¹⁸ Regulado en el Decreto Supremo N° 39 del año 2013, del Ministerio de Medio Ambiente que aprueba el Reglamento para la dictación de planes de prevención y descontaminación.

¹⁹ Por ejemplo, el año 2013 se resolvió que no pueden ser objeto de “reserva” de información antecedentes relacionados al ruido y emisiones atmosféricas asociadas a la construcción de una carretera, pues con ello se excluye la participación en aspectos ambientales relevantes para la comunidad. Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-5-2013. 16 de agosto de 2013. Recientemente se anuló la norma secundaria de calidad de la cuenca del río Valdivia por estimar el Tribunal que el nuevo estudio económico y social (AGIES) no fue conocido por los interesados. Tercer Tribunal Ambiental. Rol R-26-2016 (acumuladas R-25-2016 y R-27-2016). 29 de septiembre de 2016.

²⁰ Pilar Moraga revisa las principales modificaciones de la Ley N° 20.417 en participación ciudadana, que estima mejoran el acceso a la justicia, como cuando se crea una nueva sede judicial de reclamación de la comunidad por observaciones ciudadanas no consideradas en la resolución de calificación ambiental y donde la legitimación activa se homologa a la definición de personas habilitadas para efectuar observaciones. Se revisa también la incorporación de la figura del *amicus curiae*. Ver: Pilar Moraga, «Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 39, N° 2 (2012): 291-317.

cano al carácter de colectivo de lo que está en juego (sea respecto a los bienes comunes afectados o los efectos difusos colectivos que se producen en las personas o ambiente), aceptando como legitimados a las personas que viven y se desarrollan en el área de influencia del proyecto y, tratándose de personas jurídicas, a las ONG que consideren en sus estatutos la defensa del ambiente; contrastando con la jurisprudencia de los tribunales ordinarios que antes homologaban a quien haya sufrido el daño al sujeto que acreditara un perjuicio en su patrimonio o salud²¹.

3. El Principio de Participación en el Derecho de Aguas chileno

Prácticamente ninguno de los avances que en participación ciudadana existen en el derecho y la jurisprudencia ambiental chilena se dan respecto al derecho de aguas.

En primer lugar, existe total consenso en que no es posible planificar y gestionar de manera sustentable el agua en Chile, sin que el Estado, sus propios gestores -organizaciones

²¹ Respecto a las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño, se señala que deberán acreditar un perjuicio diferente al meramente personal o patrimonial que las habilita para demandar indemnización de perjuicios en sede ordinaria civil. Se señala expresamente que “la acción de reparación se distingue de la acción de indemnización, por cuanto la primera reconoce titularidad activa a las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que hayan sufrido el daño o perjuicio; las Municipalidades y el Estado; pero respecto de la segunda, se ha reservado su ejercicio únicamente a quien ha sido directamente afectado [...] Lo anterior revela que el daño o perjuicio exigido para generar la legitimación activa no es el mismo en las dos acciones posibles. En la acción de indemnización, el daño o perjuicio consistirá en un detrimento en la persona o patrimonio del directamente afectado, mientras que en la acción de reparación, claramente no se refiere a un detrimento patrimonial privado. Se trata de otra clase de daño” (Considerando noveno). Al preguntarse sobre cuál es ese daño entonces, que habría que acreditar para demandar, el fallo señala que respecto a las personas naturales se determina si tienen o no legitimación activa usando el criterio del “entorno adyacente” de Jorge Bermúdez en virtud del cual, citando a De la Barra, señala que “si existe una titularidad colectiva o común respecto de los bienes ambientales, lógico será que cualquiera que habite en ese entorno pueda entender que ha sufrido un daño o perjuicio, toda vez que ese entorno sufre un daño significativo”. Ver: Jorge Bermúdez, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014). Y dado que el proyecto Pascua Lama cuenta con Resolución de Calificación Ambiental, el Tribunal asimila este entorno adyacente al área de influencia del proyecto, concluyendo que gozarán de legitimación activa aquellos que “viven y desarrollan actividades en lugares incluidos en dicha área de influencia”. En síntesis, quien sufre el daño ambiental es quien reside y se desarrolla cerca del proyecto en cuestión, aunque, como propone la autora, el criterio podría mejorarse con la consideración de si el demandante es o no beneficiario de algunos de los servicios ecosistémicos afectados por el daño ambiental reclamado, aun cuando resida o se desarrolle fuera del área de influencia determinada en el SEIA.

Respecto a las personas jurídicas, también el fallo es un avance importante pues señala expresamente ser partidarios que las personas jurídicas -ONGs y otros- puedan presentar demandas por daño ambiental. Admitiendo en principio que la regla del entorno adyacente aquí no se puede usar de manera estricta, se exige que sus estatutos determinen que su objeto sea la protección ambiental -o del componente específico de que se trate- y que pueda, además, accionar en juicio a nombre propio. Ver: Verónica Delgado, «Breves reflexiones sobre el daño ambiental en Chile al afectarse “servicios ecosistémicos”, con especial referencia a la legitimación activa de tales demandas», *Desarrollo Sustentable: miradas interdisciplinarias de experiencias en Chile y Brasil*, ed. Ricardo Barra y Jorge Rojas, (Universidad de Concepción, 2016), 51-64.

de usuarios- y la sociedad en general, tengan un acceso previo y adecuado a información de calidad, desafío que en Chile todavía parece lejano superar²².

En segundo lugar, tras el Informe del Banco Mundial que detectó a la participación ciudadana como uno de los aspectos a mejorar en la gestión hídrica del país, la Contraloría General de la República realizó el año 2014 un Informe²³ que concluye, tajantemente, que no se identifican en la normativa específica, esto es, esencialmente en el Código de Aguas (CA), mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones de modo directo a través de consultas o audiencias públicas, representación en consejos y comités, etc. aunque existen algunos programas especiales para algunas comunidades²⁴.

En cuanto a la gestión del recurso, si bien este informe identificó algunos medios²⁵ que permiten que la ciudadanía tenga incidencia en la toma de decisiones, en realidad todos ellos se refieren únicamente a la participación de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas (DAA); fórmula tradicional y limitada que no se condice con la naturaleza común del agua.

El Informe identifica también otros textos aplicables a la gestión de las aguas en materia de participación, destacando la Resolución Exenta N° 315/2015 de la Subsecretaría de Obras Públicas, que aprueba las Normas Generales de Participación Ciudadana del Ministerio de Obras Públicas (MOP) -aplicables a la Dirección General de Aguas (DGA)-, donde se establecieron como mecanismos de participación ciudadana, los mínimos que contempló la Ley N° 20.500, es decir, el acceso a información relevante, la cuenta pública par-

²² El Informe de Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016, destaca los “graves problemas relacionados con la disponibilidad, la cobertura y la completitud de la información. En particular, hay escasa información disponible sobre la extracción y el uso de aguas [...]”. Ver: CEPAL y OCDE, *Evaluación de Desempeño...*, 30.

²³ Contraloría General de la República, *Informe Final 1-14 Dirección General de Aguas sobre Estrategia Nacional de Recursos Hídricos*, (2014), acceso en 3 de octubre 2017, http://www.contraloria.cl/SicaProd/SICAv3-BIFAPortalCGR/faces/detalleInforme?docIdcm=fce8fa4b8f48ac9abf4962b4a2558ca8&_adf.ctrl-state=agxibuxqd_3.

²⁴ Se refiere a algunos planes o programas convocados por las instituciones involucradas que permiten la participación de la ciudadanía interesada, los que surgen para la solución de situaciones específicas, tal es el caso, por ejemplo, del programa "Apoyo a la constitución de Comunidades de Aguas Subterráneas de los acuíferos del río La Ligua y Petorca" o el "Sistema piloto de Banco de Aguas geoespacializado en sectores 5 y 6 del acuífero de Copiapó", etc.

²⁵ Identificó:

- a.- En el procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento existe una instancia para que los posibles terceros afectados con la solicitud de que se trate (sea para un nuevo derecho o autorización de obras, o modificación de las existentes, etc.) se opongan a dichos procedimientos, manifestando las circunstancias que les afectan.
- b.- Existen medidas que pueden ser solicitadas por los particulares afectados, como es la declaratoria de área de restricción, o el establecimiento de la reducción temporal del ejercicio de derechos, entre otras.
- c.- La distribución de las aguas en Chile se produce en cada cuenca u hoyo hidrográfica -donde se encuentran constituidas- por las organizaciones de usuarios, entidades privadas formadas por los titulares de derechos de aprovechamiento en el sector respectivo.

ticipativa, las consultas ciudadanas y los consejos de la sociedad civil; sin que existan a la fecha estudios de su operatividad y logros²⁶. Y, en materia ambiental, hace referencia a la participación ciudadana en el SEIA de la Ley N° 19.300 y el Decreto Supremo N°14, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente (MMA), que aprueba Reglamento para la determinación del Caudal Ecológico, pues contempla la posibilidad de que cualquier persona solicite su declaración en una fuente superficial.

En relación a la distribución de las aguas, señala que la participación se limita solo a usuarios de cuencas. Y esto también resulta cuestionable pues conocidas son las falencias de esta opción en la práctica: muy pocas organizaciones de usuarios constituidas -especialmente las comunidades de aguas subterráneas-, donde solo participan los dueños de los DAA²⁷ y, a mayor abundamiento, en su seno no hay una igual representatividad de los grupos participantes, por lo cual Bauer se refiere a ellas como organizaciones representativas de los usuarios con mayores recursos²⁸. Y lo que es más grave, ellas no cuentan -salvo contadas excepciones- con atribuciones para proteger ambientalmente el agua.

²⁶ Ahora bien, no conocemos estudios que a la fecha hayan analizado la operatividad de las 4 modalidades formales y específicas de participación consideradas por el MOP (y la DGA). Pero podemos hacer algunas precisiones o advertencias. En un estudio que revisa los mecanismos de participación ciudadana en varios ministerios, se concluye que en el MOP ella está limitada a la proposición de obras que se someten al sistema de concesiones, la ejecución de obras y la incorporación de la variable participativa en la formulación de políticas, programas y proyectos. Ver: Camilo Mirosevic, *Mecanismos de participación ciudadana en el ordenamiento jurídico* (Santiago: Librotecnia, 2013), 316.

Además, en cuanto al acceso a la información, si bien la Resolución considera que habrá acceso a la información, se refiere solo a cuestiones generales (como políticas, planes, programas, proyectos y presupuestos) y sabido es los problemas que enfrenta la DGA respecto a su obligación de manejar información de calidad respecto al agua disponible en el país, material y jurídicamente hablando.

En cuanto a la posibilidad de realizar consultas públicas, de oficio o a petición de “parte”, el artículo 21 de la citada resolución las limita a las materias de interés ciudadano en las que “se requiera” conocer la opinión de las personas, redacción que podría interpretarse referido solo a los casos en que la legislación de aguas considere expresamente este mecanismo de participación. El punto es relevante pues según este trabajo, dichos casos no existen y de adoptarse la interpretación limitada, esta norma sería letra muerta de no reformar el CA en ese sentido. Si, por el contrario, se interpretase que la DGA pueda realizar consultas públicas en cualquier caso de interés ciudadano, esa interpretación sería un avance real importante en la gestión del agua en el país. En todo caso, hasta ahora, no conocemos la realización de este tipo de consulta.

²⁷ En efecto, y tal como describe el Informe del Banco Mundial “[...] por su naturaleza de organización, las Juntas de Vigilancia sólo [sic] pueden contar entre sus miembros a aquellos que cuentan con DAA. Esta característica dificulta tomar en cuenta los caudales utilizados por otros usuarios y las necesidades de otros grupos interesados –stakeholders– de la cuenca. Para resolver esta problemática sería necesario efectuar reformas legales para modificar sus funciones actuales y su composición”.

Banco Mundial, *Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua* (Santiago-Bogotá: Publicación del Banco Mundial, 2013): 75, <http://documentos.dga.cl/ADM5439.pdf>.

²⁸ En cuanto a una desigual representación de los participantes, se afirma que muchas veces las Juntas de Vigilancia no representan al conjunto de usuarios o hay poca participación en su toma de decisiones. A menudo a los regantes no les interesa que los usuarios de usos no consuntivos se incorporen a la Junta ya que de hacerlo su poder de voto sería importante debido a los grandes volúmenes asignados a estos usos. Lo mismo ocurre respecto a los usuarios de las aguas subterráneas. Por lo mismo, se concluye que las organizaciones de usuarios pueden ser percibidas como representativas de los usuarios con mayores recursos. Ver: Carl Bauer, «Water Conflicts and Entrenched Governance Problems in Chile’s Market Model», *Water Alternatives*

Acertadas las conclusiones de Recabarren al comparar el Derecho de Aguas chileno con los estándares internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente: “En cuanto al sistema de uso de aguas en particular,[...] al entregarse la gestión y planificación de los recursos hídricos a los usuarios, la sociedad en general se ha encontrado incapacitada de ejercer cualquier tipo de influencia en el establecimiento de límites que permitan resguardar los intereses sociales y ambientales relativos a los recursos hídricos”²⁹.

De hecho, el problema es más grave aún, pues el esquema se replica respecto al acceso y aprovechamiento de otros recursos naturales. En efecto, en un estudio que compara las normas de los recursos naturales -agua, bosques, minería, etc.- Hervé concluye que los procedimientos de constitución de concesiones efectivamente no consideran a quienes tienen meros intereses en el proceso de toma de decisiones, oyendo solo a quienes tienen derechos adquiridos sobre los recursos³⁰.

El ideal sigue siendo, en todo caso, que la mayor participación social se diese en un contexto de gestión integrada de cuencas, todavía pendiente en Chile³¹. Incluso más, el primer paso sería que la política hídrica fuese sometida a EAE donde la mirada ambiental de sus pilares se haría con instancias de participación ciudadana a nivel nacional.

En este sentido, el Banco Mundial ha sido enfático en la necesidad de retomar las reformas legales e institucionales para integrar la gestión de cuencas e incluir en ella instancias participativas de los grupos interesados³².

En el intertanto y frente a los grupos vulnerables, el organismo propone establecer en forma participativa un procedimiento público para que la DGA establezca caudales y flujos mínimos para posibles usos en la corriente³³; fortalecer las organizaciones de usuarios incluyendo a los distintos actores y sectores usuarios y superar también las grandes

8, N° 2 (2015): 147-17. En el mismo sentido, Ezio Costa, «Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile», *Revista Chilena de Derecho* 43, N° 1 (2016), 335-354.

²⁹ Oscar Recabarren, «El derecho de aguas chileno desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente», *Revista Justicia Ambiental* 8 (2016), 128.

³⁰ Dominique Hervé, *Justicia Ambiental...*, 265.

³¹ La OCDE y CEPAL recomiendan a Chile: “[r]einiciar las reformas institucionales y normativas, con el propósito de adoptar un sistema de gestión integrada de las cuencas hidrográficas que permita unificar la planificación y reglamentación relativas a la cantidad y la calidad del agua”. CEPAL y OCDE, *Evaluación de Desempeño...*, 51.

³² En la misma línea Bauer plantea que el modelo de regulación de las aguas nacional, ha sido “incapaz de administrar problemas complejos de gestión de cuencas hidrográficas, de conflictos del agua, y de la protección del medio ambiente. Estos problemas más complejos, por supuesto, son precisamente los retos fundamentales de la gestión integrada de los recursos hídricos”. Carl Bauer, «¿La ley del péndulo? Conflictos y la gobernanza del agua en Chile desde 2005», en *Actas de las VII Jornadas de derecho ambiental: Recursos naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*, ed. Jorge Aranda, et. al (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 649.

³³ Se sugiere como antecedente a considerar, pero no el único, la Ley N° 20.256 de Pesca Recreativa, de 2008. Ver: Banco Mundial, *Estudio para el mejoramiento...*, 12 y 41.

dificultades que enfrentan las Mesas del Agua, nacidas como una forma de participación voluntaria para intentar solucionar los conflictos por el agua³⁴.

Esta situación en Chile contrasta con las últimas leyes dictadas en América Latina y El Caribe, donde -como destaca la OCDE- se consagra expresamente el principio de la participación ciudadana y justamente una parte relevante de la protección ambiental de las aguas se logra a través de la participación en las asociaciones que reúnen a los usuarios del agua en un contexto de gestión integrada de cuencas³⁵.

Mientras no tengamos esta normativa básica de gestión integrada con participación de todos los interesados, urge avanzar hacia una gobernanza sustentable del agua mejorando al menos la participación en las normas existentes o reinterpretándolas. Con este propósito se presenta el próximo apartado de este trabajo.

4. Derecho de Aguas chileno mirado desde el enfoque de los instrumentos de gestión ambiental. Hacia una gestión sustentable del agua

El diagnóstico parece claro: en la actual planificación, asignación y gestión de las aguas en Chile no se consideran mecanismos adecuados de participación ciudadana. Y las instancias que existen, o son generales -vinculadas a la Ley N° 20.500- o son aquellas de la normativa ambiental -en el SEIA, en la dictación de normas de calidad de agua y al determinar el caudal mínimo ecológico-. De hecho, por la insuficiencia del Derecho de Aguas para resolver conflictos con participación social, ha debido ser en el procedimiento ante el SEIA donde, vía participación ciudadana, se han resuelto algunos importantes conflictos entre usuarios competidores por el agua³⁶.

De lo que se trata entonces, es analizar cada una de las normas del Código de Aguas -y su reglamento para las aguas subterráneas- a las que consideramos instrumentos de ges-

³⁴ Banco Mundial, ed., *Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos* (Santiago: Publicación del Banco Mundial, 2011) 92, acceso el 23 de enero 2017, [http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile Banco%20Mundial.pdf](http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile%20Banco%20Mundial.pdf) y Banco Mundial, *Estudio para el mejoramiento...*, 14, 79 y 153.

³⁵ Un estudio analizó diversos aspectos de la regulación de las aguas en América Latina. La publicación abarca a Venezuela, Nicaragua, Perú, Paraguay, Honduras, Ecuador y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Antonio Embid y Liber Martín, *La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina* (Santiago: CEPAL, 2015), 57. Y en relación al punto en cuestión, se afirma que “En los países de ALC, la participación pública suele tener lugar a través de la asociación de usuarios de agua”.

³⁶ Como describe Reinoso, gracias a la participación de los interesados en el SEIA, el titular del proyecto acordó con los regantes usar el agua de los canales por turnos -Proyecto minero Extensión Lomas Bayas-. En otro caso, el dueño de derechos de aguas subterráneas manifestó aprehensiones, durante la etapa de participación ciudadana en el SEIA, sobre el riesgo de disminución en la cantidad de agua a extraer en el futuro, estableciéndose por la autoridad en la resolución de calificación ambiental, que si en el futuro la operación afectaba la cantidad de agua a extraer, el titular del proyecto debería compensarlo según el grado de afectación -Proyecto Sierra Gorda-. Ver: María Isabel Reinoso, «La participación ciudadana en el SEIA, como herramientas de solución de controversias relativas al uso del agua», en *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago: Thomson Reuters, 2012), 594-607.

tión ambiental de las aguas en sentido amplio (como más abajo se explicará) y determinar posibles reformas o reinterpretaciones para aumentar la participación social³⁷.

Para ello, partimos de la base que los instrumentos de gestión ambiental no son un *numerus clausus* que se limita a aquellos considerados en la Ley N° 19.300 donde, como se vio, existen instancias de participación en la toma de decisiones y posibilidades de recurrir contra ellas³⁸.

Ahora bien, como en nuestra legislación no contamos con una definición de gestión ambiental, debemos recurrir a otras fuentes para precisar el concepto. La gestión ambiental se ha definido como conjunto de acciones encaminadas a lograr la máxima racionalidad en el proceso de decisión relativo a la conservación, defensa, protección y mejora del medio ambiente, basada en una coordinada información multidisciplinar y en la participación ciu-

³⁷ Algunos de estos instrumentos han sido analizados ya, como variables ambientales del Código de Aguas - Boettinger- o normas de protección ambiental de las aguas -Benoit y Mallea- o aplicables a la conservación de las aguas -en el caso específico de la reserva de aguas por Prieto y Puelma-. En este trabajo se agregarán otras hipótesis hasta ahora no consideradas en otros estudios. Ver: Camila Boettiger, «Variables Ambientales en el Código de Aguas», en *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental*, Ed. Jorge Aranda et. al (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 359-376; Daniel Benoit, «Protección ambiental de las aguas», *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* 7 (2002): 119-138; María Isabel Mallea, «Protección ambiental de las aguas en Chile: avances hacia una gestión integrada de los recursos hídricos», *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* 25 (2011): 35-63; Trinidad Prieto y Francisco Puelma, «¿Es el caudal de reserva una herramienta que permita velar por la conservación ambiental?», en *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental*, ed. Jorge Aranda et. al (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 377-407.

³⁸ La Ley N° 19.300 contempla todo un título denominado “De los instrumentos de gestión ambiental”, donde se contienen los que podríamos denominar “clásicos” instrumentos tales como la educación ambiental, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las Normas de Calidad Ambiental, los Planes de Manejo, Prevención y Descontaminación, la Evaluación Ambiental Estratégica, entre otros. Y en todos ellos, la ley considera variadas y amplias instancias de participación ciudadana. La Ley N° 19.300 no establece una definición de “gestión ambiental”, sino que solo enumera y regula varios instrumentos de gestión ambiental, por lo que consideramos que no estamos en presencia de un *numerus clausus*.

En primer lugar, se debe considerar que la Ley N° 19.300 es una ley de “bases”, característica que recoge su artículo 1° donde se establece que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, pero dejando claramente establecido que ello será “sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia”. El mensaje de este texto legal así lo concibió: “es una ley ‘marco’ o de bases, pues en un número relativamente pequeño de disposiciones, se concentran algunas de las instituciones fundamentales para una gestión ambiental moderna e integradora, recogiendo principios básicos que sirvan de punto de referencia para interpretar la legislación existente y para la dictación posterior de otros cuerpos legales atinentes a materias específicas”. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (Valparaíso-Santiago, 1994), 10.

También se pueden encontrar argumentos de texto positivo, como los artículos 2 inciso 1° y 3 letra t) de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, que al fijar la competencia de este organismo señala que recaerá sobre la ejecución, organización y coordinación del seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de “todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley” (art. 2); y la función de “t) Fiscalizar el cumplimiento de las demás normas e instrumentos de carácter ambiental, que no estén bajo el control y fiscalización de otros órganos del Estado” (art. 3).

dadana³⁹. Se destaca en esta definición la incorporación de la participación ciudadana en la gestión ambiental. En nuestro país, se la concibe como el conjunto de acciones destinadas a administrar el ambiente con el fin de alcanzar el cumplimiento de una política nacional ambiental que contribuya al logro del desarrollo sustentable⁴⁰.

Una definición más amplia es la que entrega Bermúdez, para quien, los instrumentos de gestión ambiental son el conjunto de medidas de variado orden destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental⁴¹, poniendo el énfasis en el objetivo ambiental buscado.

En este trabajo se ha seguido esta amplia definición para determinar si algunas medidas o procedimientos del CA y el Reglamento de aguas subterráneas son instrumentos de gestión ambiental en cuyo diseño, siendo tales, debe considerarse el principio de participación propio del concepto del desarrollo sustentable.

5. Análisis de los objetivos de protección y/o mejoramiento ambiental en el Código de Aguas Chileno

Es evidente que el Código de Aguas es un texto legal que no satisface los requerimientos necesarios para lograr una gestión ambiental o sustentable del agua. De hecho, como tantas veces se ha reconocido, fue dictado en época de abundancia y debe hoy hacer frente a un escenario complejo de escasez, de contaminación y de vulnerabilidad al cambio climático; con una institucionalidad debilitada en términos de personal y de recursos, que no ha sabido coordinarse adecuadamente con otros tantos organismos competentes en la gestión del recurso y que, a mayor abundamiento, no tiene muchas atribuciones para velar por la conservación del agua y sus ecosistemas asociados.

Sin embargo, en este trabajo, hemos buscado en las principales normas del derecho de aguas chileno, aquellas medidas o procedimientos que importan, de manera directa o indirecta, de manera exclusiva o concurrente con otros, un objetivo ambiental, en el sentido de propender a la protección del agua o al mejoramiento de las alteraciones negativas que la puedan afectar; aun cuando hasta ahora, muchas de ellas no han logrado tener éxito en dicha protección. Y como tales, se destacará si se considera (o no) alguna instancia de participación en la toma de decisión o la reclamación contra ella.

5.1 La evaluación de la explotación racional del recurso para fundar la negativa u otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas

³⁹ María Teresa Estevan Bolea y Juan Ignacio Xiberta Estevan, «La gestión ambiental en el sector público», en María Teresa Estevan Bolea, et. al, *Máster en Evaluación de Impacto Ambiental*, Vol. 1 (Málaga: Artigraf, 1994), 83.

⁴⁰ Pedro Fernández Bitterlich, *Manual de Derecho Ambiental chileno* (Santiago: Legal Publishing, 2013), 185.

⁴¹ Jorge Bermúdez, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014), 192.

El inciso final del artículo 147 bis determina que para constituir un DAA subterráneas la DGA no solo deberá considerar que existe caudal disponible, que no se perjudiquen derechos de terceros y que la solicitud sea legalmente procedente, sino además evaluar dos aspectos ambientales importantes en base a antecedentes técnicos: deberá resolver que “la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo”.

Se trata claramente de una instancia en la que, como en el SEIA, previo a otorgar una autorización (en este caso una concesión) se debe evaluar técnicamente que dicha futura explotación del agua no atente en el futuro a la conservación y protección del acuífero⁴².

5.2 Modalidades en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas impuestas por razones ambientales

También aquí existiría una especie de instrumento de gestión ambiental, pues la DGA podrá constituir un DAA imponiendo modalidades que afecten su ejercicio “con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros” (artículo 149 N° 7 del Código de Aguas)⁴³.

5.3 El área de protección de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas

Hay un germen de protección ambiental en el establecimiento de un área de protección de los DAA subterráneas, limitada a un radio de 200 metros -que puede ser mayor si se justifica- y que se fijará en la respectiva resolución que otorgue tal derecho, la cual impedirá solamente que otros instalen obras para extraer aguas subterráneas (art. 61 del Código de Aguas y D.S. N° 203/2014 del Ministerio de Obras Públicas).

Es un germen de protección pues, en realidad, la medida cautela que habiendo un derecho ya constituido no pueda otra persona instalar obras para extracciones similares, pero indirectamente también se vela por mantener la cantidad de agua disponible, aunque

⁴² Para Boettinger, “el objeto de la protección es la fuente de agua subterránea, la variable ambiental que debe considerarse es la sustentabilidad del aprovechamiento de acuerdo a la capacidad de recarga del acuífero, y el efecto de incorporar esta variable es que la DGA puede denegar la solicitud de un derecho de aprovechamiento basada en esta consideración”. Ver: Camila Boettiger, «Variables Ambientales...», 368.

⁴³ Camila Boettiger, «Variables Ambientales...», 369. Se trataría de condiciones o limitaciones -fundadas técnicamente- al ejercicio del derecho para que el recurso sea usado de una manera “racional” y protegiendo el ambiente. Así, se señala que: “el objeto de protección es el medio ambiente, específicamente el entorno en el que se ejercerá el nuevo uso del agua, que por sus características o circunstancias requiere de un especial resguardo para su mantención o evitar una alteración significativa de sus componentes”.

no su calidad, que podría verse contaminada por actividades aledañas que sí se puedan instalar⁴⁴.

5.4 La determinación del caudal ecológico como limitación en el otorgamiento de derechos de aprovechamientos nuevos

El artículo 129 bis 1°, señala que la DGA velará por “la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente”, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo para los nuevos DAA que se constituyan en cada fuente superficial.

Basta revisar esta declaración de objetivos, para concluir que esta institución reviste cada uno de los elementos de la definición de Instrumento de Gestión Ambiental. Reafirma esta característica el artículo 6 D.S. N° 14 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, en cuanto establece que corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, en casos calificados, mediante Decreto Supremo y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, fijar un caudal ecológico mínimo diferente al establecido en el artículo 3° del reglamento, en casos calificados, incluyendo aquellos en los que se identifiquen “riesgos en la calidad de las aguas y/o el hábitat de magnitud tal que comprometan la supervivencia de las especies”, de acuerdo a alguno de los criterios que se indican⁴⁵.

5.5 La protección de los cauces en las autorizaciones de la DGA

El artículo 32 impide la realización de ciertas obras o labores, sin la autorización de la DGA, en el álveo que está constituido por el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus crecidas y bajas periódicas.

Como plantea Boettiger, “el objeto de protección ambiental es el lecho de los cursos superficiales de agua, como elemento del ambiente en relación con dicho recurso, los cuales si son alterados pueden modificar variables ambientales como el comportamiento de los

⁴⁴ Verónica Delgado, José Luis Arumi y Óscar Reicher, «Lessons From Spanish and US Law for Adequate Regulation of Groundwater Protection Areas in Chile, Especially Drinking Water Deposits», *Water Resources Management* 31 N° 14 (2017): 4699-4713.

⁴⁵ Los criterios señalados en el art. 7 del mismo texto normativo son:

i) conservar aquellas especies hidrobiológicas que se encuentren dentro de alguna de las categorías de conservación, a excepción de aquellas clasificadas como Preocupación Menor o Casi Amenazada, de acuerdo al artículo 37 de la Ley N° 19.300 y su Reglamento, y el hábitat tenga una calidad tal que permita la sustentación de las especies.

ii) Cuando existan fuentes superficiales que se encuentren localizadas en cualquier porción de territorio, delimitada geográficamente y establecida mediante acto de autoridad pública, colocada bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental, o aguas arriba de éstas, que tengan una calidad tal que permita la sustentación de las especies protegidas del área.

iii) Cuando existan impactos significativos que alteren factores bióticos y abióticos, físicos, químicos y biológicos, que aseguran el resguardo de la estructura, dinámica y funcionamiento de los ecosistemas asociados a la fuente de agua superficial, con el fin de mantener los servicios ecosistémicos que prestan.

ríos en su flujo normal o frente a crecidas, y también afectar el ecosistema ribereño de estos cursos de agua”⁴⁶.

Los ecosistemas ribereños son considerados energéticamente abiertos, con un grado inusualmente alto de variabilidad espacio-temporal, por lo que para entender adecuadamente estos cuerpos de agua se necesitan comprender 4 dinámicas de operación: la longitudinal (que se extiende de la cabecera de un río hasta su desembocadura), la lateral (que puede incluir desde el canal principal hasta los remansos y desde el paisaje fluvial hasta las planicies de inundación), vertical (desde la superficie hasta la zona hiporreica⁴⁷ de un río), y por último una escala temporal⁴⁸.

Considerando las dinámicas de los ríos, parece razonable entonces que se requiera la autorización de la DGA para realizar obras o labores en el álveo, de manera que se deba considerar cuáles son los procesos ambientales que tienen lugar en el río y más aún si se busca proteger a la ciudadanía ante eventuales crecidas de estos cursos.

5.6 La evaluación de las alteraciones al régimen de escurrimiento de las aguas en las autorizaciones para la realización de ciertas obras en cauces naturales

El Código de Aguas contempla otra serie de obras a ejecutarse en cauces naturales que requieren de la autorización de la DGA.

El artículo 41 exige autorización de la DGA para los proyectos y construcciones de modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales, con motivo de la construcción de obras, urbanizaciones y edificaciones que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que “de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas”.

5.7 La evaluación de la contaminación de las aguas en la autorización para la construcción de ciertas obras hidráulicas

En la construcción de ciertas obras hidráulicas, que de acuerdo al artículo 294 requieren de la aprobación del director de la DGA, ella se otorgará siempre que haya comprobado que la obra no afectará la seguridad de terceros “ni producirá la contaminación de las aguas” velando así por la calidad del agua (artículo 295)⁴⁹.

⁴⁶ Camila Boettiger, «Variables Ambientales...», 372.

⁴⁷ Es la zona de interfase entre el agua superficial y la subsuperficial. Kenneth Bencala, «Hyporheic Exchange Flows», en *Encyclopedia of Hydrological Sciences* 113, N° 10 (2005): 1733-1740.

⁴⁸ James Thorp, «Models of ecological processes in riverine ecosystems», *Encyclopedia of Inland Waters* 1 (2009): 448-455.

⁴⁹ De acuerdo a Boettiger “la variable ambiental y objeto de protección es la calidad de las aguas y el efecto de este mandato es que la DGA debe verificar si hay algún elemento de riesgo inherente a la obra que pueda afectar la calidad de las aguas”. Camila Boettiger, «Variables Ambientales...», 372.

5.8 El riesgo de grave disminución del acuífero para decretar un área de restricción

De acuerdo al artículo 65 del Código de Aguas, se impondrá un área de restricción cuando en un sector hidrogeológico de aprovechamiento común existan dos requisitos copulativos: “riesgo de grave disminución de un determinado acuífero” y “el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él”.

En el artículo 30 del D.S. N° 203/2014 se regulan los casos en los que la DGA decretará dicha zona, siendo relevantes a este trabajo los siguientes:

- Cuando estudios técnicos indiquen que la demanda comprometida producirá una afección a los caudales de los cursos de aguas superficiales (letra d)⁵⁰;
- Cuando antecedentes técnicos demuestren que el aumento de extracciones en un Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común afecta la disponibilidad sustentable de otro sector (letra e);
- Cuando antecedentes técnicos demuestren que existe riesgo de contaminación por desplazamiento de aguas contaminadas o de la interface agua dulce-salada (letra f);

Aunque el objetivo del D.S. N° 203/2014 sea principalmente la protección del recurso agua para los usuarios o propietarios de DAA subterráneas, a través de una nueva lectura a estas disposiciones se podrá encontrar un objeto de protección ambiental, desde la disponibilidad de las aguas en la zona -como en los casos de las letras d) y e)-, hasta la calidad de las aguas -como ocurre en la letra f)-. Por ello, lo consideraremos igualmente un instrumento de gestión ambiental.

5.9 La protección del acuífero para decretar zona de prohibición

El Código de Aguas permite a la DGA declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas fundado en la “protección del acuífero”, según lo dispone el artículo 63.

Pese a la amplitud de la norma, el artículo 35 del D.S. N° 203/2014 la restringe considerablemente⁵¹ al indicar que la DGA podrá declarar zonas de prohibición “cuando se

⁵⁰ En más de un diez por ciento del caudal medio mensual asociado al ochenta y cinco por ciento de probabilidad de excedencia, durante seis meses consecutivos.

⁵¹ Antes del D.S. N° 203/2014, estas cuestiones se regulaban por la Res. Ex. N° 425 del año 2008 de la DGA que, en su artículo 36, contenía los casos que permitían a la DGA declarar zona de prohibición para nuevas explotaciones. Los casos que nos interesan de esta norma eran: “d) Que exista contaminación del acuífero por desplazamiento de aguas contaminadas o de la interfase agua dulce-salada en sectores próximos a aguas salobres, comprometiendo las captaciones existentes” y “e) Que exista afección al medio ambiente en los sectores protegidos indicados en el artículo 22 letra f) de la presente resolución”.

hayan constituido derechos de aprovechamiento de aguas que comprometen toda la disponibilidad determinada por la Dirección General de Aguas para la constitución de derechos de aprovechamiento tanto definitivos como provisionales”.

5.10 Reserva de caudales

El artículo 147 bis dispone que el Presidente de la República puede fundadamente denegar -pero solo parcialmente- una petición de DAA en dos casos: cuando sea necesario reservar el agua para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua; o bien, tratándose de derechos no consuntivos, por “circunstancias excepcionales y de interés nacional”.

Se ha considerado un instrumento de gestión ambiental de las aguas, pues desde el año 2006 hasta el 2014 se dictaron 24 decretos de reserva, 9 de los cuales tuvieron por fundamento justamente la “conservación ambiental”⁵². Y en el año 2015, la autoridad rechazó varias solicitudes de derechos de agua de HidroAysén en los ríos Baker y Pascua, basada en que constituyen “circunstancias de interés nacional”, “la preservación ecosistémica y el desarrollo productivo local”⁵³.

5.11 La evaluación de la colmatación del acuífero y la contaminación de las aguas subterráneas en la aprobación de los proyectos de recarga artificial de acuíferos

Desde la reforma del año 2005, el nuevo inciso 2° del artículo 66 del Código de Aguas permite a cualquier persona recargar artificialmente los acuíferos, como una alternativa a los problemas de disponibilidad hídrica. El del Código de Aguas se preocupa de incentivar esta actividad -dando una preferencia a quien recarga en un área de restricción para

Algunos de estos casos quedaron en los supuestos para la declaración de área de restricción del D.S. N° 203/2014, mientras que otros quedaron para aquellos casos en que la DGA puede limitar prudencialmente los DAA constituidos provisionalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 del D.S. N° 203/2014. De ahí entonces, que la actual restringida redacción del artículo 35 del D.S. N° 203/2014, establezca que la DGA pueda declarar la zona de prohibición solo cuando se hayan constituido DAA que comprometen toda la disponibilidad determinada por la DGA, y no cuando se funde en “la protección del acuífero” como lo dispone el Código de Aguas. Aquí claramente el espíritu del legislador se redujo a través de la vía administrativa.

⁵² Para un análisis de la reserva de caudales versus el caudal mínimo ecológico, interesante ver: Trinidad Prieto y Francisco Puelma, «¿Es el caudal de reserva una herramienta que permita velar por la conservación ambiental?», en *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos naturales: ¿Sustentabilidad sobre explotación?*, ed. Jorge Aranda, et al. (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 377-407.

⁵³ En todo caso, la empresa presentó un reclamo de ilegalidad, donde se acompañó un informe del actual Contralor General de la República, donde Bermúdez tilda de ilegales los Decretos Exentos N° 3 y 4 del MOP, entre otras razones, justamente por basarse en consideraciones medioambientales. Sin embargo, el 15 de mayo de 2017, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos interpuestos (avalando que son circunstancias de interés nacional “la preservación ecosistémica y el desarrollo productivo local”) y están pendientes dos recursos de casación interpuestos ante la Corte Suprema.

constituir a su favor derechos provisionales mientras las obras de recarga se mantengan- y el Reglamento del D.S. N° 203/2014 precisa los requisitos técnicos de la solicitud y los límites a la autoridad al aprobar este tipo de proyectos, debiendo velar porque ellos no provoquen “la colmatación del acuífero ni la contaminación de las aguas” (art. 49). Sus objetivos ambientales son evidentes.

6. Principales resultados

Revisemos ahora en estos instrumentos, quiénes tienen derecho a participar - cualquiera sea la forma- en la toma de decisiones o en los reclamos frente a ellas. Seguiremos básicamente el orden del capítulo anterior.

En primer lugar, en el procedimiento de constitución de todo DAA, la participación ciudadana se limita en realidad solo al derecho a oponerse a la solicitud. Se exige que la solicitud se publique cuando “afecte o pueda afectar a terceros” (art. 131), pudiendo oponerse “los que se crean perjudicados por la solicitud y la Junta de Vigilancia” (art. 141) o aquellos “terceros que se sientan afectados en sus derechos” (art. 132). Hasta ahora se ha interpretado que las normas se refieren a los derechos de aprovechamiento de aguas.

Como segundo punto, en el otorgamiento de los derechos sobre aguas subterráneas, se vio que existe un matiz importante pues la ley permite otorgarlo “siempre que la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo, considerando los antecedentes técnicos de recarga y descarga, así como las condiciones de uso existentes y previsibles [...]” (inciso final del artículo 147 bis). De esta manera, el procedimiento considera cumplir objetivos claramente ambientales, incluso respecto a los usos actuales y a los futuros. Sin embargo, cuando se publique esta solicitud, solo podrán oponerse a la constitución de este derecho los que se crean “perjudicados” por la solicitud en sus derechos, expresiones hasta ahora interpretadas alusivas a otros dueños de derechos de aprovechamiento de aguas.

Por otra parte, y como se adelantó, solo existe en Chile un área de protección para derechos de agua subterráneas -no a las captaciones del agua-, limitada a un radio de 200 metros que se fijará en la respectiva resolución que otorgue el derecho la cual impedirá que otros instalen obras para extraer aguas subterráneas, sin asumir problemas de contaminación, lo que se ha denunciado es especialmente grave para las captaciones de agua potable. Pues bien, la lógica se mantiene: solo podrán oponerse a la solicitud de este derecho, otros titulares de derechos e incluso estos afectados podrán renunciar a esta área de protección (art. 61 del Código de Aguas y art. 26 y siguientes del D.S. N° 203/2014) pues justamente solo protege sus derechos⁵⁴.

⁵⁴ Verónica Delgado, José Luis Arumi y Oscar Reicher, «Lessons From Spanish and US...», 4699-4713.

Como cuarto aspecto, respecto a la oposición de los derechos que establezcan modalidades al ejercicio del derecho para proteger el medio ambiente, la autoridad no considera la opinión de parte alguna de la sociedad para establecerlas, más que lo que pueda argumentar algún otro dueño de un derecho de aprovechamiento de aguas que se oponga a la constitución del derecho.

En quinto lugar, y respecto a la protección de cauces, si bien la ley protege el lecho de los cursos superficiales de agua, se debe advertir que el artículo 129 bis 2 faculta a la DGA para la inmediata paralización de las obras y labores que se ejecuten en los cauces naturales de aguas corrientes o detenidas que no cuenten con dicha autorización, siempre que -la exigencia es copulativa- pudieren originar “perjuicios a terceros”. De esta manera, la única posibilidad de existir participación se daría en el caso que estas obras hayan debido ingresar al SEIA.

Lo mismo se aplica respecto a la construcción de obras del art. 41 y del art. 294 del Código de Aguas, hipótesis analizada en los acápites 5.6 y 5.7 del capítulo anterior.

Más preocupante es la situación de la siguiente serie de medidas -tan importantes como puede serlo un plan de prevención o descontaminación ambiental- adoptadas por la autoridad sin instancia alguna de participación. Así, en el caso del acápite 5.8 anterior, fundándose en la protección del acuífero, la autoridad podrá decretar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, es decir no podrá otorgar nuevos DAA. Pues bien, en este caso, donde claramente el acuífero está afectado ambientalmente por la cantidad de agua que de él se extrae, los considerados en la norma son todos los usuarios de dicho acuífero, que pasarán a integrar de manera una Comunidad de Aguas (art. 63). Con la misma lógica, para alzar dicha prohibición, solo se considera la solicitud de parte. Si bien la expresión usuarios podría interpretarse de manera amplia, se deduce claramente que en realidad solo alcanza a los dueños de los derechos de agua, pues la comunidad estará integrada por los “titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que se condicen por la obra común” (arts. 186 y 187).

En el caso en que la explotación solo “cause perjuicio a los otros titulares de derechos”, la DGA podrá, a petición de “uno o más afectados”, establecer la reducción temporal del ejercicio de dichos derechos. Y dicha medida se podrá alzar solo cuando los mismos solicitantes reconsideren su petición, o cuando a juicio de dicha Dirección hubieren cesado las causas que la originaron (art. 62).

Cuando exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero “con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros establecidos en él”, la autoridad podrá decretar un área de restricción de oficio según los antecedentes que existan de la explotación o a petición de “cualquier usuario” del respectivo sector de aprovechamiento común. El reglamento permite solo a los usuarios pedir esta declaración. Pero si existe posibilidad de “afección a los caudales” o “la disponibilidad sostenible de otro sector” o “riesgo de contaminación”, lo lógico sería permitir que cualquier interesado pueda solicitar la declaración a la DGA. Pero no es esa la lógica seguida: también en este caso se dará origen a una Comunidad de Aguas formada por “todos los usuarios de aguas subterráneas” comprendidas

en dicha área (art. 65) y la autoridad podrá otorgar derechos provisionales limitándolos prudencialmente e incluso dejarlos sin efecto si se constatan “perjuicios a los derechos ya constituidos”.

En el caso de las aguas superficiales, donde las consideraciones ambientales son menores en comparación a las aguas subterráneas, si bien el esquema limitado se mantiene, se dan algunas cuestiones interesantes. Respecto al establecimiento del caudal ecológico en los nuevos DAA que se constituyan, el artículo 9 del reglamento permite que “cualquier” persona pueda solicitar la declaración de un caudal ecológico mínimo en una fuente superficial. Una oportunidad relevante para incorporar mecanismos de participación ciudadana al momento de establecer un caudal ecológico mínimo, se encuentra en el artículo 11 del Reglamento, pues si el MOP pretendiere fijarlo, deberá solicitar a la DGA y al MMA, informe fundado acerca de la pertinencia de declararlo. En este procedimiento sería recomendable que se agregara alguna instancia de participación ciudadana.

También existen normas limitadas respecto a la reserva de caudales cuando se reserva para el abastecimiento humano o para fines de conservación, turismo, desarrollo local, etc. No existe instancia alguna de participación social ni antes de decretarla o de dejarla sin efecto, más allá del típico derecho a oponerse por el afectado con dicho decreto.

Tampoco las reglas cambian en la recarga artificial de acuíferos. Se trata de una actividad que implica riesgos ambientales serios -como la colmatación del acuífero y la contaminación de las aguas que recibirán la recarga- en áreas que pueden llegar a ser muy extensas. Incluso, la extracción posterior de agua -a favor de quien hizo la recarga- puede hacerse en un sector hidrogeológico de aprovechamiento común distinto al que recibe la recarga -siempre que ambos estén interrelacionados- pudiendo en rigor, por ejemplo, afectar a muchas personas y perderse varios de los servicios que prestaba el acuífero. No existe aquí ninguna posibilidad de participación en la toma de decisión y solo podrán oponerse los demás titulares de derechos de aguas subterráneas.

7. Discusión y conclusiones

7.1 En los instrumentos de gestión ambiental del derecho de aguas chileno, solo se considera a los “afectados” o “perjudicados”, no hay participación ciudadana

Las fórmulas utilizadas por el legislador frente a medidas o procedimientos que incluyen objetivos ambientales (de manera directa o indirecta) son variadas -“perjuicios a terceros”, el “afectado”, “terceros que se sientan afectados en sus derechos”, “terceros perjudicados por la solicitud”, “usuarios”, “parte”, “otros titulares de derechos perjudicados”, uno o más “afectados”, “perjuicio a los derechos ya constituidos”, etc.-, pero todas ellas reconducen a la idea de perjuicio o propiedad; y han sido hasta ahora aplicadas e interpretadas de manera limitada a los titulares de DAA.

Coincide Hervé -respecto al procedimiento de acceso al recurso natural mediante la constitución del DAA- que “[...] se restringe la participación solo a la oposición de terce-

ros con derechos adquiridos que puedan verse afectados [...] Esto implica que los terceros interesados quedan excluidos del proceso en cuestión”. Y por ello concluye que “[...] la participación pública en el proceso de constitución de concesiones sobre recursos naturales es, probablemente, el proceso de adopción de decisiones que menos contempla los requisitos que exige una dimensión política de la Justicia Ambiental”⁵⁵.

Este panorama confirma que el Código de Aguas es, en realidad y básicamente, un Código que protege derechos y no a las aguas mismas. El Derecho de Aguas chileno, anclado en la lógica de la Constitución de 1980, basada en la propietarización de los derechos de agua⁵⁶ -y con ello del agua misma-, no considera instancias en las que la comunidad pueda argumentar el respeto y protección de usos del agua diferentes a los meramente productivos -riesgo, minería, hidroelectricidad, etc.-, inclusive cuando se trata de su consumo doméstico para garantizar un derecho humano o de la mantención de caudales para que el ecosistema pueda subsistir.

Todo el Código de Aguas razona en considerar solo la opinión -vía oposición generalmente- de aquellos que acrediten sufrir un “perjuicio” en el ejercicio de un DAA. No se consideran audiencias públicas u otras instancias de participación ni siquiera cuando la autoridad debe resolver medidas o autorizaciones, considerando objetivos ambientales, como al decretar un área de restricción, una zona de protección, la recarga de acuíferos, o cuando pueda la autoridad tomar decisiones sin respetar estas consideraciones ambientales como cuando decreta una zona de escasez por extraordinaria sequía⁵⁷, etc. Y tampoco habrá participación alguna cuando la autoridad resuelva dejar estas medidas de protección sin efecto, lo que parece aún más grave.

La lógica patrimonialista del Código de Aguas se limita generalmente a considerar solo la opinión de quien ve afectado el ejercicio de sus DAA. Razón tiene Mirosevic cuando advierte que la participación ciudadana debe operar no solo como un mecanismo de defensa de derechos particulares, sino como uno que apunte al interés general de la colectividad y no solo se determinados sectores⁵⁸.

⁵⁵ Dominique Hervé, *Justicia Ambiental...*, 322 y 323.

⁵⁶ Fenómeno desarrollado y criticado en Alejandro Guzmán, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995) y Alejandro Vergara, «La propietarización de los derechos», *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* 14 (1992): 281-291.

⁵⁷ Es preocupante que para declarar una zona de escasez en épocas de extraordinaria sequía (en virtud de lo establecido en el art. 314 CA), el Presidente de la República pueda hacerlo, sin considerar instancia alguna de participación ciudadana, especialmente si se considera que una vez decretada, la DGA podrá, si no hay acuerdo entre los usuarios, redistribuir las aguas, suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales; autorizar extracciones de aguas desde cualquier punto, sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo, etc.; hacerse cargo de la distribución en las zonas declaradas de escasez en las corrientes naturales o en los cauces artificiales en que aún no se hayan constituido organizaciones de usuarios, sin sujeción a las reglas de los procedimientos administrativos.

⁵⁸ Camilo Mirosevic, «La Participación ciudadana en el procedimiento...», 283.

Si bien el CA se “ambientalizó” en parte el año 2005, la reforma no asumió la necesidad de incorporar participación ciudadana, aunque tratándose de medidas de que deben adoptarse para evitar daños a los ecosistemas y sus efectos en la calidad de vida de las personas que se benefician de ellos. Esta situación contrasta con lo que ocurre en derecho ambiental, en que, por ejemplo, cuando se declara la contaminación de un río y se deba implementar el respectivo plan de descontaminación o prevención, la ley exige participación ciudadana de cualquier interesado, de manera temprana, para influir en el diseño del anteproyecto del plan y de cada una de las metas y medidas que se quieran utilizar.

Debemos reformar estas normas para incluir instancias adecuadas de participación con miras a lograr una gestión sustentable del agua. De hecho, de las normas revisadas, sería imprescindible incorporar instancias para la toma de decisiones, al menos en los procedimientos para la determinación del caudal mínimo ecológico y para decretar -y especialmente levantar- una zona de prohibición o restricción, ordenar la reserva de caudales, permitir la recarga artificial de un acuífero o disponer la escasez de un área por extraordinaria sequía.

En los otros procedimientos -como el de otorgamiento de derechos, su traslado o imposición de modalidades de ejercicio por razones ambientales; y las autorizaciones relacionadas a obras en cauces naturales, etc.-, se podría prescindir de una reforma si las expresiones que hasta ahora se entienden limitadas a los dueños de los derechos de aprovechamiento de aguas, fuesen interpretadas de manera más amplia, para incluir a otros interesados, especialmente en la protección ambiental de las aguas, fundando esta apertura en que el Estado -y con ello la DGA- deben también cumplir con el deber constitucional de tutelar por la preservación de la naturaleza.

7.2 Los organismos públicos deben jugar un rol preponderante para “correr el cerco” ampliando las instancias de participación ciudadana en el derecho de aguas chileno

La autoridad administrativa y la judicial deben avanzar hacia interpretaciones que permitan incorporar, al menos en la sede de oposiciones, reclamos o recursos, la posibilidad de participar a aquellos que sin tener derechos de aprovechamiento de las aguas estén igualmente interesados en la protección y uso racional del agua.

En sede ambiental, como se revisó, en que la Ley N° 19.300 se refería como legitimados activos de una demanda por daño ambiental, a las personas naturales o jurídicas que “sufrieran” el daño ambiental, la jurisprudencia avanzó decididamente a interpretar la norma en sentido amplio, como aquel portador de un interés ambiental diferente al de aquel que vio lesionado su patrimonio o salud, aceptando como tales, por ejemplo, a aquellos residentes en el área de influencia del proyecto demandado o, respecto a las ONG, que puedan accionar en nombre propio si estatutariamente fueron creadas para la defensa del medio ambiente.

Tratándose de la protección ambiental de las aguas, el criterio debiera ser el mismo: Reconocer la naturaleza colectiva o común de los bienes en juego y abrir la legitimación en sede administrativa y judicial a todos aquellos usuarios de la cuenca, entendida esta expresión en sentido amplio, no limitada a quienes sean dueños de derechos de aprovechamiento de aguas, sino beneficiarios de cualquiera de los servicios ecosistémicos que ella presta, incluyendo en el fondo no solo los usos productivos -o servicios de provisión-, sino también los culturales -como el turismo- y los de regulación -como el evitar inundaciones-⁵⁹.

Lamentablemente la reforma al Código de Aguas, aunque mejora en representatividad de las organizaciones de usuarios⁶⁰, parece ir en un sentido diferente en materia de legitimación, pues restringe aún más quién puede oponerse a ciertas decisiones⁶¹ y no aclara quién podrá oponerse o recurrir contra atentados al uso humano ni tampoco del ecosistémico⁶².

⁵⁹ Para estos conceptos en el Derecho chileno ver: Verónica Delgado, «Servicios ecosistémicos y ambientales en la legislación chilena», en *Actas de las VII Jornadas de derecho ambiental: Recursos naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*, ed. Jorge Aranda, et al. (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 523-553.

⁶⁰ Sobre la reforma, incluyendo avances en la mejora de las herramientas de obtención de información y en fortalecer las organizaciones de usuarios en su función pública de distribuir el agua, pero “asegurando una participación equitativa entre los distintos usuarios”, fundamental ver: Tatiana Celume, «Pilares sobre los que se sustenta la reforma al Código de Aguas chileno y desafíos pendientes», en *Actas de Derecho de Aguas 5* (2015): 39-50.

⁶¹ En efecto, al definir los legitimados para oponerse en el otorgamiento de los derechos de agua y varias otras solicitudes, la propuesta modifica el art. 132 del Código de Aguas, agregando a la expresión “terceros” que se sientan “afectados” -y que sugerimos interpretar de manera amplia en este trabajo- que podrán oponerse los “terceros titulares de derechos de aprovechamiento constituidos e inscritos en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces”. Proyecto de Ley Boletín N° 7543-12, Texto del art. 132 aprobado hasta agosto 2017 en la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía.

⁶² Por moción parlamentaria ingresada a tramitación en marzo de 2011, se inició la discusión del proyecto de ley que busca reformar el Código de Aguas (Proyecto de ley Boletín N° 7543-12) en el que se pretendía reconocer las funciones del agua, incluidas las “funciones ambientales” y se imponía el deber del Estado de garantizar el acceso a estas funciones a todas ellas (art. 4 bis). Posteriormente, en 2014 el gobierno de la presidenta M. Bachelet, por medio de una indicación sustitutiva, ingresó una serie de modificaciones, entre las cuales prefirió referirse a la función de “preservación ecosistémica”, incluyéndola en el número dos del orden de prioridad de los usos del agua (art. 5 bis). Tras un largo debate, el 22 de noviembre de 2016, la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley, enviando la discusión a su segundo trámite constitucional en el Senado, ingresando en esa fecha a ser analizado por la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado (CRHDS). El 12 de abril de 2017, tanto el ejecutivo como la CRHDS, ingresaron una serie de indicaciones sustitutivas al proyecto de ley, las que fueron posteriormente votadas por la CRHDS. El texto aprobado se refiere a la función de “preservación ecosistémica”. Actualmente el proyecto de ley se encuentra siendo discutido por la Comisión de Agricultura del Senado. Boletín N° 7543-12, Cámara de Diputados, Chile, Proyecto de Ley (Moción) de Reforma el Código de Aguas, 17 de marzo de 2011, en trámite. Documento y tramitación disponible en línea: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7936>.

Pues bien, si se reconocen el uso para consumo humano y el relacionado a la “función de preservación ecosistémica” será determinante el contenido y alcance que se dé a estas expresiones y será fundamental precisar quién será el legitimado para velar por el respeto a estos usos por parte de los privados y el propio Estado. Considerando que respecto al caudal mínimo ecológico, la fórmula vigente acepta que “cualquier persona” al menos lo solicite, no sería aceptable entonces el uso de criterios restringidos para accionar cuando este uso no sea respetado, por ejemplo, al otorgar o trasladar derechos de agua.

Si no hacemos profundas reformas legales o al menos esta apertura en la interpretación de las normas, seguiremos lejanos al derecho de aguas que debiéramos tener en el siglo XXI, un derecho de aguas, que -como sentencia Embid- necesariamente deberá ser un “derecho ambiental de las aguas” en el que “profundas bases democráticas y participativas serán el fundamento sociológico de ese derecho” y donde “perderán importancia las cuestiones relativas al clásico tema de la propiedad de las aguas”⁶³.

Es imprescindible asumir -como destaca Recabarren- que existe un “abismo” inaceptable entre el reconocimiento constitucional de protección de los recursos hídricos - como recursos naturales que son- y la escasa extensión de las normas que reconocen la finalidad pública de los mismos, lo que hace que el sistema chileno no provea al Estado de las facultades necesarias para garantizar una conservación mínima del agua y su utilización racional. La DGA básicamente se limita a otorgar los DAA y cuando el legislador le permite intervenir en aspectos ambientales, dicha intervención está destinada principalmente a resguardar intereses privados y no el interés general. El sistema de planificación, asignación de derechos de agua y la gestión de ella, en suma, no considera mecanismos de participación, marginando a la sociedad de todo tipo de decisiones⁶⁴.

Para abordar la incertidumbre (incluso científica) y la complejidad (por no haber reglas claras) propias de las cuestiones relacionadas a la gestión del agua, se deben combinar siempre la intervención de voces y opiniones contrapuestas, conseguir una suficiente diversidad interdisciplinaria y favorecer el desarrollo sistemático de alternativas. Las decisiones no pueden quedar exclusivamente en manos del Estado o los expertos, políticos o solo de los usuarios⁶⁵.

Como plantea Tomic “uno de los aspectos más contradictorios de la destrucción del medio ambiente es que, siendo consecuencia directa de su explotación económica, no es el beneficiario inmediato de esa explotación el que asume el costo del deterioro, sino la sociedad”⁶⁶. Y con ella y para ella, deberán tomarse las decisiones que aseguren una gestión sustentable del agua en el país.

Se debe asumir que el Derecho de Aguas de Chile debe hacer frente cuanto antes a la escasez y la contaminación del agua que están afectando -y seguirán afectando- gravemente el estado de los ecosistemas y, por ende, los beneficios que ofrecen a la sociedad, siendo por lo mismo una fuente constante de conflictos sociales y donde -por lo mismo- resulta imperativo oír a la ciudadanía. El sistema actual se define acertadamente como uno poco participativo, donde los participantes convocados son solo particulares con derechos y donde actores como el ecosistema, los usos *in situ*, los culturales y las generaciones futuras

⁶³ Antonio Embid, «El derecho de aguas del siglo XXI», *Actas de Derecho de Aguas* 2 (2012): 93.

⁶⁴ Oscar Recabarren, «El derecho de aguas chileno desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente», *Revista Justicia Ambiental* 8 (2016): 126, 127 y 129.

⁶⁵ Leandro del Moral y Belén Pedregal, «Nuevos planteamientos científicos y participación ciudadana en la resolución de conflictos ambientales», *Documents d'anàlisi geogràfica* 41 (2002): 129-130.

⁶⁶ Tonci Tomic, «Participación y medio ambiente», *Revista CEPAL* 48 (1992): 115.

no están debidamente representadas. Esto constituye una amenaza al sistema en la medida que se crea que las organizaciones de usuarios sean un paso previo a un organismo de cuenca, puesto que ellas actualmente no reflejan la multiplicidad de percepciones y usuarios del agua en la ella⁶⁷.

Bibliografía

Libros y artículos

Banco Mundial, ed., *Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*. Santiago: Publicación del Banco Mundial, 2011. Acceso el 23 de enero 2017. <https://goo.gl/yaHEju>

Banco Mundial (Editor). *Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*. Santiago-Bogotá: Publicación del Banco Mundial, 2013. Acceso el 23 de enero de 2017. <http://documentos.dga.cl/ADM5439.pdf>

Bauer, Carl. «¿La ley del péndulo? Conflictos y la gobernanza del agua en Chile desde 2005». En *Actas de las VII jornadas de derecho ambiental. Recursos naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*, editado por Jorge Aranda, Ximena Insunza, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y Ana Lya Uriarte, 637-673. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

Bauer, Carl. «Water Conflicts and Entrenched Governance Problems in Chile's Market Model». *Water Alternatives* 8, N° 2 (2015): 147-172.

Bencala, Kenneth. «Hyporheic Exchange Flows». *Encyclopedia of Hydrological Sciences* 113, N° 10 (2005): 1733-1740.

Benoit, Daniel. «Protección ambiental de las aguas». *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* 7 (2002): 119-138.

Bermúdez, Jorge. «El acceso a la información pública y la justicia ambiental». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2010): 571-596.

Bermúdez, Jorge. *Fundamentos de derecho ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014.

Boettiger, Camila. «Variables Ambientales en el Código de Aguas». En *Actas de las VII jornadas de derecho ambiental. Recursos naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*, editado por Jorge Aranda, Ximena Insunza, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y Ana Lya Uriarte, 359-376. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

Camacho, Gladys. «Acceso a la información y medio ambiente». *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, editado por Jorge Aranda, Ximena Insunza, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y Ana Lya Uriarte, 549-565. Santiago: Thomson Reuter, 2012.

CEPAL y OCDE. *Evaluación de Desempeño Ambiental Chile 2016*. Santiago: CEPAL, 2016. Acceso el 13 de mayo de 2017. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40308/S1600413_es.pdf

⁶⁷ Rafaela Retamal, et. al, «¿Son la gestión de cuencas y el Código de Aguas herramientas sinérgicas para una gobernanza sustentable del agua en Chile? Primeras aproximaciones desde la escala local», en *Cambio climático global: vulnerabilidad, adaptación y sustentabilidad. Experiencias internacionales comparadas*, ed. Jorge Rojas (Concepción: Universidad de Concepción, 2012), 273-276.

- Chávez, Romina. «Participación pública en la Evaluación de Impacto Ambiental y Conflicto ambiental: un análisis desde el derecho internacional». *Revista Justicia Ambiental* 7 (2015): 79-108.
- Contraloría General de la República, *Informe Final 1-14 Dirección General de Aguas sobre Estrategia Nacional de Recursos Hídricos*, (2014), acceso en 3 de octubre 2017, <https://goo.gl/6YHCFi>
- Costa, Ezio y Paula Fuentes. «La participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental». *Revista Justicia Ambiental* 3 (2011): 83-106.
- Costa Ezio. «Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile». *Revista Chilena de Derecho* 43, N° 1 (2016): 335-354.
- Delgado, Verónica, José Luis Arumi y Oscar Reicher. «Lesson From Spanish and US Law for Adequate Regulation of Groundwater Protection Areas in Chile, Especially Drinking Water Deposits». *Water Resources Management* 31 N° 14 (2017): 4699-4713.
- Delgado, Verónica. «Breves reflexiones sobre el daño ambiental en Chile al afectarse “servicios ecosistémicos”, con especial referencia a la legitimación activa de tales demandas». *Desarrollo Sustentable: miradas interdisciplinarias de experiencias en Chile y Brasil*, ed. por Ricardo Barra y Jorge Rojas, 51-64. Concepción: Universidad de Concepción, 2016.
- Delgado, Verónica. «Servicios ecosistémicos y ambientales en la legislación chilena». En *Actas de las VII jornadas de derecho ambiental. Recursos naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*, editado por Jorge Aranda, Ximena Insunza, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y Ana Lya Uriarte, 523-553. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- Delgado, Luisa, Pamela Bachmann y Bárbara Oñate. «Gobernanza ambiental: una estrategia orientada al desarrollo sustentable local a través de la participación ciudadana», *Ambiente y Desarrollo* 23, N° 3 (2007): 68-73.
- Del Moral, Leandro y Belén Pedregal. «Nuevos planteamientos científicos y participación ciudadana en la resolución de conflictos ambientales», *Documents d'anàlisi geogràfica* 41 (2002): 121-134.
- Embid, Antonio. «El derecho de aguas del siglo XXI». *Actas de Derecho de Aguas* 2 (2012): 79-104.
- Embid, Antonio y Liber Martín. *La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina*. Santiago: CEPAL, 2015.
- Estevan Bolea, María Teresa y Juan Ignacio Xiberta Estevan, «La gestión ambiental en el sector público». En *Máster en Evaluación de Impacto Ambiental*. Estevan B., M. T.; Xiberta E., J. I.; Pastor A., P.; M. de Zarobe; M. Ruiz. Málaga: Artigraf, 1994.
- Fernández, Pedro. *Manual de Derecho Ambiental chileno*. Santiago: Legal Publishing, 2013.
- Guzmán, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Henríquez, Alfonso. «Participación Indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental». *Revista Ius Et Praxis* 19 (2013): 251-300.
- Hervé, Dominique. «Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 23, N° 1 (2010): 9-36.
- Hervé, Dominique. *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.
- Mallea, María Isabel. «Protección ambiental de las aguas en Chile: avances hacia una gestión integrada de los recursos hídricos». *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* 25 (2011): 35-63.

Mirosevic, Camilo. «La Participación ciudadana en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417». *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36, N° 1 (2011): 281-323.

Mirosevic, Camilo. *Mecanismos de participación ciudadana en el ordenamiento jurídico*. Santiago: Librotecnia, 2013.

Moraga, Pilar. «La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno». *Derecho del Estado Universidad Externado de Colombia* 38 (2017): 177-198.

Moraga, Pilar. «Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 39, N° 2 (2012): 291-317.

Muñoz, Sergio. «El acceso a la Justicia ambiental». *Revista Justicia Ambiental* 6 (2014): 17-38.

Prieto, Trinidad y Francisco Puelma. «¿Es el caudal de reserva una herramienta que permita velar por la conservación ambiental?». *Actas de las VII jornadas de derecho ambiental. Recursos naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?*, editado por Jorge Aranda, Ximena Insunza, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y Ana Lya Uriarte, 377-407. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

Thorp, James. «Models of ecological processes in riverine ecosystems». *Encyclopedia of Inland Waters* 1 (2009): 448-455.

Tomic, Tonci. «Participación y medio ambiente». *Revista CEPAL* 48 (1992): 113-121.

Recabarren, Oscar. «El derecho de aguas chileno desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente». *Revista Justicia Ambiental* 8 (2016): 109-138.

Reinoso, María Isabel. «La participación ciudadana en el SEIA, como herramientas de solución de controversias relativas al uso del agua». *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*, editado por Jorge Aranda, Ximena Insunza, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y Ana Lya Uriarte, 594-607. Santiago: Thomson Reuters, 2012.

Retamal, Rafaela, Andrea Andreoli, José Luis Arumi, Jorge Rojas y Oscar Parra. «¿Son la gestión de cuencas y el Código de Aguas herramientas sinérgicas para una gobernanza sustentable del agua en Chile? Primeras aproximaciones desde la escala local». En *Cambio climático global: vulnerabilidad, adaptación y sustentabilidad. Experiencias internacionales comparadas*, editado por Jorge Rojas, 269-284. Concepción: Universidad de Concepción, 2012.

Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. *Participación ciudadana en la gestión de gobiernos regionales y municipios. Mejorar la gestión descentralizada desde la innovación en participación ciudadana*. <https://goo.gl/GXx8QW>. Acceso 29 septiembre 2017 2004

Vergara, Alejandro. «La propietarización de los derechos». *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* 14 (1992): 281-291.

Jurisprudencia judicial

Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-5-2013. 16 de agosto de 2013.

Tercer Tribunal Ambiental. Rol R-26-2016 (acumuladas R-25-2016 y R-27-2016). 29 de septiembre de 2016.

Otros recursos

Boletín N° 7543-12, Cámara de Diputados, Chile, Proyecto de Ley (Moción) de Reforma el Código de Aguas, 17 de marzo de 2011, en trámite. Documento y tramitación disponible en línea: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7936>.

Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, Valparaíso-Santiago, 1994.

Recibido: 5-9-2017.

Aceptado: 16-10-2017.

Filiación institucional de los autores:

Verónica Delgado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.
Oscar Reicher, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.