

OBSTÁCULOS EN LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS CONSIDERACIONES AMBIENTALES

PATRICIO ARIAS HARDOY ¹

En los inicios de la aplicación del Código de Aguas, a fines de 1981, el proceso de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas se regía normal y fundamentalmente por las siguientes disposiciones legales:

- a. El Código de Aguas.
- b. Las normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas de la Dirección General de Aguas.
- c. Las normas que rigen al Ministerio de Relaciones Exteriores, y en especial a la Dirección de Fronteras y Límites.

Sin embargo, desde esa fecha y por razones de criterios administrativos, se han ampliado las normas que se aplican a la obtención de permisos de exploración y de derechos sobre aguas subterráneas, lo que ha dado como resultado una barrera institucional a la dotación del recurso a los proyectos industriales, productivos y de bienestar social.

En este orden existen en la actualidad limitaciones cada vez mayores para la obtención de los derechos, que ha motivado a este exponente a dar cuenta en estas Jornadas de aspectos que nos parecen relevantes para iniciar, al menos, el tratamiento y búsqueda de soluciones legales y administrativas al tema planteado.

Destacaremos a continuación algunos obstáculos que nos parecen relevantes en la tramitación para obtener el recurso subterráneo, y finalizar con las consideraciones ambientales involucradas.

PERMISOS DE EXPLORACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

Los interesados en obtener permisos de exploración de aguas subterráneas deben dar cumplimiento, ajustarse o al menos tener en consideración: las disposiciones del Decreto Ley Nº 1.939 relativo a atribuciones del Minis-

terio de Bienes Nacionales, a la Ley Indígena, al Acuerdo Marco entre la CONADI y la Dirección General de Aguas, a la Ley de Monumentos Nacionales, a la Ley de Bases del Medio Ambiente y su Reglamento, al Código de Minería, a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, y por supuesto al Código de Aguas y a la Resolución Nº 186 de 1996, de la Dirección General de Aguas.

CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

Obtenido el permiso de exploración, el interesado debe formalizar su solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas ante la Dirección General de Aguas y efectuar las tres publicaciones que señala la ley.

Paralelamente, el solicitante debe requerir la autorización del dueño del suelo, que en las tres primeras regiones del país y en la mayoría de los casos es la Nación, cuyos bienes los administra el Ministerio de Bienes Nacionales. Para obtener esta autorización debe formalizar una nueva solicitud ante esa repartición, con todos los antecedentes y requisitos propios de la que efectuó ante la Dirección General de Aguas.

En dicho Ministerio la solicitud se sujeta a la aprobación o informe del SERNAGEOMIN, del Servicio de Impuestos Internos y del Servicio Agrícola y Ganadero. Debemos agregar que terminado el procedimiento, comúnmente muy extenso, la autorización debe ser suscrita por el Ministro de la Vivienda que tiene las funciones de Ministro de Bienes Nacionales, sin que se hayan reglado atribuciones delegadas, que cabrían en la especie.

En el curso del procedimiento en la Dirección General de Aguas, el interesado normalmente recibe oposiciones de las Municipalidades, de la CONAF, del SAG, de los dueños de concesiones mineras, y lo que estimamos procedente, de otros titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, o titulares de solicitudes anteriores que recaen en el acuífero respectivo.

¹ Abogado-Consultor.

Rechazadas todas las oposiciones, mediante un procedimiento que consulta dos recursos adicionales, reconsideración y reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva, el interesado debe acreditar la disponibilidad del recurso a nivel de pozo y a nivel de acuífero, para lo cual debe acompañar los estudios técnicos de carácter geofísico e hidrogeológico, que prueben de manera irredargüible que no se afectará el volumen embalsado, y que la solicitud solo afecta la recarga del acuífero, más una pequeña corrección equivalente al 5% del volumen embalsado en 50 años.

Además, se analiza por parte de la Dirección General de Aguas una posible afectación a la flora y la fauna, los aspectos paisajísticos, los asentamientos indígenas, la preservación de humedales, los monumentos nacionales, la degradación del suelo, la depresión del terreno, la pérdida de almacenamiento del acuífero, el desecamiento de las vertientes, la disminución de la calidad del agua, etc.

Es necesario destacar que cada una de las exigencias descritas tienen un fundamento legal y muchas veces práctico, pero es insoslayable destacar que el procedimiento se ha ido haciendo cada vez más complejo y que resulta necesario abocarse a un estudio multidisciplinario y multisectorial para su debido tratamiento.

A continuación, analizaremos al menos dos interpretaciones de texto respecto al ámbito ambiental, que estimamos no corresponden en derecho.

LAS CONSIDERACIONES AMBIENTALES EN EL OTORGAMIENTO DE LOS DERECHOS

En el curso del proceso de constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, las autoridades públicas consideran los aspectos ambientales en dos oportunidades:

1.- En la tramitación de autorización de uso del suelo que debe otorgar el Ministerio de Bienes Nacionales, y para efecto de emitir un pronunciamiento fundado, esta repartición solicita informes al Ministerio de Agricultura a través del Servicio Agrícola y Ganadero, quien evalúa los impactos que pudiere tener la mencionada autorización en la flora y la fauna, el desarrollo de las actividades agroforestales y la protección o recuperación de terrenos. Este informe se basa, de acuerdo al criterio de las autoridades administrativas, en el artículo 16 del Decreto Ley N° 1.939, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

2. Por su parte, el Departamento de Protección y Conservación de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas analiza el impacto ambiental de los derechos solicitados a ese organismo, con lo cual existe un nuevo estudio de los aspectos ambientales.

IMPROCEDENCIA DE AMBOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA AUTORIDAD

1. El artículo 16 del Decreto Ley N° 1.939, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, señala, en su parte pertinente, lo siguiente:

“En los contratos de compraventa de terrenos fiscales rústicos y en los decretos o resoluciones que concedan arrendamientos, actas de radicación o títulos gratuitos de dominio, deberán contemplarse, previo informe del Ministerio de Agricultura, las prohibiciones y obligaciones tanto de índole forestal como de protección o recuperación de terrenos a que se someta el beneficiario. Cuando procediere, podrán imponerse obligaciones para la protección del medio ambiente”.

La autorización que otorga el Ministerio de Bienes Nacionales para constituir derechos de aprovechamiento de aguas en terrenos fiscales no se enmarca en ninguna de las instituciones jurídicas individualizadas en el citado decreto.

Efectivamente, no se trata de una compraventa, ni de un arrendamiento, tampoco de un acta de radicación o de un título gratuito de dominio.

La autorización del dueño del suelo es un acto jurídico especial o sui géneris, que se especifica y establece en las normas contenidas en la Resolución N° 186 de 1996, de la Dirección General de Aguas, en su artículo 22 y en lo dispuesto en el artículo 599 del Código Civil, que ordena la obtención de un permiso de autoridad competente para construir obras en terrenos fiscales.

Esta autorización *no tiene la naturaleza jurídica de ninguno de los actos individualizados en el artículo 16 del Decreto Ley N° 1.939*, y por tanto no resultan aplicables las exigencias y limitaciones que allí se establecen para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas.

En este orden, el Ministerio de Bienes Nacionales debe ponderar el mérito o bondad de la solicitud de acuerdo a sus propias y específicas facultades y considerando el bien del Estado y del beneficio que a las actividades nacionales provee el alumbamiento y desarrollo del recurso.

2. Por otra parte, la Dirección General de Aguas tampoco tiene atribuciones para examinar

ni imponer limitante alguna de carácter ambiental al proceso de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas.

Dicho organismo ha estado considerando la variable ambiental en sus decisiones sobre las solicitudes de los particulares, basada en el artículo 22 del Código de Aguas, en cuanto este manifiesta que no pueden constituirse derechos en perjuicio o menoscabo de los de terceros.

Entre los derechos de terceros se incluye la protección del medio ambiente, lo que es una razón valedera pero no es aplicable a la especie.

En efecto, el proceso de constitución de derechos de aprovechamiento es en nuestra legislación un acto netamente jurídico, no físico. No existe en el otorgamiento de derechos sino un acto de autoridad que en ejercicio de la potestad imperativa del Estado, autoriza al interesado al uso y goce de las aguas, que son bienes nacionales de uso público.

Este acto jurídico no implica de modo alguno el uso del agua ni un destino de ella, tampoco una utilización que involucre una actividad depredatoria del ambiente, y aún más, el interesado puede recurrir al recurso para una mejoría ambiental, en el marco de su propia voluntad o en el de aplicación de medidas mitigatorias.

El acto constitutivo del derecho se traduce finalmente en una resolución del Director General de Aguas, su reducción a escritura pública, la inscripción correspondiente en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador respectivo y el registro en el Catastro Público de Aguas.

Ninguno de estos actos tiene relevancia en el medio ambiente, por lo que no se divisa ni la razón material ni el fundamento jurídico de una

actividad de parte de la Dirección General de Aguas en la materia ambiental.

Aún más, el uso del agua en actividades que no están previstas en el artículo 10 de la Ley de Bases del Medio Ambiente, no está sometido a requerimientos ambientales por los organismos del Estado.

Solo en el evento y en la oportunidad en que se desarrolle algún proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental, el titular de derechos de aprovechamiento debe someterse al sistema de evaluación ambiental que señala la ley. Pero ello ocurrirá durante el ejercicio del derecho, no en el proceso de constitución del mismo, que como hemos visto carece de impactos materiales, físicos y ambientales.

CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de atender los motivos que han llevado a esta compleja situación, pareciera pertinente abocarse al estudio de las disposiciones legales y administrativas que regulan el otorgamiento de aguas subterráneas, en aras a su simplificación, unificación y sistematización, y analizar la procedencia de un estatuto jurídico particular sobre ellas, que consulte una agilización en el proceso de constitución de derechos, una nueva caracterización de derechos, especialmente los temporales, la solución de conflictos entre los interesados, la regulación en su ejercicio, las relaciones entre los usuarios, la protección ambiental y de los acuíferos, dentro de un marco de legalidad moderna, eficiente y expedita.