

## DE LOS BIENES Y DE SU DOMINIO, POSESIÓN, USO Y GOCE

*Jaime Alcalde Silva*

Profesor de Derecho Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS. SU CARÁCTER DE INMUEBLES POR DESTINACIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PARQUES NACIONALES COMO BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO. IMPOSIBILIDAD DE DESAFECTAR ADMINISTRATIVAMENTE LAS AGUAS QUE FORMAN PARTE DEL AMBIENTE PROTEGIDO. CORTE SUPREMA, SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2012, ROL N° 7423-2010<sup>1</sup>.

### I. LA CUESTIÓN DEBATIDA

Inversiones El Caudal Ltda. solicitó a la Dirección General de Aguas de la Región de los Lagos que constituyese a su favor derechos de aprovechamiento sobre las aguas del río Chaiquil, al interior del parque nacional Chiloé, para destinarlas a la generación de energía eléctrica. La CONAF se opuso a esta solicitud, sin mayores resultados. Por resolución N° 446, de 24 de mayo de 2010, la mentada Dirección rechazó la oposición fundada en que las normas sobre aguas eran de aplicación prioritaria respecto de aquéllas referidas a las áreas silvestres o al ambiente, y dio

curso al procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento solicitados. La CONAF interpuso, entonces, un reclamo de ilegalidad en contra de esa resolución ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

La Dirección General de Aguas solicitó que se desechase esta reclamación, dado que no era efectivo que a la fecha se hubiesen constituido tales derechos de aprovechamiento a favor de Inversiones El Caudal Ltda. Esto sólo acaecería cuando se dictase la respectiva resolución, tras concluir el procedimiento administrativo previsto y verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia. Además, agregó que el rechazo de la oposición estuvo ajustado a Derecho.

En sentencia de 18 de agosto de 2010, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt acogió la reclamación interpuesta por la CONAF e hizo lugar a la oposición presentada por ésta contra la solicitud de Inversiones El Caudal Ltda. para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas sobre el río Chaiquil, la que consecuentemente fue denegada. El argumento decisorio fue que las normas de preservación del patrimonio medioambiental, tanto internas como internacionales, tienen primacía sobre

<sup>1</sup> Este comentario forma parte del proyecto Anillo-CONICYT de investigación asociativa, código SOC 1111.

la disciplina que rige las aguas y los derechos que sobre ellas pueden concederse a favor de particulares.

En contra de dicha sentencia Inversiones El Caudal Ltda. dedujo recurso de casación en el fondo, fundado en que ella contravenía el artículo 10 letra p) de la LBGMA, en relación con lo dispuesto en los artículos 22 y 141 III del *CdA*, y también el artículo III de la Convención de Washington para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, suscrita el 12 de mayo de 1940 (DS N° 531, de 4 de octubre de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores). Por sentencia de 27 de junio de 2012, la Corte Suprema rechazó el recurso por estimar que el recurrente no había señalado claramente el alcance y sentido de las disposiciones invocadas ni precisado la forma en que éstas habrían sido quebrantadas (considerando 7°) y, además, porque aquél tenía relación con los hechos del proceso, establecidos soberanamente por los jueces del mérito (considerando 11°). La Corte Suprema respaldó, en fin, la correcta aplicación del derecho aplicable hecha por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt y que dio primacía a las normas de protección medioambiental por sobre las relativas a las aguas (considerando 12°).

## II. EL MARCO LEGAL APLICABLE

La cuestión debatida presenta dos aspectos que el marco jurídico aplicable trata separadamente y sin que parecieran existir puntos de contactos entre sí, como son:

- 1) los requisitos necesarios para constituir un derecho de aprovechamiento de aguas y
- 2) la protección del patrimonio medioambiental.

El mérito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, confirmada por la Corte Suprema, estriba en la integración de ambos aspectos.

### *1. La constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas*

Al igual que ocurre con los yacimientos mineros, las aguas tiene un régimen dual que oscila entre lo público y lo privado<sup>2</sup>. En cuanto recurso natural, ellas son bienes nacionales de uso público (arts. 595 del *CC* y 5° del *CdA*), vale decir, pertenecen a la nación toda y su uso corresponde indeterminadamente a todos sus habitantes (arts. 19 N° 23 de la *CPR* y 589 del *CC*). Por razones de equidad en el aprovechamiento, su gestión incumbe a la administración según las competencias asignadas de forma específica por ley (art. 1° del DL 1939/1977).

Sin embargo, los particulares pueden aprovecharse de las aguas también de forma exclusiva, merced a un derecho real de naturaleza administrativa, que concede a su titular el uso y goce sobre ellas de acuerdo con el volumen por unidad de tiempo que se le ha asignado (arts. 5°, 6°, 7° y 20 del *CdA*). Este derecho pertenece a su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley (arts. 19 N° 24 XI de la *CPR* y 6° II del *CdA*). En lo que atañe a su contenido, tal derecho puede ser:

<sup>2</sup> Por todos VERGARA(1998), (2002) y (2012).

- i) consuntivo o no consuntivo, según si faculta a su titular para consumirlas aguas totalmente o lo obliga a restituirlas a la fuente de extracción tras su uso (arts. 13 y 14 del *CdA*);
- ii) de ejercicio permanente o eventual, dependiendo de si permite que el agua se extraiga en la dotación que corresponde o sólo en aquellas épocas en que existe un sobrante (arts. 17 y 18 del *CdA*) y
- iii) continuo, discontinuo o alterado entre varias personas, ahora según si su titular puede usar las aguas durante todo el día, en ciertos períodos o por turnos (art. 19 del *CdA*).

La Dirección General de Aguas es el organismo encargado de constituir un derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso (arts. 20, 22, 23, 57-60, 130, 141, 149 y 150 del *CdA*), de acuerdo con el procedimiento previsto en el código del ramo<sup>3</sup>. Para que una solicitud prospere es necesario que exista disponibilidad del recurso (considerando para ello la relación existente entre las aguas superficiales y subterráneas) y que ella sea legalmente procedente (art. 141 III del *CdA*). Ésta no lo será cuando perjudica o menoscaba derechos de terceros (art. 22 del *CdA*), y cuando la fuente sobre la cual se pide ha sido declarada agotada (art. 282 del *CdA*). Pero también cuando concurren

otros supuestos que quepa reconducir a la genérica mención de procedencia legal de la solicitud (art. 141 III del *CdA*), y sobre uno de ellos ahonda la sentencia objeto de este comentario.

## *2. La protección del patrimonio medioambiental*

La cuestión debatida en el presente caso no se podía resolver únicamente a la luz de la legislación que rige las aguas, porque los derechos de aprovechamiento pedidos por Inversiones El Caudal Ltda. recaían sobre el río Chaiquil, situado al interior del parque nacional Chiloé. Creado por el Ministerio de Bienes Nacionales mediante el DS N° 734, de 17 de noviembre de 1982, se emplaza en la costa occidental de la Isla Grande de Chiloé y tiene hoy una extensión de 43.057 ha<sup>4</sup>. Los ambientes protegidos corresponden a zonas de dunas, bosque valdiviano, alerzales y turberas.

La protección del patrimonio ambiental forma parte de las limitaciones autorizadas por la función social del dominio (art. 19 N° 24 II de la CPR) y comporta un deber del Estado (art. 19 N° 8 de la CPR), el que se haya regido principalmente por las normas de la LBGMA y por la Convención de Washington para la protección de la fauna, la flora y las riquezas naturales de América, sancionada a través del DS N° 531, de 4 de octubre de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, fuera de varios otros textos

<sup>3</sup>A la Dirección General de Aguas le corresponde también la regularización de los derechos reconocidos y no inscritos (arts. 2° transitorio del *CdA* y 7° DL N° 2603/1979).

<sup>4</sup>La superficie original era mayor, pero ella se redujo en cerca de 4500 ha debido a la desafectación de ciertos terrenos a favor de algunas comunidades huilliches.

sectoriales<sup>5</sup>. Esta tutela y supervisión genérica sobre el ambiente adquiere mayor concreción cuando una determinada área es declarada parque nacional en virtud de un decreto supremo (arts. 11 de la Ley de Bosques, 21 del DL N° 1939/1977 y 8° de la ley N° 18.362). En esos casos, dicha zona sólo puede ser destinada o concedida en uso a organismos del Estado o a alguna corporación o fundación de beneficencia para finalidades de conservación y protección del ambiente (art. 15 del DL N° 1939/1977). La razón de esta afectación es que el Estado no puede asignar un parque natural a otro objeto que el que les es propio sino en virtud de una ley (art. 11 de la Ley de Bosques). Esto concuerda con lo establecido en la Convención de Washington, que señala que la alteración de los límites o la enajenación total o parcial de un parque nacional es una materia que queda entregada al dominio legal (art. III)<sup>6</sup>. Pero no lo es con lo dispuesto en los artículos 75 de la ley N° 17.699 y 21 II del DL N° 1939/1977, donde se establece que los parques nacionales y reservas forestales no podrán ser destinados a otro

objetivo ni perderán esta calidad sino en virtud de un decreto del Ministerio de Bienes Nacionales, previo informe favorable del Ministerio de Agricultura o el Ministerio del Medio Ambiente, según corresponda. El conflicto entre ambas normas se debe solucionar a favor del criterio de la Ley de Bosques, vale decir, la desafectación sólo es posible merced a una ley, porque éste coincide tanto con la Constitución Política (art. 19 N° 23) como con la Convención de Washington (art. III)<sup>7</sup>.

Los parques nacionales forman parte del SNASPE, cuyo objetivo es asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental (art. 34 de la LBGMA). La administración y supervisión de este sistema corresponde al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (art. 34 de la LBGMA), todavía en proceso de formación. De momento, sus funciones son ejercidas por la CONAF, que tiene también a su cargo la recuperación del bosque nativo y el fomento forestal (ley N° 20.283)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ (2004), pp. 244-245.

<sup>8</sup> Pese a que el referido servicio no ha entrado en vigencia, las leyes de presupuestos para el sector público desde 2009 han contemplado dentro de la partida 13 (Ministerio de Agricultura), capítulo 5 (CONAF), el programa 4 relativo a Áreas Silvestres Protegidas, agregándose, también, una glosa que se refiere de modo expreso a los SNASPE. Esto significa que el legislador le ha asignado recursos a la CONAF para la administración coordinada de las áreas protegidas puestas bajo su tuición, entendiendo que éstas forman parte del SNASPE (dictamen N° 34.429, de 18 de junio de 2013, de la Contraloría General de la República). Por cierto, la anterior redacción del artículo 35 de la LBGMA establecía que la supervisión de estas áreas correspondía a la CONAF.

<sup>5</sup> La Biblioteca del Congreso Nacional ha preparado un Compendio de legislación medioambiental, que está disponible en: [www.leychile.cl/Consulta/aportar\\_leychile](http://www.leychile.cl/Consulta/aportar_leychile). [Fecha de consulta: 30 de abril de 2014].

<sup>6</sup> La Corte de Apelaciones de Puerto Montt cita la SCS 19 de diciembre de 1985 (*Fallo del Mes*, N° 325, Santiago, 1985, pp. 826-832; véase, además, la n. 10 como uno de los pronunciamientos donde se recogen las reglas de la Convención de Washington. La SCS, 28 de noviembre de 2013, rol N° 5680-2012, agrega otros dos: SCS, 2 de abril de 2013, rol N° 4743-2010 y SCS, 27 de junio de 2012, rol N° 7424-2010, aquí comentada.

En fin, la ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, así como en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, están sujetas a evaluación de impacto ambiental [art. 10 letra p) de la LBG-MA]. Pero ellas no comprenden la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas superficiales, de donde surge la duda respecto de la competencia de la Dirección General de Aguas para acceder a una solicitud de esa naturaleza<sup>9</sup>. He ahí la controversia de este caso, que se zanjó a favor de la negativa.

### III. COMENTARIO

De la descripción precedente se sigue que la doctrina subyacente en el presente caso es la imposibilidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas sobre fuentes situadas al interior de un parque nacional, cuando la destinación de esas aguas sea contraria a los fines de preservación medioambiental para los que él fue erigido. Esta decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, y ratificada después por la Corte Suprema, es correcta, aunque los criterios técnicos en que se sustenta queden diluidos en una genérica referencia a la interpretación armónica de los preceptos concurrentes. Ciertamente es que las reglas de interpretación de la ley llevan a dar primacía a las normas particulares por sobre las generales (art. 13 del *CC*), y

también a recurrir a otras leyes que versan sobre los mismos asuntos para interpretar un pasaje oscuro o dudoso (art. 22 II del *CC*), pero ellas no son los únicos elementos de juicio. Por ejemplo, detrás están el principio de primacía constitucional, la preservación del patrimonio medioambiental como un límite impuesto al derecho de propiedad en razón de su función social o el carácter accesorio que la ley atribuye a las aguas respecto del predio a cuyo uso, cultivo o beneficio están destinadas.

Interesa, entonces, detenerse en tres aspectos preteridos o no suficientemente desarrollados de la sentencia que se comenta, como son:

- 1) el carácter de inmueble por destinación que revisten las aguas,
- 2) el régimen fragmentario que hoy se aplica a los parques nacionales y
- 3) la imposibilidad de destinar alguno de los bienes que forman parte de tal ecosistema protegido para fines de explotación de comercial.

#### *1. Las aguas y su carácter de inmuebles por destinación*

El primer punto preterido por la sentencia en comentario es el que atañe a la naturaleza de las aguas que atraviesan un parque nacional. Según el artículo 4° del código del ramo, las aguas son muebles por naturaleza (art. 567 del *CC*), pero se reputan inmuebles cuando están destinadas al uso, cultivo o beneficio de un bien raíz (art. 570 del *CC*). En el presente caso, esta destinación proviene del hecho de que esas aguas forman parte del ecosistema que

<sup>9</sup> Véanse los dictámenes N° 29.966, de 7 de junio de 2010 y N° 7.932, de 8 de febrero de 2011, ambos de la Contraloría General de la República.

con la declaración de parque nacional se quiere proteger, de suerte que ellas están afectas de modo permanente a su uso y beneficio por formar parte de un conjunto natural armónico. Así se sigue del artículo 1 N° 1 de la Convención de Washington, que define la figura de parque nacional como:

“Las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial”.

Un concepto más completo aunque sustancialmente coincidente ofrece el artículo 5° de la ley N° 18.362, sobre cuya vigencia se volverá más adelante:

“Denomínase Parque Nacional un área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autopetruarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo”.

La afectación de una determinada zona como parque nacional se efectúa por decreto supremo (arts. 11 de la Ley de Bosques, 21 del DL N° 1939/1977 y 8° de la ley N° 18.362), y con ella se persiguen tres objetivos:

- i) la preservación de muestras de ambientes naturales, así como de los rasgos culturales y escénicos asociados a ellos;
- ii) la continuidad de los procesos evolutivos y, en la medida que sea compatible con lo anterior,
- iii) la realización de actividades de educación, investigación o recreación (art. 5° II de la ley N° 18.362).

Todo ello redundará, pues, en la preservación del ambiente en unas determinadas condiciones que han sido consideradas relevantes como patrimonio ambiental del país y, en consecuencia, dignas de perpetuarse a favor del público y de las generaciones futuras<sup>10</sup>.

Más claro es todavía el artículo 11 de la Ley de bosques contenida en el DS N° 4363, de 30 de junio de 1931, donde para establecimiento de un parque nacional basta con una finalidad estética:

“Con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer reservas de bosques y parques nacionales de turismo en los terrenos fiscales apropiados a dichos fines y en terrenos particulares que se adquieran por compra o expropiación. La expropiación se hará en la forma indicada en el artículo 8° de esta Ley”.

De acuerdo con esta última norma, los parques nacionales se establecen

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ (2004), p. 40.

sobre terrenos fiscales o expropiados a esos fines, lo que significa que las aguas que por ahí corren revisten la misma naturaleza de bien nacional de uso público por su carácter accesorio. Esta afectación de las aguas que corren a través de un parque nacional es importante, porque ellas sólo pueden perder ese carácter desde que se separan permanentemente para darles un destino diferente (art. 573 del *CC*); de lo contrario forman parte integrante del ambiente que se busca proteger [art. 2° letra II) de la *LBGMA*]<sup>11</sup>. La pregunta es si cabe darles otro destino por desafectación.

La respuesta es que depende de la clase de destino de que se trate, y también de la forma en que la nueva destinación se produce.

La constitución de un derecho de aprovechamiento es una competencia que la ley ha radicado en la Dirección General de Aguas (arts. 20, 22, 23, 57-60, 130, 141, 149 y 150 del *CdA*), quien debe acceder a la solicitud que se le formula en la medida que se cumplan los requisitos previstos en la ley, los que se reducen fundamentalmente a la legalidad de la petición y la disponibilidad del recurso (art. 141 III del *CdA*). Su competencia, empero, no alcanza a las aguas que ya tienen una destinación previa, porque la constitu-

ción de un derecho de aprovechamiento no puede afectar derechos preexistentes ni comprender aguas que tienen otro destino, como ocurre con aquéllas que forman parte de un embalse<sup>12</sup>. Esto último es lo que acaece también cuando una cierta área es declarada parque nacional, porque, entonces, ella se individualiza con el fin de perpetuar el ambiente que ahí se observa, incluidas las aguas que en él existen y que son funcionales a la flora y fauna que lo compone. Si esto es así, y dado que el artículo III de la Convención de Washington impide la enajenación o parcial del ecosistema protegido, cabe concluir que la Dirección General de Aguas carece de competencia para constituir derechos de aprovechamiento sobre las aguas que integran un parque nacional, porque ello implica dar nacimiento a derechos reales a favor de particulares (enajenar) en desmedro de un cauce que se busca preservar.

En otras palabras, las aguas revisten siempre un carácter accesorio al predio al que se sirven (por ejemplo, arts. 1830 del *CC* y 88 del *CdA*), por lo que si éste es un parque nacional ellas quedan afectas al mismo régimen de exclusión o publicación previsto para ellos (arts. 19 N° 23 de la *CPR* y 589 del *CC*). Aunque de manera implícita, es el criterio que sienta la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en su considerando 5°:

“en virtud de esa calidad [la de parque nacional] toda ese sistema está protegido por la normativa contenida en el Decre-

<sup>11</sup> La SCS 19 de diciembre de 1985, *RDJ* N° 82, Santiago, 1985, II, sec. 5ª, pp. 261-274 = *MJJ*5470; véase la n. 5 donde definió el ambiente como: “todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven” (considerando 10°, p. 264).

<sup>12</sup> VERGARA (1996) y (2000).

to ley N° 1939 de 1977 y está sujeto a las limitaciones impuestas por la Ley de Bosques”<sup>13</sup>.

Ahora bien, el hecho de que las aguas de un parque nacional estén afectas a este régimen no compromete derechos adquiridos ni supone una limitación al derecho de propiedad en razón de su función social. En su estado natural, las aguas son bienes nacionales de uso público, y continúan siéndolo después de que la zona que atraviesan ha sido declarada parque nacional. Por el contrario, si sobre esas aguas existían derechos de aprovechamiento ya constituidos, ellos deberán ser expropiados juntamente con el predio al que sirven, previo pago de la indemnización correspondiente (art. 11 de la Ley de Bosques).

### *2. El régimen jurídico de los parques nacionales*

La sentencia que se comenta tampoco ahonda en el régimen legal de los parques nacionales, de por sí fragmentario, el que no impide que en ellos se realicen actividades compatibles con los fines de su destinación (educación, investigación y recreación) con tal de que sean autorizadas por la CONAF o, dentro de un tiempo, por el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, dependiente del Ministerio del Medio Ambiente, que la sustituirá<sup>14</sup>. Para ese

<sup>13</sup> La inclusión de las aguas en el ecosistema protegido por la declaración de parque nacional es explícita, en cambio, en los considerandos 7°, 12°, 18° y 19° de la SCS 28 de noviembre de 2013, rol N° 5680-2012.

<sup>14</sup> Un esfuerzo de sistematización de su régimen en COSTA (2012).

fin se permite que este organismo pueda celebrar toda clase de actos y contratos (artículos 10 de la Ley de Bosques y 11 de la ley N° 18.362), siempre que ellos no contravengan la definición ni los objetivos de la categoría de manejo respectiva, ni los objetivos específicos y normas establecidos en el plan de manejo del parque nacional de que se trata (art. 12 de la ley N° 18.362)<sup>15</sup>.

Este último documento tiene gran importancia, porque impide que en las unidades protegidas se ejecuten obras, programas o actividades distintas de las contempladas en el respectivo plan de manejo, a menos que la autoridad competente, mediante decreto supremo fundado en razones de interés nacional, autorice la ejecución de determinadas obras, programas o actividades (art. 32 de la ley N° 18.362), en la medida que ellas no afecten la razón de la protección (art. III de la Convención de Washington) y que se evalúe su impacto ambiental [art. 10 letra p) de la LBGMA].

Con todo, existe un aspecto interesante relativo a la normativa de los parques nacionales, como es la vigencia de la ley N° 18.362, del que se ocupa al pasar el considerando 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. En su artículo 39 se señala que dicha ley

“regirá a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la Ley N° 18.348, mediante la cual se crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección

<sup>15</sup> La ley N° 18.362 establecía que dichos planes debían ser aprobados por decreto supremo del Ministerio de Agricultura (artículo 14).

de Recursos Naturales Renovables”.

Esa ley creó (o reorganizó) la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables que, aunque con el mismo acrónimo (CONAF), debía sustituir a aquella Corporación Nacional Forestal surgida del DS de 10 de mayo de 1973, del Ministerio de Justicia<sup>16</sup>. Su artículo 19 señala que dicha ley, con excepción del artículo 15 que facultaba al Presidente de la República para fijar la planta de tal repartición,

“entrará en vigencia el día en que se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal a que se refiere la letra i) del artículo 4° o aquel mediante el cual apruebe su disolución”.

Dicho en otros términos, la vigencia de la ley N° 18.348 depende de una condición todavía pendiente: que se disuelva formalmente la CONAF creada como corporación de Derecho Privado en 1973. El problema es que

<sup>16</sup> La CONAF es una corporación de Derecho Privado surgida de la reforma de estatutos de la antigua Comisión de Reforestación (creada el 13 de mayo de 1970), que tiene a su cargo la administración de la política forestal del país y el fomento del desarrollo del sector. Forma parte de la llamada administración atípica o indivisible, y depende del Ministerio de Agricultura. Sobre su naturaleza y competencias, véase ARGANDOÑA (1985), pp. 118-119 y BERTELSEN (1992), pp. 557-561, así como la STC 1 de julio de 2008, rol N° 1024-08, especialmente los considerandos 8° a 28°.

el mentado artículo 15 establecía que el Presidente de la República tenía un plazo de ciento ochenta días para fijar la planta de la nueva institución que sucedería a la CONAF, el cual venció a mediados de 1985. La condición a la que se sujetó la vigencia de la ley N° 18.348 falló definitivamente (art. 1482 del CC), porque no se puede disolver la actual CONAF si no existe posibilidad de poner en funciones el organismo que por ley debía reemplazarla<sup>17</sup>. Este impedimento viene solventado ahora por la nueva institucionalidad del Ministerio del Medio Ambiente creada por la ley N° 20.417, que prevé un servicio de biodiversidad y áreas protegidas con las funciones antes atribuidas a la CONAF (art. 34 de la LBGMA).

A su vez, la ley N° 18.362 subordinó el comienzo de su imperio a la plena vigencia de la ley N° 18.348, por la que se establecía la nueva estructura orgánica de las zonas naturales protegidas. Donde dicha ley tampoco rige ni puede regir, dado que es imposible poner en vigor la ley N° 18.348. Además, ella presenta importantes diferencias con la normativa ambiental posterior y también con la Convención de Washington. Por esa razón, y en cumplimiento del artículo 8° transitorio de la ley N° 20.417, el 1 de marzo de 2011 se presentó un proyecto de ley por el que se pretendía crear el Servicio Nacional Forestal y se derogaba la corporación creada por la ley N° 18.348<sup>18</sup>. Este proyecto fue desechado en general por el Senado.

<sup>17</sup> ROMÁN (2008), pp. 353-355 parece no reparar en este aspecto.

<sup>18</sup> *Boletín*, N° 7486-01.

Esto no impide, por cierto, que las disposiciones de las dos leyes antes citadas tengan una cierta eficacia por anticipación, sobre todo teniendo en cuenta que la vigencia no es una propiedad intrínseca del Derecho en cuanto conjunto de reglas para solucionar conflictos temporales<sup>19</sup>. Basta revisar la documentación que la CONAF ofrece al público en general para comprobar que ella tiene disponibles planes de manejo de los parques nacionales a su cargo, en afinidad con lo establecido en la ley N° 18.362, aunque sin la aprobación ahí prescrita<sup>20</sup>.

### *3. La imposibilidad de destinar las aguas de un parque nacional a fines de explotación comercial*

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt agregó una segunda razón en virtud de la cual la solicitud de Inversiones El Caudal

<sup>19</sup> Con ocasión de la discusión del *NBW* se produjo un fenómeno de “interpretación por anticipación”, que se explica por la forma de implementación que se utilizó para la reforma del Derecho Privado en los Países Bajos. Al ser conocidos los nuevos libros aprobados por el Parlamento (*Staten-Generaal*), pero sin que ellos hubiesen sido todavía promulgados, o mientras se esperaba el cumplimiento de su período de vacancia legal, el Tribunal Supremo (*Hoge Raad*) comenzó a fallar de acuerdo con las soluciones ahí ofrecidas, y su ejemplo fue seguido por los tribunales inferiores. Algo similar ha ocurrido en España respecto de la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos preparada por la Comisión General de Codificación.

<sup>20</sup> Disponibles en [www.conaf.cl/parques-nacionales/normativa-y-reglamento/planes-de-manejo-parques-nacionales/](http://www.conaf.cl/parques-nacionales/normativa-y-reglamento/planes-de-manejo-parques-nacionales/). [Fecha de consulta: 28 de abril de 2014]. El plan correspondiente al parque nacional Chiloé comprende el período 1997-2007.

Ltda. debía ser rechazada. Se trata del artículo III de la Convención de Washington, donde se señala que las riquezas existentes en un parque nacional no se explotarán con fines comerciales (considerando 7°). El solicitante expresó que los derechos de aprovechamiento que había pedido estaban destinados a fines hidroeléctricos, vale decir, se pretendía dar a las aguas del río Chaiquil una destinación privada y con fines de lucro, incompatible con su preservación medioambiental<sup>21</sup>. La única excepción admitida es aquella prevista en el artículo 15 del DL N° 1939/1977, donde se establece que los parques nacionales sólo se pueden destinar o conceder en uso a organismos del Estado o a asociaciones o fundaciones de beneficencia pública, y siempre para finalidades de educación, investigación o recreación que sean compatibles con la conservación y protección del ambiente. Cualquier fin distinto exige la desafectación de la zona por medio de una ley especial.

Conviene recordar que el parque nacional Chiloé fue una iniciativa surgida precisamente para proteger la zona de un proyecto industrial que ponía en riesgo la preservación de la flora nativa. El proyecto contaba con el apoyo de la CORFO y estaba a cargo de la Sociedad Factibilidad Astillas Chiloé Ltda., creada por las compañías japonesas Marubeni Corp. y Sanyo-Kokusaku Pulp Co. Ltd. Comenzó en 1974 y durante los quince años previstos para su desarrollo pretendía talar alrededor de 125.000.000 ha de bosque nativo en la Isla Grande de

<sup>21</sup> Véase las consecuencias de esta prohibición en DE LA PIEDRA (2010).

Chiloé (aproximadamente el 23% de su superficie total), sin considerar las exigencias ambientales vigentes ni la identidad cultural de la zona. La FUNDECHI, creada en 1976 a instancias del obispo de Ancud Juan Luis Ysern de Arce, denunció las nefastas consecuencias que el proyecto traería para la isla y su ecosistema, lo que se sirvió de antecedente para la erección del parque nacional en 1983.

Además, el destino que el solicitante pretendía dar a las aguas reviste importancia a la hora de juzgar la pertinencia de su solicitud. En realidad, la prohibición de constituir derechos de aprovechamiento de aguas al interior de un parque nacional no es absoluta y viene condicionada al uso que se dará a ellas. Cualquier uso no comercial y compatible con los fines que persigue la declaración de parque nacional para una determinada zona no impide que la Dirección General de Aguas constituya tales derechos de aprovechamiento. Con ese fin, dicho organismo habrá de indagar cuál es la destinación que el solicitante pretende dar a las aguas, y sólo constituir el derecho en la medida que el uso declarado sea compatible con el carácter de parque nacional que tiene la zona de captación, y siempre que ésta sea posible delinear a la práctica. Esta exigencia es una consecuencia de la obligación de someter a evaluación de impacto ambiental la ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales [art. 10 letra p) de la LBGMA], dado que, si el proyecto no puede prosperar debido a sus implicaciones medioambientales, la concesión de un derecho de aprovechamiento de

aguas resulta innecesario<sup>22</sup>. El *Código de Aguas* sólo exige hoy que se acompañe una memoria explicativa que señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará, en los casos que se solicite un volumen superior a aquél que está exento del pago de patente (art. 140 N° 6 del *CdA*). Pero tal exigencia atañe a la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas no regidas por una normativa especial, como acaece con los parques nacionales. En ellos recibirán aplicación preferente las normas sobre preservación del patrimonio ambiental, según ha quedado dicho.

LAS SENTENCIAS DE 2 DE ABRIL  
Y 18 DE NOVIEMBRE DE 2013  
Y EL CAMBIO DEL CRITERIO  
DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

El fallo comentado ha establecido una doctrina que ya parece consolidada con las sentencias de la Corte Suprema de 2 de abril y 18 de noviembre de 2013 recaídas en los autos rol N° 4743-2011 y 5680-2012, respectivamente.

La primera de ellas se refiere a un derecho de aprovechamiento de aguas pedido sobre el estero sin nombre al interior del parque nacional Chiloé y contiene una fundamentación muy similar a la sentencia de 27 de junio de 2012 aquí comentada. En la segunda, los hechos del caso son sustancialmente coincidentes, pero el razonamiento de la Corte Suprema presenta un mayor grado de desarrollo. De ahí

<sup>22</sup> Tal es el argumento que exponen los considerandos 7°, 12°, 18° y 19° de la SCS 28 de noviembre de 2013, rol N° 5680-2012.

que, aunque sea de forma escueta, con venga referirlo.

La sentencia de la CS 18 de noviembre de 2013 rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por Jaime Bertin Hipp en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que acogió la reclamación de la CONAF respecto de la constitución de unos derechos de aprovechamiento de aguas sobre el río Blanco, al interior del parque nacional Vicente Pérez Rosales, para beneficio de una central hidroeléctrica. El recurso de casación en la forma no tiene mayor relevancia a efectos de este comentario, porque denunciaba que esa sentencia había sido dictada omitiendo algunas de las menciones que la ley exige, y fue desechado por razones procesales. El recurso de casación en el fondo, por su parte, estaba destinado a que se declarase que:

- i) el parque Vicente Pérez Rosales no era uno de aquellos tratados y regulados en la Convención de Washington, ya que fue creado como un parque de turismo en 1926 merced a una estimación de terrenos fiscales y a la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas del recurrente no le eran aplicables las limitaciones y prescripciones relativas a los bienes fiscales o la normativa medioambiental, puesto que la LBGMA sólo tiene cabida cuando se desean ejecutar obras, programas o actividades en parques nacionales y no cuando se solicitan derechos de aprovechamiento sobre cauces que son parte de él.
- ii)

La sentencia se hace cargo de estas argumentaciones en el considerando 7°. En primer término sostiene que la Convención de Washington obliga a los Estados contratantes a proteger especialmente las áreas silvestres protegidas con independencia de su denominación, entre las que se cuenta el parque Vicente Pérez Rosales, y que la alteración del caudal hídrico de un curso de agua natural dentro de esa área inevitablemente provoca un impacto en el ecosistema involucrado. Enseguida, estima que, si se aceptase la tesis del recurrente, las aguas de un parque nacional (incluidas dentro de su ecosistema) se aplicarían a un fin distinto de la conservación de un área silvestre protegida, y lo serían mediante un acto administrativo y no por ley. Además, el DL N° 1939/1977 sólo permite que los beneficiarios de la destinación sean los organismos del Estado o las corporaciones y fundaciones de beneficencia de que trata el *Código Civil*, calidades que no reviste el solicitante de los mentados derechos de aprovechamiento de aguas.

Estas sentencias han traído consigo un cambio en el criterio de la Dirección General de Aguas<sup>23</sup>. De hecho, esta repartición acogió la petición efectuada por la diputada Marisol Turre Figueroa (UDI) para denegar solicitudes de derechos de aprovechamiento con fines de explotación comercial en recursos hídricos situados en parques nacionales. Dicha solicitud fue formu-

<sup>23</sup> Las sentencias de la CS 27 de junio de 2012 y 18 de noviembre de 2013 se pronunciaron sobre varias solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas por parte del mismo interesado, las que fueron acumuladas.

lada en la sesión de 27 de noviembre de 2013 después de la tercera sentencia de la Corte Suprema que aquí se ha hecho referencia; de esas sentencias, así como de aquéllas de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que las motivan, la diputada dio cuenta a la Corporación.

Por su parte, la Dirección General de Aguas consultó a la Contraloría General de la República sobre la materia y este organismo señaló que ella debe resolverse bajo las normas de la Convención de Washington, particularmente en cuanto atañe a la explotación comercial del recurso hídrico (dictamen N° 72.109, de 7 de noviembre de 2011). Tal fue su razonamiento:

“Pues bien, en ese contexto, es dable sostener que la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas emana de un procedimiento destinado a verificar el cumplimiento de los requisitos que el Código de Aguas consagra para su otorgamiento a través del acto administrativo respectivo, sin que se adviertan elementos normativos que permitan colegir que la sola contingencia de recaer la respectiva solicitud de constitución en un parque nacional constituya una circunstancia que, por sí misma, imposibilite acceder a dicha petición, sin perjuicio, por cierto, que si de la solicitud y de sus antecedentes aparece que su finalidad es la explotación comercial del recurso en esos parques, la Administración, al resolver la petición, deba considerar dicho

aspecto, a la luz de la preceptiva reseñada, particularmente, la mencionada Convención de Washington”.

Con tal pronunciamiento, desde la Dirección General de Aguas se instruyó a las reparticiones regionales para que sea denegada cualquier nueva solicitud de derechos de aprovechamiento en parques nacionales, cuando se detecte que la finalidad es la explotación comercial del recurso hídrico. En cambio, y de acuerdo con el dictamen N° 72.109, en las otras áreas silvestres protegidas se habrá de analizar cada caso en concreto conforme a los objetivos de resguardo para los cuales ellas fueron creadas, de suerte que si los fines no están acordes a esos parámetros la solicitud será igualmente denegada.

## V. CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que declaró improcedente la constitución de derechos de aprovechamientos sobre las aguas de un río que atraviesa un parque nacional, constituyó un importante paso para reformar la institucionalidad medioambiental del país, a la vez que puso en evidencia los vacíos normativos que existen en la materia, como ha ocurrido también con la publicitada proclamación de la República Glaciar por parte de Greenpeace el 5 de marzo de 2014<sup>24</sup>. Las sentencias de la

<sup>24</sup> En el Congreso Nacional se han presentado tres proyectos de ley referidos a los glaciares, de los cuales sólo uno se mantiene en tramitación. *Boletín*, N° 4205-12.

CS 3 de abril y 18 de noviembre de 2013 demuestran que ella ha marcado una tendencia que, tras el cambio de criterio de la Dirección General de Aguas, parece asentada.

La preservación del patrimonio ambiental presenta problemas que ciertamente exigen soluciones jurídicas, y en ese ámbito se ha avanzado en las últimas tres décadas después del reconocimiento constitucional del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 de la CPR) y de las limitaciones que ella autoriza en virtud de la función social del derecho de propiedad (art. 19 N° 24 II de la CPR). Pero no se puede desconocer que en él los desafíos son principalmente de naturaleza política<sup>25</sup> y que, por consiguiente, exigen determinados consensos sociales sobre qué es lo que se desea proteger y preservar y sobre la forma en que la acción del hombre es compatible con esa preservación.

El derrotero político de los próximos años anuncia novedades en esta materia. El programa de la presidenta Michelle Bachelet recoge la necesidad de contar con una mayor equidad medioambiental, caracterizada por una protección e institucionalidad adecuadas a la promoción de un desarrollo sostenible en los ámbitos social, ambiental y económico<sup>26</sup>. Entre las medidas concretas que ahí se proponen está la inclusión del carácter de las aguas como bienes nacionales de uso público en la nueva Constitución Política (hoy sólo implícitamente

reconocido en el art. 19 N° 24 XI), la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y la solución del estatuto jurídico de la CONAF, que debiera quedar subsumida en aquél (art. 8° transitorio de la ley N° 20.417), así como el diseño de un régimen claro para los glaciares. Sólo cabe esperar que estas medidas de preservación del patrimonio ambiental se concreten en el corto o mediano plazo.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARGANDOÑA, Manuel Daniel (1985). *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales*. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BACHELET JERIA, Michelle (2013). *Chile de todos. Programa de gobierno. 2014-2018*. Santiago: edición electrónica.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl (1992). "Facultades de CONAF y contaminación de aguas de un lago". *Revista Chilena de Derecho*. N° 19, vol. 3. Santiago.
- CANE, Peter (2000). "Indemnización por daños medioambientales". *Anuario de Derecho Civil*. vol. LIII, N° 3, Madrid.
- COSTA CORDELLA, Ezio (2012). "Regulación de los parques nacionales", en Jnombre ARANDA *et al.* (ed.), *Actas de las VI Jornadas de derecho ambiental. Visión ambiental global: presente y futuro*. Santiago: LegalPublishing/ThomsonReuters
- DE LA PIEDRA, Cristhian (2010). "Violación del Estado de Chile de su obligación de preservar los parques nacionales", en Valentina DURÁN MEDINA *et al.* (ed.). *Derecho ambiental en tiempos de reformas. Actas de las V Jor-*

<sup>25</sup>Véase, entre otros, CANE (2000), p. 847; FERNÁNDEZ (2004), pp. 49 y 62; PEÑAILILLO (2006), p. 108 y, sobre todo, MORO (1993).

<sup>26</sup>BACHELET (2013), pp. 126-129.

- nadas de Derecho ambiental*. Santiago: AbeledoPerrot/LegalPublishing.
- EMBIID IRUJO, Antonio (dir.). *El derecho de aguas en Latinoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*. Madrid: Civitas, tomo II.
- FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (2004). *Manual de derecho ambiental chileno*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MORO ALMARAZ, María Jesús (1993). “Medio ambiente y función social de la propiedad”. *RCDI*. N° 617. España.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2008). “El Poder ‘In-Ejecutivo’ (el deber constitucional del Presidente de la República de ejecutar la ley y su infracción)”. *RDP*. N° 70. Santiago.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1996). “Constitución de derechos de aprovechamiento en aguas embalsadas por una central hidroeléctrica”. *Revista de Derecho de Aguas*. N° 7. Valparaíso.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1998). “Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. En especial de su regularización y catastro”. *Revista de Estudios Públicos*. N° 69. Santiago.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2000). “(Im)posibilidad jurídica de constituir derechos de aprovechamiento de aguas sobre las acumuladas en un embalse”, en autor. *V Convención nacional de usuarios del agua*, Ovalle, 7, 8 y 9 de septiembre de 2000.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2002). “Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma”. *RDAE*. N° 1. Santiago.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2012). “Sistema y autonomía del Derecho de Aguas”. *Derecho de Aguas*. vol. 5. Bogotá.

### Jurisprudencia citada

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 29.966, de 7 de junio de 2010.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 7.932, de 8 de febrero de 2011.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 72.109, de 7 de noviembre de 2011.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 34.429, de 18 de junio de 2013.

SCS 19 de diciembre de 1985. *RDJ*. N° 82, Santiago, 1985, II, sec. 5ª = Fallos del Mes N° 325, Santiago, 1985 = MJJ5470.

SCS 2 de abril de 2013, rol N° 4743-2011.

SCS 18 de noviembre de 2013, rol N° 5680-2012.

STC 1 de julio de 2008, rol N° 1024-08.