

## OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY DE CONSERVACIÓN DE GLACIARES.

Fernando Dougnac Rodríguez<sup>1</sup>

### I) RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL APLICABLE A LOS GLACIARES EN CHILE.

El artículo 595 del Código Civil señala que:

*“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.*

El texto de dicho artículo que no efectúa distinción alguna en los *estados* en que se pueden encontrar las aguas.

Con dicha declaración se quiso recalcar el hecho que desde la vigencia de esa ley modificatoria del Código Civil (1967), todas las aguas eran bienes nacionales de uso público. Una norma similar se había introducido en el Código de Aguas del año 1951 y luego ella fue consagrada en los Códigos del ramo de los años 1969 y 1981. Es así como el artículo 5° del Código de Aguas del año 1981 sostiene que:

*“Las aguas son bienes nacionales de uso público...”*,

El texto primitivo del artículo 595 del Código Civil establecía que:

*“Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público.*

*Exceptúanse las vertientes<sup>2</sup> que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas y pasan con éstas a todos los herederos y demás sucesores de los dueños.”*

Agregaba sobre este tema el artículo 596 del mismo Código que:

---

<sup>1</sup> Abogado (PUC), Magíster en Derecho Constitucional (U. de Talca), Profesor de Derecho de Aguas y Derecho Ambiental. Presidente de la Corporación Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA)

<sup>2</sup> En realidad la ley se refiere a “manantiales” dado que “vertientes” se refiere más al declive o sitio por el cual corre el agua que al agua misma. Claro Solar critica esta denominación de “vertientes”. El Diccionario de la Lengua Española define “aguas Vertientes” como: “1. Las que bajan de las montañas o sierras.”

*“Los grandes lagos que puedan navegarse por buques de más de 100 toneladas, son bienes nacionales de uso público.  
La propiedad, uso y goce de los otros lagos pertenecen a los propietarios ribeños.”*

Don Luis Claro Solar en su obra *“Explicaciones del Derecho Civil Chileno”*, tomo 6º, páginas 208 a 218, trata este tema y sostiene en el N° 193 que la palabra “ríos” designaba en el proyecto de Código Civil de 1853 a:

*“...todas las aguas que corren por cauces naturales, dándole de esta forma **un sentido mucho más comprensivo** que el que según el uso general le corresponde de corriente de aguas, continua y más o menos caudalosa, que va a desembocar en otra o en el mar.”*

Agrega que en esa versión del Código se distinguía entre “ríos mayores y menores”. Sólo los ríos mayores eran bienes nacionales de uso público. Dice que el “Proyecto Inédito” desapareció esta distinción, manteniéndose la denominación de “ríos” para “...**todas las aguas que corren por cauces naturales...**”, enumerándose a los “ríos” entre los bienes nacionales de uso público. Según él, el antecedente del artículo 595 estaría en los artículos 697 y 975 del “Proyecto Inédito” del Código Civil. **Por lo tanto, de acuerdo a su origen, todas las aguas que corrían por cauces naturales eran bienes nacionales de uso público.**

Sobre lo precedentemente dicho, concluye Claro Solar sosteniendo:

*“... Los ríos, palabra con la que se designa especialmente toda corriente de aguas continua, más o menos caudalosa, susceptible o no de navegación, y todas las aguas que corren por cauces naturales, aunque sea accidentalmente, en forma de torrentes producidos por las grandes lluvias de invierno, son bienes nacionales de uso público; y los particulares, en general, pueden servirse de ellas para la navegación o flote, para la pesca, para el riego, para dar movimiento a sus molinos y máquinas, etc.....”*

Por otra parte, el Diccionario de la Lengua Española da en la actualidad como una acepción de “agua”, ya en desuso, la siguiente:

“9. [f.]desus. Río o arroyo.”

Tenemos, pues, que “*agua*” sería sinónimo de “*río*” o de “*arroyo*”, y a su vez, río para nuestro Código en el contexto del artículo 595 **ANTES** de su reforma, sería sinónimo de “*agua*.”

Ahora bien, un “*cuerpo de agua*” o “*f fuente natural*” de que habla el artículo 22 del Código de Aguas, está compuesto (de acuerdo al Código de Aguas del año 1981) por la *corriente de uso público* (o simplemente, la *corriente*) y por su *álveo*.

La *corriente* es el cuerpo de agua propiamente tal (el agua que trae un río, estero, quebrada, etc., o que tiene o posee un lago). El *álveo* o *cauce natural* de una corriente de uso público (aguas de ríos, esteros, vertientes, etc.) está constituido por el suelo que las aguas ocupan o desocupan alternativamente en sus creces y bajas periódicas (art. 30 del Código de Aguas). Por su parte, el *álveo* o *lecho* de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, es el suelo que ocupan en su mayor altura ordinaria (artículo 35 del Código de Aguas).

En general, podemos decir que un *cuerpo de aguas* se identifica por el nombre del *álveo* que lo sustenta, por ejemplo, río Aconcagua, lago Villarrica, etc., al punto que el artículo 140 N° 1 del Código de Aguas exige que toda presentación relativa a una solicitud para obtener un derecho de aprovechamiento de aguas debe individualizar: “*El nombre del álveo de las aguas que se deseen aprovechar...*”.

El Código de Aguas se refiere sólo a los *cuerpos de aguas* terrestres, superficiales o subterráneos, corrientes o detenidos, como bienes nacionales de uso público, con lo cual queda en claro la distinción respecto de las *aguas* en otros estados físicos.

El agua, como “*bien físico*” puede presentarse en cualquiera de los tres estados físicos de la naturaleza, ya sea en forma gaseosa (vapor), líquido (agua propiamente tal) y sólida (nieve, hielo y cristalizaciones). Estos otros dos *estados* de las aguas (*gaseoso* y *sólido*) no son reglados por el Código de Aguas, aunque *también constituyen bienes nacionales de uso público*, por mandato del artículo 595 del Código Civil, y no del Código de Aguas.

El *agua* es definida como tal por el Diccionario de la Lengua Española como:

*“1. f. Sustancia formada por la combinación de un volumen de oxígeno y dos de hidrógeno, líquida, inodora, insípida, en pequeña cantidad incolora y verdosa o azulada en grandes masas. Es el componente más abundante de la superficie terrestre y más o menos puro, forma la lluvia, las fuentes, los ríos y los mares; es parte constituyente de todos los organismos vivos y aparece en compuestos naturales; y, como agua de cristalización en muchos cristales.”*

Sólo el agua líquida contenida en un *cuerpo de aguas* es objeto de derechos de aprovechamiento de aguas y su uso y aprovechamiento, como ya se dijo, es tratada en el Código de Aguas, entre otros cuerpos de leyes.

Respecto de las aguas que se desprenden de los glaciares naturalmente, si ellas dan origen a cuerpos de aguas, las personas que pueden tener derechos de aprovechamientos de aguas sobre esas fuentes naturales podrían oponerse a cualquier modificación o extracción que efectuaren terceros ajenos, por afectar sus derechos.

Lo dicho precedentemente, es sin perjuicio de lo que a continuación se explicará.

NORMA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA ADQUISICIÓN DE BIENES (Nº 23 del art. 19 de la Constitución).

A partir de la vigencia del Acta Constitucional Nº 3, esto es desde el 13 de septiembre de 1976, y con mayor razón desde la vigencia de la Constitución de 1980 (24 de septiembre de 1980), los bienes nacionales de uso público, al igual que los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres<sup>3</sup>, tienen un reconocimiento y

---

<sup>3</sup> El Acta Constitucional Nº 3, en su artículo 15, hablaba de “los bienes... que por su naturaleza son comunes a todos los hombres” concepto un poco diferente de “los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres” usado en el Nº 23 del artículo 19 de la Constitución al igual que en el art. 585 del Código Civil. A partir de la Constitución de 1980 no basta que por su naturaleza sean comunes a todos los hombres, también ellos deben ser creados por la naturaleza. Don Andrés Bello siguiendo la tradición romana no habla en el citado artículo 585 del C.C. de “bienes” sino que de “cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres” reservando el nombre de “bienes” sólo a las “cosas” que efectivamente son apropiables. En este orden de ideas, el Acta Constitucional Nº 3 y la Constitución de 1980 incurren en una imprecisión jurídica

consagración constitucional en el N° 23 del artículo 19 que los *excluye* de la libre apropiabilidad, **quedando en claro que sólo pueden ser creados o reconocidos por ley**<sup>4</sup>.

Es menester recalcar que el N° 23 del artículo 19 de la Constitución Política de la República expresamente **excluye de la libre apropiabilidad general**, los bienes nacionales de uso público. Al efecto, indica:

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas.....:  
N° 23.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos ... que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así....”*

De tal forma, actualmente esta categoría especial de bienes (los bienes nacionales de uso público) tiene un origen constitucional. Los requisitos para su existencia son:

- 1) que por su naturaleza o destino deban pertenecer a la Nación toda; y
- 2) que una ley así lo declare.

La *afectación*, es decir, su *destino al uso público* de este tipo de bienes debe ser necesariamente hecha por ley. No es imprescindible, a nuestro juicio, que ella sea específica, bastando que cree la *categoría* específica, como es la declaración que hace el Código Civil de que las aguas, al igual que las plazas, calles, etc., son bienes nacionales de uso público.

Por ende, sobre este tipo de bienes **no puede existir ni posesión ni dominio** dado que están excluidos constitucionalmente de la libre adquisición por parte de los particulares, o sea, del comercio humano.

Debe recordarse que el artículo 6° de la Constitución consagra el principio de la **supremacía constitucional**, al establecer la obligación

---

pues al no ser apropiables los que ellas denominan “bienes”, en realidad, jurídicamente, no son tales “bienes”, sino en realidad sólo son “cosas”.

<sup>4</sup> Decimos *reconocidos* pues existe una clasificación de estos bienes que los divide en *bienes nacionales de uso público naturales*, como los ríos, lagos, etc. y *bienes nacionales de uso público artificiales*, como las calles, plazas, parques, etc.. La Contraloría General de la República ha sostenido esta clasificación en un Dictamen que más adelante se cita.

de los órganos del Estado, de sus integrantes y de toda persona, institución o grupo, de someterse a ella.

De esa suerte, se configura el *orden jerárquico constitucional* donde a la cabeza de las normas se encuentra la propia Constitución, luego las leyes dictadas conforme a ella; y los decretos, reglamentos, instrucciones, etc. que pueda dictar el Presidente de la República. Finaliza esta verdadera pirámide de prelación de normas, con las distintas resoluciones de las autoridades administrativas inferiores, hoy regidas por los preceptos de la ley N° 19.880.

De lo dicho se desprende inequívocamente que una ley no puede pasar sobre la Constitución, ni los decretos, reglamentos o instrucciones del Presidente de la República pueden ir en contra de ambas normas, y así sucesivamente respecto de todas las autoridades de la Nación.

NORMAS LEGALES SOBRE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO, APLICABLE A LOS GLACIARES

- Código Civil.

El artículo 589 del Código Civil, actualmente en plena concordancia con el N° 23 del artículo 19 de la Constitución, establece que se llaman o son *bienes nacionales de uso público* aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y que, además, *su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación*. Agrega que si su uso *no pertenece generalmente* a todos los habitantes de la Nación, esos bienes son denominados bienes del Estado o fiscales.

Por lo tanto, la diferencia existente entre un *bien fiscal* y uno *nacional de uso público* está dada por el hecho que el uso pertenezca o no a todos los habitantes de la Nación.

Los autores Alessandri y Somarriva en la página 102 de su obra “Curso de Derecho Civil”, tomo “De los Bienes”, N° 140 dicen:

*“Bienes Nacionales. Criterio de la distinción. Nuestro Código Civil atiende a la generalidad del uso por todos los habitantes para clasificar*

*los bienes nacionales en públicos, y fiscales o de derecho privado: si esa generalidad existe, son de la primera especie; si no, de la segunda."*

Ahora bien, como ya se dijo, de acuerdo al artículo 19 N° 23 de la Constitución los bienes nacionales de uso público se encuentran fuera del comercio humano, es decir, son *inapropiables* por parte de las personas, ya sean éstas naturales o jurídicas, y dentro de estas últimas, sean de derecho público o privado.

Por su parte, el término "*uso público*" significa que esos bienes están *a disposición de toda la comunidad*, aún cuando no todas las personas tengan acceso simultáneo e inmediato a ellos. Ese hecho generalmente es circunstancial respecto de la totalidad de un bien, como sucede con las limitaciones de pisar el pasto en las plazas, parques, etc., o de entrar en partes de ellas; y/o puede constituir una categoría especial de *parque nacional*, que se rige por normas propias creadas por la misma ley que lo permite.

El artículo 598 del Código Civil concede a todos los habitantes del país el derecho a usar y gozar de los bienes nacionales de uso público, sujetándose a las disposiciones de ese Código:

*"... y las ordenanzas generales o locales que sobre esta materia se promulguen."*

De tal forma, siempre existe una condicionante del ejercicio del derecho, la cual no puede ser absoluta pero si limitar espacial o temporalmente el ejercicio de ese derecho en aras a garantizar su conservación o el libre acceso de todos a un mismo bien.

La doctrina está conteste en que el *uso común* se caracteriza por:

- a) *el uso común es normal*, esto es, que su uso se efectúe conforme al destino del bien. De tal manera, que si en un *parque nacional* se persigue la conservación de especies, el uso común debe estar acorde con dicho destino, pudiendo incluso restringirse totalmente el acceso a ciertas áreas del él sin que por ello se cambie o infrinja su uso básico común;

- b) *el uso común es anónimo*: esto significa que no se encuentra determinada la persona del usuario. El beneficiario es todo el público colectivamente considerado;
- c) *el uso común es transitorio*: significa que su uso no puede ser permanente, sino que en la medida de lo necesario, ya sea para transitar, visitar un parque nacional, etc.;
- d) *el uso común es colectivo*: significa que todos los usuarios ejercitan estas prerrogativas en forma concurrente. El derecho de unos a visitar un parque aparece limitado por la capacidad del mismo, al igual que una calle o avenida, y por el derecho correlativo de los demás a visitarlo. De tal manera que la restricción en el ingreso a un parque no significa su desafectación del uso común. Sólo un ordenamiento de dicho uso. Recuérdese que el artículo 598 del Código Civil sujeta el ejercicio del derecho de uso a las ordenanzas generales o locales que se dicten sobre la materia. No es un uso indiscriminado;
- e) *el uso común es único*: esto significa que no admite diversidad de grados, categorías o instancias. En los parques nacionales no existe un uso preferente para algunos. Todos somos iguales en el uso;
- f) *el uso común es "sine die"*: esto es que los bienes nacionales pueden usarse sin que exista un término o plazo que interrumpa su uso. Uno puede volver a un parque nacional cuantas veces quiera.

A su vez, existen tres principios básicos que reglan el uso común:

- a) igualdad: todos los usuarios tiene idéntico acceso al uso de estos bienes y se someten al mismo régimen jurídico;
- b) libertad: todos los usuarios pueden hacer libremente uso de ellos, respetando las reglas que organizan y ordenan su uso (régimen de policía y vigilancia);
- c) gratuidad: generalmente no se paga por su uso, pero se acepta el cobro destinado a la mantención, conservación, reparación o hermooseamiento de esos mismos bienes, como es el caso del cobro de peaje.<sup>5</sup>

El Código de Aguas es la ordenanza que regula el uso particular del agua o derecho de aprovechamiento. Este cuerpo legal dispone en sus artículos 1º, 2º y 10º, una clasificación de las aguas en *marítimas* y

---

<sup>5</sup> Sobre esta materia puede consultarse la excelente obra de don Ariel González Vergara ya citada, así como también, la obra "El dominio público", de María Diez M., Buenos aires, 1940. y la completa obra de don Jorge Reyes Riveros, denominada "Naturaleza Jurídica del Permiso de Concesión sobre Bienes Nacionales de Usos Público", Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, año1960, pág. 216 y siguientes.

*terrestres*, así como en *superficiales*, *pluviales* y *subterráneas*; *corrientes* y *detenidas*, todo lo cual se refiere exclusivamente a las *aguas en estado líquido*, no las en estado sólido o gaseoso.

De la misma manera, reafirma la idea de que el Código de Aguas rige exclusivamente las *aguas líquidas*, su artículo 22 donde se preceptúa que la autoridad *constituirá derechos de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y obras estatales de desarrollo del recurso*, señalando sus artículos 140 N° 1 como uno de los requisitos que debe contener la solicitud de constitución del derecho de aprovechamiento de aguas:

*“... El nombre del álveo de las aguas que se solicita aprovechar...”*

Igual mención debe contener de acuerdo al N° 2 del artículo 149 del mismo Código, la resolución o acto administrativo que constituye el derecho.

Por ese álveo fluye la *“corriente”*, la que al no poseer una definición legal debe ser tomada en la acepción natural o normal de la palabra. El Diccionario de la Lengua Española la define como:

*“13. f. Movimiento de traslación continuado, ya sea permanente, ya accidental, de una masa de materia fluida, como el agua o el aire, en una dirección determinada.”*

De aquí que la corriente de un río esté formada por el movimiento de todas sus aguas, incluyendo obviamente las de su nacimiento, que se trasladan permanente o accidentalmente en una dirección determinada.

Respecto de las *aguas superficiales y subterráneas en estado líquido*, el Código de Aguas establece **un estricto procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas**, el cual debe ser respetado en su integridad **a fin de asegurar la debida protección del recurso**, y desde la vigencia de la ley N° 20.017 que modificó el Código

de Aguas, **la concesión de este uso a quien realmente justifique necesitarlo** (artículo 140 N° 6 del Código de Aguas).

Los principios fundamentales que informan todo el sistema de concesiones de derechos de aprovechamiento de aguas son: el de *la no vulneración de los derechos de terceros*, así como el principio de la legalidad que debe informar todos los actos de la administración.

El artículo 6 del Código de Aguas establece que:

*“el derecho de aprovechamiento de aguas es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, **con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código**. El derecho de aprovechamiento de aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.”*

Esta norma reitera la aplicación irrestricta del principio de legalidad al decir *“en conformidad a las reglas que prescribe este Código”*.

En consecuencia, de lo ya expresado, queda claro que *las aguas en estado sólido, como los glaciares, son también bienes nacionales de uso público que **no están regidos por el Código de Aguas***.

Por tanto, a diferencia de las aguas en estado líquido cuyo uso y aprovechamiento por los particulares se rige por el Código de Aguas, **no existe una reglamentación especial en cuanto al aprovechamiento de los glaciares**. Sólo existe una referencia a ellos, en la ley N° 20.417 y en el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (D.S. 95, del 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República) que obliga a la presentación de un *Estudio de Impacto Ambiental* si a raíz de la ejecución de un determinado proyecto o actividad, se pudieren afectar glaciares.

La Ley 20.417, modifico el artículo 11 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, **sancionando que deberán ser evaluados mediante un Estudio de Impacto Ambiental aquellas actividades que se localicen o estén próximos a glaciares**. La norma se refiere a la afectación de glaciares, sin establecer distinciones, ni clasificación respecto de ellos. También obliga a evaluar el impacto de las

actividades que pretendan desarrollarse sobre el "valor ambiental" de los territorios en que se emplacen, definición que, tampoco, se encuentra en la Ley o reglamentos posteriores.

La primera duda que asalta respecto de esta modificación legal es si ella **constituye o no una desafectación** de los glaciares de su condición de bienes nacionales de uso público.

La respuesta pareciera ser que ella *no constituye una desafectación* de los glaciares de su calidad de bienes nacionales de uso público, dado que se refiere a las actividades “... **que se localicen o estén próximos a glaciares**”, pero no a las que se desarrollen en los glaciares mismos.

En concordancia con dicha ley, y a mi modo de ver haciendo una errada interpretación de su texto, el D. S. N° 122, de 14 de octubre de 2008, que modificó el artículo 2° del Decreto N° 95, de 2001, que aprobó el texto refundido, coordinado y sistematizado del *REGLAMENTO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL*, señala en sus Considerandos:

*“1° Que el agua en su estado sólido, hielo, nieve y glaciares, representa cerca del 90% del agua dulce con que cuenta el planeta y, por tanto, es la principal dotación futura de aguas para la subsistencia de la vida en el mismo.*

*2° Que los glaciares son recursos naturales renovables, y por ello es relevante su protección.*

*3° Que, en tal contexto, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental constituye un importante instrumento de gestión ambiental de carácter preventivo.”*

Razón por la cual en su artículo único, modificó el artículo 2° del Decreto Supremo N° 95, de 21 de agosto de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprobó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en la forma que se indicará.

Debe hacerse presente que si bien los glaciares constituyen efectivamente un *recurso natural renovable*, no es menos cierto que igualmente son *bienes nacionales de uso público*, razón por la cual cualquiera reglamentación sobre ellos no puede obviar este hecho jurídico.

A su vez, el D.S. en comento, sustituyó el inciso segundo de la letra a), del artículo 3 del Reglamento de Evaluación Ambiental, por el siguiente:

*"Presas, drenajes, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas, **incluyendo a los glaciares que se encuentren incorporados como tales en un Inventario Público a cargo de la Dirección General de Aguas...**"*

Además, agregó una nueva letra a.5) en el artículo 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en los términos siguientes:

*"a.5. La ejecución de obras o actividades que impliquen alteración de las características del glaciar."*

Como se ve, este Reglamento va más allá de lo que la ley autoriza pues **PERMITE** la ejecución de obras que alteren las características de los glaciares. Es decir, permite ACTUAR sobre ellos mismos.

Igualmente, incorporó una nueva letra q) en el artículo 6 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, del siguiente tenor:

*"q) La superficie o volumen de un glaciar susceptible de modificarse"*.

Ahora bien, contrastando la modificación en comento con las normas precedentemente señaladas, saltan a la vista las siguientes conclusiones:

- La Ley N° 20417 no es una ley que desafecte los glaciares de su calidad de bienes nacionales de uso público.
- Un "reglamento" no es el instrumento idóneo para normar la forma como se puede acceder a un bien nacional de uso público, si dicho instrumento contiene implícitamente la posibilidad que un proyecto o actividad PUEDA modificar la superficie de un glaciar. Ello, por cuanto al constituir las aguas en cualquier estado en que se encuentren *bienes nacionales de uso público* creados por ley (artículo 598 del código Civil), ese estatus los deja

fuera del comercio humano, es decir, que no pueden celebrarse actos jurídicos que los afecten.

- La reiterada jurisprudencia de la Contraloría General de la República, así como de nuestros más Altos Tribunales han dicho y sostenido que si un *bien nacional de uso público* es **creado por ley**, sólo por intermedio de otra ley puede desafectarse.

De tal manera, la norma de la letra q) en el artículo 6 del *Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* es, a mi juicio, **ilegal e inconstitucional** por violar las disposiciones de la ley N° 20.417 al darle un alcance mayor al que ella tiene, y los N° 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución.

La primera de dichas normas constitucionales *prohíbe* adquirir el dominio sobre los bienes “... *que deban pertenecer a la Nación toda*” (bienes nacionales de uso público), mientras que la segunda, garantiza en su inciso tercero que “*Nadie puede, en caso alguno...*”, ser privado de su propiedad “... *o de los atributos o facultades esenciales del dominio*”. En este caso, se estaría **privando a la Nación toda de su derecho de disposición**, derecho que sólo puede alterarse en el caso de los bienes nacionales de uso público **por medio de una ley específica** que *desafecte* el bien nacional de uso público creado por ley, es decir, que deje de pertenecer a esa categoría de *bienes nacionales de uso público*.

Al permitir que los “...*glaciares*” puedan “*modificarse*”, de alguna manera se autoriza su destrucción total o parcial, con lo cual el dueño de un proyecto estaría ejerciendo algunos de los atributos propios del dominio, esto es la facultad de “*disponer*” de un bien que posee dueño, en este caso, la Nación toda.

“**Modificar**” de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española (versión 22º) es, en su acepción tercera, es:

“*Limitar, determinar o restringir algo a cierto estado en que se singularice y distinga de otras cosas.*”.

De tal manera que cualquiera *modificación* de los glaciares que autorizara el Reglamento del SEIA, constituiría una *alteración* que *restringiría* el estado que los singularizaría, sin que una ley autorice tal

restricción, lo que atenta en contra de las disposiciones constitucionales ya citadas.

Lo dicho precedentemente se aplica a la modificación del *Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente)* sancionado durante el Gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, donde en su letra g) numeral 5 del artículo 6, permite que los glaciares puedan "modificarse", de alguna manera, autorizando su destrucción total o parcial.

Desde otra perspectiva, la *Convención Para La Protección de la Flora y Fauna y Las Bellezas Escénicas de América, (Convención de Washington)*, la cual debe considerarse como ley en Chile al ser suscrita y ratificada y estar publicada en el Diario Oficial en 1967, mediante Decreto Supremo N°531, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y que tiene por objeto proteger a todas las especies de la flora y fauna de América de la extinción, y *preservar áreas de extraordinaria belleza, con énfasis en formaciones geológicas o con valor estético, histórico o científico*, podría ser pasada a llevar dado que los glaciares por lo general constituyen elementos que dicha Convención protege.

### EN RESUMEN:

- 1º) Los glaciares al ser aguas en estado sólido, caben dentro de la clasificación de **bienes nacionales de uso público** que efectúa el artículo 598 del Código Civil, el cual no distingue la forma física que las aguas puedan adoptar (líquidas, gaseosas o sólidas)
- 2º) **No existe un estatuto propio** que reglamente la forma como deben protegerse los glaciares.
- 3º) La letra q) del antiguo *Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*, del año 2008 (letra q) de su artículo 6); y la actual letra g) numeral 5 del artículo 6 del D.S. N° 40 sobre *Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* era y es, en estas materia, a mi juicio, **ilegal e inconstitucional** por violar las disposiciones de la ley N° 20.417 al darle un alcance que ella no tiene, y los N° 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución.

## II) EL PROYECTO DE LEY PROPUESTO

El proyecto en análisis sostiene que las ideas matrices que lo sustentan son:

*"2. Ideas Matrices. La presente moción, en lo jurídico-constitucional busca desarrollar, en la ley, el mandato constitucional consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República; esto es: "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".*

*A su vez, consideramos que dicha garantía se encuentra indisolublemente ligada a otros derechos y valores también consagrados en nuestra Constitución, como son el derecho a la vida, a la salud, la conservación del patrimonio ambiental y la promoción del bien común."*

A mi modo de ver, la primera norma constitucional que debe ser la base de este proyecto es la relativa a los **bienes nacionales de uso público** establecida en el N° 23 del artículo 19 de la Constitución que **excluyen o deja fuera del comercio humano** a los bienes nacionales de uso público, dentro de los cuales se encuentran por mandato del artículo 589 del Código Civil, todas las aguas, cualquiera que sea el estado en que ellas se encuentren (líquidas, gaseosas o sólidas), dado que ella no establece distinción alguna al respecto.

Al ser la descrita la condición jurídica del agua, **pareciera que las normas del N°8 del artículo 19 de la Constitución no son las más idóneas para fundamentar el proyecto**, sino que las precedentemente citadas, sin que ello signifique negar la importancia que las aguas tienen para la conservación de la vida en todos sus aspectos.

A mi modo de ver, DEBE evitarse que el presente proyecto, en caso de llegar a ser ley, pueda ser considerado como una **desafectación del agua en estado sólido** de su carácter de bien nacional de uso público.

Si el agua continúa siendo un bien nacional de uso público, es decir queda fuera del comercio humano, debería crearse un modo específico

de acceso a los glaciares que impida que sean destruidos, y que a la vez, no constituya un derecho de propiedad para el que lo usa u ocupa.

Por la razón expresada precedentemente, las aguas en estado sólido **deben quedar excluidas del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tal como sucede con la adquisición de los derechos de aprovechamiento de aguas**, y crearse un mecanismo jurídico propio que garantice su intangibilidad. En realidad, debería ser un **prerrequisito** para que los proyectos u actividades que los puedan afectar puedan entrar a dicho sistema, tal como ocurre actualmente con las aguas líquidas, donde el titular del proyecto debe acreditar que posee derecho a usarlas.

El *principio preventivo* que se invoca como uno de sus sustentos es propio de la protección del medio ambiente, pero en este caso particular, el **estatus jurídico** que actualmente tienen las aguas es, por decirlo de algún modo, superior, dado que ellas no son susceptibles de apropiación de ningún tipo por las normas del N° 23 del artículo 19 de la Constitución y el artículo 589 del Código Civil.

Por lo dicho precedentemente, consideramos un error que se fundamente su protección en un supuesto “*vacío legal*” que no haya considerado el agua sólida como un bien nacional de uso público. Ello, claramente, no es así.

Por otra parte es correcta la afirmación que dice:

*“Al establecer la ley que sometemos a consideración del Congreso de la República, que los glaciares son bienes nacionales de uso público, se consagra que sobre este tipo de bienes no puede existir ni posesión ni dominio dado que están excluidos constitucionalmente de la libre adquisición por parte de los particulares, o sea, del comercio humano.”*

No obstante, pareciera contradecirse con la afirmación anteriormente analizada, aun cuando **considero positivo que se aclare que las aguas en estado sólido participan de la misma protección que las aguas en otro estado**. Pero esto debe ser puesto como una *aclaración* y no como

una innovación. Ello le da mayor fuerza al proyecto y no se transforma en una ley que pudiere considerarse que sólo rige a futuro.

La misma observación merece la frase:

*“Finalmente la ley propuesta, asume los principios de realismo y gradualidad, previstos y sancionados en nuestra Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, por lo que, por un lado prohíbe y restringe determinadas actividades que han sido objeto de un consenso jurídico, científico y político a nivel nacional e internacional y, por otro, fija plazos y procedimientos razonables para la adecuación de quienes estén o hayan realizado actividades prohibidas o restringidas en glaciares o sus entornos se adecúen a la normativa propuesta.”*

En la especie, no procede hablar de “... principios de realismo y gradualidad, previstos y sancionados en nuestra Ley de Bases Generales del Medio Ambiente...” dado que el fundamento de su protección no se encuentra en dicha ley, que por lo demás es de un rango inferior a la Constitución, sino que en el citado artículo 589 del Código Civil en relación con el N° 23 del artículo 19 de la Constitución.

### III) ANÁLISIS DEL ARTICULADO DEL PROYECTO

**Artículo primero.** Debería **agregarse** al comienzo de este artículo lo siguiente:

*“Artículo 1°.- Objeto. Atendida la calidad de bien nacional de uso público que poseen las aguas por mandato expreso del artículo 589 del Código Civil que no distingue respecto del estado en que ellas se encuentren, es decir, líquido, gaseoso o sólido, y lo dispuesto en el N° 23 del artículo 19 de la Constitución, la presente ley tiene por objeto **asegurar** la preservación y conservación de los glaciares; los ambientes glaciares y periglaciares y el permafrost, definido en esta ley y, de manera supletoria, en la Estrategia Nacional de Glaciares. El objeto de las medidas de preservación y protección en la presente ley se sustenta...”*

El agregado anterior sugerido, además, guardaría relación con lo que se dice en el artículo 2° N° 1 respecto de que los glaciares “...son parte del ciclo hidrológico de las aguas...”

Si el proyecto no se enfoca de esta manera podría ser considerado más bien un retroceso en su protección que un avance.

**Artículo 4°**, agregar:

*“Artículo 4°.- Naturaleza jurídica. De acuerdo a lo establecido en el artículo 586 del Código Civil, en relación al N°23 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, se encuentran fuera del comercio humano, es decir, son inapropiables por parte de las personas, ya sean éstas naturales o jurídicas, y dentro de estas últimas, sean de derecho público o privado.”*

**Artículo 9.** Debería reemplazarse pasando a ser 10° y agregar como artículo 9 NUEVO, **la autoridad encargada de velar por su conservación y establecer la forma como deberían otorgarse autorizaciones para efectuar alguna actividad dentro del ámbito territorial que la ley señala**, siempre y cuando ellas no produzcan la destrucción, menoscabo o mutación de los glaciares.

**ARTÍCULO 9 (NUEVO).** En mi opinión la autoridad encargada de otorgar estos permisos o autorizaciones que deberían ser siempre transitorios, temporales y precarios, debería ser la **Dirección General de Aguas** dependiente del **Ministerio de Obras Públicas**. Podría aplicarse por extensión y con las modificaciones que la ley establezca el mismo procedimiento para solicitar derechos de aprovechamiento de aguas, pero dejándose expresa constancia que esos permisos son **administrativos** y no confieren derecho alguno de propiedad a sus titulares y son eminentemente precarios, es decir pueden caducar en cualquier momento, sin derecho a indemnización alguna.

En concordancia con lo sugerido, el artículo **SEGUNDO TRANSITORIO** debería referir el plazo que allí se señala a solicitar de la *Dirección General de Aguas* los permisos correspondientes. La autoridad para concederlos debería exigir la realización “...una auditoría ambiental de acuerdo al procedimiento que ésta determine, en que se identifiquen y cuantifiquen los impactos generados sobre glaciares y/o sus ambientes periglaciares; el procedimiento y plazo de reparación -si así

*correspondiera de acuerdo a las reglas de prescripción previstas en nuestro ordenamiento jurídico- considerando la realización de obras y planes piloto para la reconstitución y preservación de los glaciares y la forma que se realizara el monitoreo de estas obras y planes.”*

Santiago, 21 de julio del año 2014.