



OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY SOBRE HUMEDALES URBANOS

Septiembre 2018

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY SOBRE HUMEDALES URBANOS

Introducción

La Fundación Kennedy para la Conservación de Humedales, organización de derecho privado chileno que se dedica a la protección de las áreas húmedas en Chile desde el año 2004, celebra la aprobación en general de la idea de legislar sobre el proyecto de ley que modifica varios cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos, presentado por moción del Senador De Urresti y otros Honorables.

La protección de los humedales que se encuentran en un radio urbano tiene especial importancia pues son, precisamente, estos ecosistemas los espacios naturales más amenazados por la presión antrópica derivada de una constante expansión demográfica, muchas veces favorecida por una deficiente y descuidada planificación comunal. Este tipo de humedales, por lo demás, son aquellos de más inmediato reconocimiento y uso por parte la comunidad local, por lo que su protección a nivel jurídico -y luego sus beneficios concretos- bien podrán ser apreciados por la colectividad de cada ciudad.

Reconocemos, empero, que esta iniciativa parlamentaria puede ser perfectible en varios aspectos. Los aportes aquí propuestos tienden a concretar modificaciones legislativas cuya incidencia sobre la conservación de los humedales puede ser determinante. Las modificaciones que se presentan a su consideración han sido el fruto de la experiencia de años de oposición a normativas existentes e interpretaciones administrativas que no tienen en consideración la importancia ecosistémica de los humedales en Chile ni de su consagración a nivel legal. Es de esperar que este insumo sirva en la próxima discusión parlamentaria con el objeto de mejorar el estado actual de protección de nuestros humedales urbanos.

I. Consideraciones generales

1. Reseña sobre la protección de los humedales en Chile

En general, un humedal es toda superficie de terreno con agua que forma un ambiente natural. El Diccionario de la Lengua Española lo define como:

“Terreno de aguas superficiales o subterráneas de poca profundidad”.

Sin embargo, la presencia de agua es tan común en el planeta que “humedal” podría ser considerado todo terreno con cierto grado de humedad; en un sentido ecológico, más precisamente, se entiende por humedal aquel **ambiente natural caracterizado por la presencia de agua –tales como los ríos, lagos, vertientes, pantanos, etc.- y su ecosistema asociado.**

Antes de la ratificación de la Convención de Ramsar efectuada por Chile en 1981, ningún cuerpo normativo se ocupó de los humedales en cuanto a ecosistema digno de protección. Las pocas disposiciones legales pertinentes se referían, incidentalmente, a las diversas formas que podría asumir un humedal (río, vertiente, etc.) como parte de terrenos o superficie que contienen *agua*, elemento de vital importancia para la explotación económica del bien material por excelencia: la *tierra*.

En efecto, si tuviésemos que caracterizar la protección normativa de los humedales en Chile a lo largo de la historia, veríamos que la ley reconocía y amparaba el servicio que las aguas brindaban en sus respectivas épocas. Así pues, con la dictación de nuestro Código Civil en 1855 se consagraba el dominio público del Estado sobre todas las aguas corrientes, permitiéndose un derecho de uso a los propietarios riberaños¹. El consentimiento estatal para el uso de los recursos hídricos de parte de un propietario terriero non mutó mucho en un siglo y fue así como, el primer Código de Aguas de 1951², explicaba es su mensaje:

“En lo que atañe al dominio de ellas se mantiene y precisa el sistema del Código Civil, instituyendo al Estado como dueño de todas las aguas o fuerza motriz que

¹Sobre este punto y para el estudio de los antiguos artículos 834 a 837 del Código Civil, v. P. Ugarte A., *Derecho de aprovechamiento de aguas. Análisis histórico, extensión y alcance en la legislación vigente*; Memoria de prueba para optar al grado, Universidad de Chile, 2003, p. 45 y ss.

²Ley 9.909, D. 2.310, de 18 mayo 1951.

*producen, salvo excepciones de escasa importancia; pero se les otorga a los particulares el **aprovechamiento** de aquellas”.*

Las fuentes de agua consideradas solo como un elemento necesario para el riego informo la Reforma Agraria de 1967, que derivó en lo que se conoce como Código de Aguas de 1967-1969, el cual contenía un derecho administrativo de aprovechamiento de aguas de naturaleza más bien comunitaria, y cuyo artículo 97 establecía:

“Artículo 97°.- Las aguas destinadas al riego sólo podrán extraerse de los cauces naturales cuando exista la necesidad de regar y en la medida adecuada para ese objetivo, salvo que sea para embalsarlas, todo ello en conformidad a las reglas que establecen la presente ley y el Código de Aguas”³.

Con una ideología política-económica bien diversa, en 1979 el agua aprovechable de las fuentes naturales (i.e. los distintos tipos de humedales) se convertiría en un objeto de un derecho real sobre el cual se ejerce una especie de propiedad. En efecto, el Decreto Ley 2.003, publicado en el Diario Oficial el 23 abril 1979, modificó el Acta Constitucional N° 3, agregando al artículo 18 lo siguiente: **“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”**; texto que fue conservado en la Constitución de 1980, pasando a configurar el actual artículo 19 N° 24 inciso final de la misma.

Pero los humedales no son un mero reservorio de agua para satisfacer las necesidades agrícolas o mineras que imponía el modelo de progreso imperante en las distintas épocas; los humedales son -tal como muchos Honorables han recordado durante la Discusión general- ecosistemas capaces de albergar una

³Ley N° 16.640, de 28 julio 1967. Sobre la norma trascrita, Romualdo Hernández escribe: *“La idea de garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad -y la de que son las normas jurídicas y las autoridades técnicas y políticas las que mejor pueden discriminar cualitativamente entre los mejores usos alternativos de un bien- marcó los principios de la legislación agraria, como el de la **obligación de uso racional de los recursos** y de autoridades fuertes, con atribuciones suficientes para asegurar el cumplimiento de dicha función social”*; v. R. Hernández A., *Reforma agraria y evolución del marco jurídico del agua en Chile*; Estudio Legislativo de la FAO en Línea N°59, 2006.

grande biodiversidad. El reconocimiento de esta realidad en el mundo del Derecho se debió a la ratificación de la entonces poco conocida -y hasta ahora poco aplicada- *Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas*; comúnmente llamada **Convención de Ramsar**, de 1971, promulgada en Chile por Decreto Supremo N° 771 de 11 noviembre de 1981. De qué modo la Convención protege a los humedales, se verá enseguida; baste decir que fue el primer instrumento jurídico que se alejó de una perspectiva utilitaria y privatista que permeaba los suelos hídricos para reconocer un bien común cuya utilidad reside en su enorme valor científico y naturalístico.

Otras disposiciones legales se han agregado que tienden a la protección de los humedales como recurso natural y paisajístico, como la tímida incorporación del concepto de “**caudal ecológico mínimo**” el Código de Aguas para “*velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente*”⁴, el Reglamento actuativo de la ley 20.283 sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal⁵, que incluye restricciones a la tala de la vegetación asociada a cursos de aguas y “**humedales protegidos**”, o las disposiciones pertinentes de la ley 19.300 de bases generales del medio ambiente y su respectivo reglamento que, como se verá, son insuficientes para la conservación de estos ecosistemas.

Por otro lado, una serie de normas urbanísticas tienden a ocuparse de los humedales en su rol de defensa contra las inundaciones; pero lo hace de manera paradójal: no reconociéndolo como un servicio ambiental útil sino asumiendo que las zonas inundables son accidentes geográficos que limitan la expansión urbana y que, por tanto, debe ser encauzadas, desecadas o saneadas. De este modo los humedales urbanos se convierten en las víctimas predilectas de una planificación que no tiene en cuenta el valor natural, biológico y paisajístico que puede aportar un humedal al desarrollo de una ciudad.

Falta hoy, pues, una normativa legal que se ocupe de manera integral de los humedales en Chile y que reconozca todas sus funciones ecosistémicas, para

⁴Art. 129 bis 1, del Código de Aguas, introducido por la ley 20.017 de 11 mayo 2005.

⁵Decreto 82, Ministerio de Agricultura, de 20 julio 2010.

proteger estos espacios naturales de gran belleza y biodiversidad de modo de brindar a los ciudadanos respuesta a sus necesidades espirituales, de la misma forma como, por más de ciento cincuenta años, sirvieron a sus necesidades materiales.

2. La (des)protección de los humedales en el ordenamiento jurídico

La **Convención de Ramsar** pasó a constituir una norma obligatoria para Chile desde su promulgación en 1981. Desde un punto de vista jurídico, un Estado que se ha empeñado a respetar las disposiciones de un acuerdo internacional, debe observar sus disposiciones y cumplirlas de buena fe de modo de no frustrar el objeto y fin del tratado mismo. Nuestra Corte Suprema ha tenido modo de recordar el compromiso asumido en este tipo de convenciones para la protección de la naturaleza. Así, en el famoso fallo sobre Lago Chungará se lee:

*“16º) Que todo lo anterior -la existencia de los Convenios Internacionales aludidos, en los que se ha acordado proteger la naturaleza y no destruirla, preservar la fauna y la flora silvestre de interés nacional o mundial, y la inclusión del lago Chungará en un Parque Nacional y en el listado de la Unesco como reserva mundial de la biosfera, **Convenciones y Acuerdos que requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional (...)**”⁶.*

Pues bien, el objetivo principal de la Convención de Ramsar es la protección de humedales identificados como relevantes para la avifauna migratoria (**Sitios Ramsar**). En la actualidad, Chile ha reconocido 13 Sitios Ramsar⁷. Respecto de los demás humedales presentes en territorio (no incluidos en la lista), el artículo 3.1 de la Convención establece la obligación de *“elaborar y aplicar su planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio”*.

⁶Fallo Recurso de Protección “Palza Corvancho con Director de Riego), 19 diciembre 1985, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXXXII (1985), N° 3 septiembre-diciembre), sección 5.

⁷Ver sitio oficial de la Convención para Chile: <http://www.ramsar.org/es/humedal/chile>.

La Corte Suprema ha precisado la obligación de protección de los humedales, aun cuando estos no formen parte de la lista de los Sitios Ramsar que establece la Convención. En el reciente fallo de protección del Humedal Llantén se lee:

“(...) dicho cuerpo de aguas se adapta al concepto de humedal y, por consiguiente, tal como lo postulan los recurrentes emana la necesidad de su protección desde que estos sitios han sido considerados por la comunidad internacional, como pilares fundamentales para la mantención y protección de la biodiversidad, siendo un deber del Estado velar por su preservación”⁸ .

En definitiva, las obligaciones impuestas por la Convención de Ramsar a los Estados Partes consisten en: establecer al menos un Sitio Ramsar (art. 2); promover un uso racional de los humedales en las políticas públicas (art. 3); crear reservas naturales en los humedales aunque no sean Sitios Ramsar (art. 4); y empeñarse en la cooperación internacional en estas materias (art. 5). Además de las disposiciones contenidas en el texto de la Convención de Ramsar, se deben tener en cuenta las interpretaciones no vinculantes que ha hecho la Conferencia de los Estados Partes y de los órganos de administración del tratado⁹.

Como se ve, las obligaciones impuestas al Estado se reducen a declarar un determinado humedal como Sitio Ramsar y a establecer políticas de uso racional para los humedales; pero la falta de sanciones a su incumplimiento y la ausencia de políticas públicas eficientes para su implementación hacen de la protección efectiva de dichos humedales un asunto dejado al azar de muchos factores. Un ejemplo de ello es el Humedal El Yali en la Región de Valparaíso: una Reserva Nacional, Sitio Ramsar de extraordinaria importancia para la avifauna internacional, cuya albúfera sufrió los embates de un tsunami en 2010, sus playas y dunas se han vuelto pista de carreras para vehículos todoterreno en época estival y su laguna interior ha

⁸Fallo Recurso de Protección, Rol N° 118-2018, 27 agosto 2018, considerando Noveno.

⁹Para las recomendaciones y otros documentos oficiales relacionados a la Convención de Ramsar, v. sitio oficial: <http://www.ramsar.org/es>.

mermado su volumen dramáticamente debido al uso irracional de las aguas de su cauce para uso agroindustrial.

Los Sitios Ramsar han sido incorporados a la legislación ambiental a través del concepto "**humedal protegido**" (art. 10 de la Ley de Medio Ambiente y art. 8 del D.S. N° 40). Solo sobre los humedales protegidos (Sitios Ramsar) rige la obligatoriedad de presentar un Estudio de Impacto Ambiental si un proyecto o actividad económica peligrosa para el ambiente se localiza en ellos o en su proximidad. Igualmente han de considerarse protegidos por la legislación ambiental aquellos humedales incorporados en "áreas protegidas" (parques, reservas nacionales, santuarios de la naturaleza, etc.) o reconocidos como "sitios prioritarios para la conservación" como las vegas y bofedales de la Región de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta¹⁰.

Según el reciente Catastro Nacional de Humedales elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente, de los 18 mil humedales que existen en Chile, solo el 2% contaría con algún tipo de protección¹¹.

Cualquiera sea el porcentaje de humedales "protegidos" por las distintas categorías que reconoce la Ley 19.300, claramente esta cubre un mínimo porcentaje de ellos. Baste un ejemplo de cuanto dicho: considerando la extensión las cuencas hídricas en una región de precipitaciones medias, como la Región del Maule, solo 3 de las 10 Áreas Protegidas están relacionadas directamente a un humedal (PN Radal-Siete Tazas, RN Laguna Torca y SN Cajón del Río Achibueno).

Debe tenerse en cuenta que, de no contar con una categoría oficial de protección, un humedal podría verse "protegido" por las disposiciones de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente si el proyecto a desarrollar **altera significativamente "el valor paisajístico o turístico de una zona"**¹². Como sea, es imperativo recordar que un proyecto potencialmente peligroso para el ecosistema

¹⁰V. Art. 58 y 63 del Código de Aguas, y resoluciones DGA N° 909 (1993) y N° 525 (2003) que identificaron y delimitaron las vegas y bofedales que debían considerarse protegidos.

¹¹Ministerio de Medio Ambiente, en línea <http://portal.mma.gob.cl/chile-tiene-18-mil-humedales-y-solo-el-2-de-ellos-cuenta-con-algun-tipo-de-proteccion/> .

¹²Art. 11. Ley 19.300.

de un humedal que ingresa al SEIA, no garantizará por el solo hecho de su ingreso al sistema la preservación de ese ambiente natural sino la necesidad de controlar los efectos negativos de dicho proyecto.

Otro mecanismo que contiene la Ley 19.300 y que, indirectamente puede ser útil para la protección de un humedal ya dañado, es la acción por daño ambiental que contiene su artículo 53. Acción judicial que, no obstante su novedad en el sistema jurídico chileno, ha sido objeto de diversas críticas. De todos modos, importantes decisiones en materia ambiental han sido dictadas a propósito de los daños provocados a humedales, como ocurrió con los daños provocados por la contaminación del río Cruces en Valdivia¹³.

El actual instrumento legal que contiene las normas sobre las aguas superficiales y subterráneas data igualmente del año 1981, cuando a través del Decreto con Fuerza de Ley (D.F.L.) N° 1.122 se dicta el **Código de Aguas**. El cuerpo normativo resiente de la ideología política-económica imperante y consagra una paradoja jurídica: si bien las aguas superficiales son de propiedad de la Nación toda, en cuanto bienes nacionales de uso público, su uso puede estar concesionado a particulares quienes pueden gozar ilimitados **derechos de aprovechamiento de aguas** sobre el cauce.

Los derechos de aguas concedidos sin ningún control, y la posibilidad de compra de los mismos, ha producido que el 90% de los derechos de aguas de este país estén en manos de empresas mineras e hidroeléctricas, dejando solo un mínimo porcentaje para pequeños agricultores¹⁴.

En un sistema normativo en el que el recurso hídrico es visto como una mercadería transable, inagotable y al servicio de los intereses de los particulares, no es extraño que la única norma de protección haya sido incluida por medio del concepto "**caudal ecológico mínimo**", introducido en el artículo 129 bis, por la Ley N° 20.017 de 2005. Sin embargo, el caudal ecológico mínimo solo podrá ser

¹³Fallo Recurso de Protección, Corte Suprema, Rol N° 1853-05, 2 junio 2005.

¹⁴Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Política nacional para los recursos hídricos 2015, Santiago, 2015, *passim*.

aplicado a las futuras concesiones de agua, lo que minimiza su beneficio para el ecosistema pues los derechos de aguas están ya concesionados muy por sobre las capacidades naturales de los respectivos cauces, y no afectaría los derechos de pequeños propietarios agrícolas, aun cuando los caudales a proteger sean de parques nacionales, reservas e incluso sitios Ramsar.

El sistema de aprovechamiento de aguas vigente en Chile, que concede derechos de aprovechamiento de aguas de modo perpetuo y gratuito a concesionarios, determina que las aguas superficiales se han mercantilizado impidiendo una gestión eficiente del recurso. Las reformas propuestas (caudal ecológico mínimo) "tienden a hacer frente al riesgo de escasez de agua de los acuíferos... que no permite satisfacer el caudal mínimo en la mitad de las cuencas hidrográficas del norte de Chile"¹⁵.

De no establecerse limitaciones efectivas a los derechos de aguas existentes, los requerimientos medioambientales y de consumo sostenibles recomendados por la OCDE no se cumplirían¹⁶.

Otra área normativa de gran relevancia para el estado de los humedales – por su frecuente ubicación en el tejido urbano de las ciudades- es el **sistema de normas urbanísticas**. Este se compone, a grandes rasgos, de una Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) que sirve de marco general en la materia, una Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), y centenares de planos reguladores regionales y comunales que intentan aplicar las normas de bases contenidas en el la LGUC y OGUC, además de decenas de interpretaciones administrativas por la Contraloría General y el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. No es de extrañar, por tanto, que en la maraña de normas urbanísticas existentes, el resultado pueda variar desde comunas que posean ordenanzas municipales específicas para la protección de humedales (Valdivia, Santo Domingo), hasta

¹⁵OCDE, Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile 2016, p.85

¹⁶OCDE, Water Resources Allocation. Sharing Risk and opportunities, Paris, OECD Publishing [en línea] <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229631-en>.

comunas en las cuales sus respectivos planos reguladores permiten construir edificios sobre albuferas o a metros de una laguna (Algarrobo, Concón).

En la LGUC la única referencia que se hace a humedales (ríos y lagos navegables) es su uso conforme al Plan Regulador y Ordenanza local respectiva, dada su condición de bienes nacionales de uso público (cuya administración depende, por ley, de cada municipio). En la OGUC se consideran los ríos, lagos, quebradas, esteros, cursos de agua no canalizados, napas freáticas o pantanos como "**áreas de riesgo por inundaciones**", es decir, "aquellos territorios en los cuales, previo estudio fundado, se limite determinado tipo de construcciones por razones de seguridad contra desastres naturales u otros semejantes, que requieran para su utilización la incorporación de obras de ingeniería o de otra índole suficientes para subsanar o mitigar tales efectos"¹⁷. Según la interpretación de la Contraloría General de la República¹⁸, las áreas de riesgo por inundaciones son determinadas en cada plano regulador comunal después de un estudio fundado y no excluyen del todo la posibilidad de construir viviendas sobre predios inundables (es decir, sobre parte de los terrenos ocupados por un cauce en su crecida máxima) si se aprueban las obras de mitigación de dicho riesgo. Esta disposición no tiene en cuenta que un humedal es un ecosistema de dimensiones variables y que sus aguas -bienes nacionales de uso público- pueden variar su extensión en forma periódica.

La interpretación de la Contraloría tampoco considera que las zonas inundables (como los humedales temporales) cuentan con una prohibición de urbanización según lo contempla la **ley 11.402**, cuyo artículo 10 dispone:

“Artículo 10°

Se prohíbe construir casas para viviendas y con mayor razón formar poblaciones en suelos periódicamente inundables, aun cuando la inundación se presente en períodos de hasta 10 años”.

¹⁷OGUC, art. 2. 1. 17., inc. 4.

¹⁸Contraloría General de la República, Manual práctico de jurisprudencia administrativa sobre planos reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos, y regionales de desarrollo urbano, 2014, p. 1199.

Esta disposición es poco conocida por los directores de obras municipales, que usualmente autorizan loteos de urbanización sobre terrenos potencialmente inundables, con las consecuentes pérdidas de los ambientes acuáticos y no pocos problemas de propiedad con los dueños de los predios sobre los que se encuentra un humedal. Dado el desconocimiento general de esta norma, no sorprende que Contraloría haya emitido un dictamen sobre normativa urbanística pasando por alto esta prohibición, todavía vigente en nuestro ordenamiento pues no ha operado una derogación tácita sobre esa norma¹⁹.

Por último, una norma especial que contiene referencia a los humedales la encontramos en la **Ley N° 20.283, de fomento del bosque nativo**, en la cual se establece la prohibición de tala del bosque nativo en las laderas de los cursos de aguas, a determinadas distancias desde de su eje, dependiendo la inclinación de sus laderas (v. art. 8 transitorio). Esta disposición es de suma importancia pues protege la vegetación circundante a un curso de agua, componente indispensable del ecosistema de un humedal.

3. *Excursus: Políticas públicas sobre humedales*

En Chile las políticas públicas elaboradas para la protección de los humedales han sido escasas y de poca relevancia para la conservación de dichos ecosistemas. Las estrategias elaboradas por las autoridades obedecen, en parte, a las obligaciones internacionales que el Estado adquirió siendo parte de la Convención de Ramsar. De consecuencia, no es de extrañar que la mayoría de los programas estatales sobre humedales se focalicen en los pocos sitios Ramsar con que cuenta nuestro país.

Una de las primeras propuestas sobre las líneas programáticas que deben seguir las autoridades para la protección de los humedales surge de la antigua Corporación Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) en el año 2000, con la **Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Racional de los Humedales en Chile**, documento revisado en diciembre de 2005²⁰. La Estrategia se perfija el

¹⁹Dictamen N° 011101N10, de 26 febrero 2010.

²⁰En línea http://www.sinia.cl/1292/articles-35208_recurso_1.pdf.

objetivo general de “Promover la conservación de los humedales prioritarios de Chile y sus funciones y beneficios en un marco de desarrollo sustentable”. Los humedales prioritarios de Chile son, a juicio del mismo documento, no solo los Sitios Ramsar reconocidos por Chile (9 en ese entonces), sino también aquellos reconocidos como tal en un Catastro Nacional de Humedales que debía confeccionar un Comité Nacional de Humedales. Ese objetivo general se desdobra en 6 objetivos específicos –cada uno con sus líneas de acción- a saber: 1) Desarrollar una conducta de valoración ambiental, económica, social y cultural de los humedales. 2) Incrementar el conocimiento sobre los humedales. 3) Implementar un marco de acción legal e institucional para lograr la conservación y uso sostenible de los humedales. 4) Promover la participación del sector privado, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas, pueblos originarios y comunidad en general en la conservación y uso sustentable de humedales. 5) Desarrollar e implementar instrumentos de planificación y gestión participativa para la conservación y uso sustentable de los humedales prioritarios. 6) Reforzar la participación de Chile en el quehacer internacional y obtener los apoyos externos necesarios para el logro de esta estrategia nacional. De todos los objetivos prefijados, el que posee mayor trascendencia es el N° 3 por cuanto se establece la necesidad de individualizar todo el marco legal relacionado con los distintos tipos de humedales que permitiría “la elaboración de un cuerpo legal específico, el que deberá ser propuesto por el Comité Nacional de Humedales”. Objetivo que aún no se cumple.

El empeño del Estado para la protección de los humedales se asevera someramente en el año 2003 en la **Estrategia Nacional de Biodiversidad**, elaborada por el Ministerio de Medio Ambiente²¹, que obedece igualmente al compromiso que adquiere el Estado Chileno al firmar 23 convenios internacionales relacionados con la protección de la biodiversidad. El objetivo general declarado es la de “Conservar la biodiversidad del país, promoviendo su gestión sustentable, con el objeto de resguardar su capacidad vital y garantizar el acceso a los beneficios

²¹En línea http://www.mma.gob.cl/librobiodiversidad/1308/articles-45421_recurso_2.pdf.

para el bienestar de las generaciones actuales y futuras”. Para dicho objetivo general se delinearán 9 objetivos específicos, cada uno con líneas de acción propias. El primer objetivo específico es la Conservación y Restauración de los Ecosistemas, para lo cual se reconoce:

“g) Implementación de la estrategia de conservación y uso sustentable de los humedales en Chile, que permita dar cumplimiento a la Convención de Ramsar. Identificar y corregir los vacíos legales, así como fortalecer a las instituciones con competencia. Fortalecer iniciativas existentes, principalmente en la zona norte del país, coordinados tanto por instituciones públicas como privadas y ONG, potenciando los actuales mecanismos de preservación vigentes, así como las acciones desarrolladas en los humedales identificados como sitios prioritarios de conservación en las estrategias regionales de conservación de la biodiversidad”.

La Estrategia fue reformulada en 2010²², la que dedica un párrafo completo a la conservación de humedales y que da cuenta de 59 medidas que diversos organismos públicos habían comprometido en su ámbito de sus funciones para el quinquenio 2007-2011.

Dado que algunos humedales se encuentran en áreas protegidas administradas por la Corporación Nacional Forestal (CONAF), no es de extrañar que esta institución haya elaborado un **Programa Nacional para la Conservación de Humedales insertos en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado**, elaborado en el año 2010²³. Este programa, más que delinear políticas públicas, busca establecer un método de trabajo para la eficiencia institucional en su actuar respecto a estos ecosistemas. Una vez más, este documento presenta un objetivo general: “Mejorar el estado de conservación de los ecosistemas de humedales y la diversidad biológica asociada a estos, al interior del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado de Chile”; y objetivos específicos, entre los cuales el de mayor relevancia (incumplido) es Institucionalizar

²²En línea http://www.proyectogefareasprotegidas.cl/wp-content/uploads/2011/10/Pda_IntegradoBio2007_2010.pdf.

²³En línea http://www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1369258173CEIHUMEDALES.pdf.

la temáticas de humedales al interior de CONAF, para lo cual se compromete a “Proponer y promover a las instancias políticas, modificaciones en la normativa relacionada con humedales del país y en especial de aquellos que se encuentran al interior del SNASPE”.

Un ejemplo interesante de cooperación institucional multinacional para la protección de humedales se llevó a cabo en el año 2004 con la adopción de un **Plan de Acción para la Conservación y Uso Sustentable de Humedales Altoandinos (PACHA)**. El Plan obedece a un interés particular de la Secretaría de Convención Ramsar en la protección coordinada multinacional de los frágiles humedales andinos, cuyos ecosistemas se han visto frecuentemente amenazados por las incontroladas actividades mineras en la zona. En un esfuerzo por incorporar a los actores relevantes, dicho Plan fue elaborado con la colaboración de organismos públicos, universidades, organizaciones internacionales y representantes de empresas mineras. El objetivo general es “Contribuir a la planificación integral de las acciones y mecanismos de conservación y uso sustentable de los (14) humedales altoandinos prioritarios de las regiones de Tarapacá, Antofagasta y Atacama en Chile”; para lo cual se establecen lineamientos estratégicos tales como: el monitoreo biológico y de recursos hídricos, la protección de los recursos y la planificación territorial. Las líneas estratégicas estaban programadas para ser monitoreadas por 5 cinco años. El PACHA fue renovado y actualizado en el año 2009.

En años recientes, el Ministerio de Medio Ambiente se ha limitado a recordar sus compromisos para la conservación de los humedales cada 2 de febrero, fecha que se celebra la firma de la Convención de Ramsar y el Día Mundial de los Humedales. Sin embargo, como ha reconocido la misma coordinadora del Comité Nacional de Humedales, "no hemos avanzado mucho en instrumentos territoriales que resguarden la pérdida de humedales. Es una deuda, las mayores amenazas son la presión inmobiliaria en los márgenes de sistemas costeros, ríos y lagos, la extracción de agua de acuíferos que alimentan vegas y bofedales, la extracción de

turba desde los humedales de turberas y la extracción de áridos desde riberas de lagos y ríos"²⁴.

En efecto, no solo no se ha avanzado en instrumentos territoriales que resguarden la pérdida de humedales, sino que falta aún concretar el compromiso de un cuerpo administrativo que coordine eficazmente todas las políticas nacionales para protección de los humedales y que, en definitiva, proponga un instrumento normativo que sirva para armonizar todas las leyes que tienen incidencia en la conservación de los humedales en Chile.

Recientemente el Gobierno anunció un **Plan Nacional de Protección de Humedales**²⁵, del cual no se conocen aun detalles y que tendería a la protección de 40 humedales identificados como prioritarios.

En definitiva, a pesar de los proyectos de ley en tramitación en el Congreso Nacional, en Chile falta una política nacional que permita brindar una protección integral a los humedales del territorio. Una autoridad realmente dedicada a la promoción y conservación de estos importantes ecosistemas para el país debería impulsar una "ley de humedales" que permita la armonización legislativa y la implementación de políticas efectivas para su preservación, incluyendo la obligación a los municipios para la adopción de respectivas ordenanzas locales de protección y promoción de los humedales presentes en cada comuna, tal como la que han adoptado las Municipalidades de Santo Domingo, Valdivia, Coronel y otras pocas; solución local que muchas veces no ha estado exenta de críticas por parte por la poca efectividad de sus disposiciones²⁶.

²⁴La Tercera, 2 febrero 2015, "Medio Ambiente dice que en Chile hay 30 mil humedales", en línea <http://www.latercera.com/noticia/medio-ambiente-dice-que-en-chile-hay-30-mil-humedales/>.

²⁵ Ministerio de Medio Ambiente, en línea: <http://portal.mma.gob.cl/ministerio-del-medio-ambiente-lanza-ambicioso-plan-nacional-de-proteccion-de-humedales/>.

²⁶Al declino ya comentado del Sitio Ramsar, Reserva Nacional El Yali, en Santo Domingo, se suma la impotencia de este municipio al intentar proteger el humedal Desembocadura del Río Maipo, que divide la comuna con San Antonio, fuertemente amenazado por los planes de expansión del puerto en esa comuna. La desembocadura se ha convertido en un hermoso humedal protegido, con centro de visitantes y personal capacitado para su promoción y cuidado en la ribera sur perteneciente a Santo Domingo, y en un basural con fuerte presión antrópica en la ribera norte perteneciente a la comuna de San Antonio.

Dado que muchas de los documentos públicos relativos a los humedales han surgido de los compromisos que ha adquirido el Estado por ser parte en convenciones internacionales para la protección del medio ambiente, es de esperar que por iniciativa de la Secretaría de la Convención Ramsar se incluya una recomendación general para la adopción de normas nacionales específicas para la protección de humedales, normas que con muchos matices ya existen en el derecho comparado²⁷.

II. Análisis del proyecto presentado

1. En general:

La moción presentada por los Senadores señores De Urresti, Pérez, Walker, y las señoras Núñez y Allende tiende a la protección de los humedales urbanos; es decir, aquellos humedales que se ubican “dentro del radio urbano”. Esta tipología de humedales cubre una parte minoritaria de los humedales presentes en Chile, aquellos con la mayor visibilidad ciudadana, pero con el mayor deterioro antrópico.

Todos los Honorables que intervinieron en la Discusión general manifestaron que apoyaría esta iniciativa parlamentaria. De consecuencia, este diseño de ley quizás sea el único de todos los proyectos presentados en esta materia que pueda ser aprobado en breve tiempo. Esta sola posibilidad hace de esta moción de gran importancia. Es menester recordar que se han presentado otras iniciativas de protección de humedales sin limitaciones geográficas²⁸.

²⁷Para un breve panorama sobre este punto, ver la excelente tesis de Samantha Amstein D., "Los humedales y su protección jurídica en Chile", Universidad de Chile, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2016.

²⁸Iniciativa del Diputado Daniel Núñez, “**Modifica la ley N°18.362, que Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, para asegurar la conservación y manejo de los humedales**”, Boletín N°11275-12, **que incorpora directamente los humedales dentro de la categorías de áreas silvestres protegidas del Estado, haciéndoles extensivas las prohibiciones aplicables a dichas áreas (artículo 25 de la Ley N° 18.362), crea la posibilidad de establecer planes de manejo de humedales por parte de la autoridad competente e incluso por organizaciones sociales (como fundaciones y universidades), y la adopción de un reglamento para determinar una autoridad competente para los humedales** . De similar tenor, el Diputado

Dado su sucinta redacción (solo 4 artículos), el proyecto se limita a definir qué se entiende por “humedal urbano” (art. 1), establecer la obligación de adoptar ordenanzas municipales que establezcan “criterios mínimos respecto al uso racional de los humedales urbanos” (art 2), modificar la Ley 19.300 para que se incluyan este tipo de humedales dentro de las actividades riesgosas que requieran un estudio de impacto ambiental (art. 3), y modificar la Ley de Urbanismo y Construcciones para incorporar los humedales dentro de los bienes nacionales de uso público cuyo uso debe ser acorde con la Ordenanza y el Plan Regulador Comunal (art. 4).

2. En particular:

Artículo 1

El artículo El artículo 1 define humedal urbano utilizando la definición de humedal contenida en la Convención de Ramsar. Esta opción favorece mucho la consideración de humedal a todo tipo de superficie cubierta de agua (humedal en sentido amplio), y no se limita solo a la identificación de humedales solo con las aguas estancadas (humedal *stricto sensu*) como más de alguna disposición tiende a confundir²⁹.

No obstante la ventaja de utilizar una definición ya vinculante, es necesario notar que la definición de humedal contenida en la Convención de Ramsar se limita a las “*superficies cubiertas de agua*” o “*extensiones de marismas, pantanos y turberas*”, dejando de lado las superficies inmediatamente circundantes conocidas como “ecotonos”, y que el Código de Aguas llama “riberas” (CdA art. 30 o 33).

Núñez ha presentado la moción “**Establece normas para asegurar la conservación de humedales, y regula su manejo y afectación**”, Boletín N°11935-33, que establece una definición ecológica de humedal, impone usos prohibidos y sanciones, establece el contenido mínimo de ellos planes de manejo y, más relevante que todo, hace ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental “**los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental en los humedales**” (art. 5).

²⁹ Por ejemplo, el artículo 3 del D.S. N° 40 de 1997, que aprobó el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el cual establece que los proyectos económicos deberán ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en caso de desecación de: “a.2.4 Cuerpos naturales de aguas superficiales tales como lagos, lagunas, pantanos, marismas, vegas, albuferas, humedales o bofedales (...)”.

En la misma línea, el concepto de "cauce" en el Código Civil y en el Código de Aguas está definido por la extensión de las aguas superficiales –bien nacional de uso público- sobre el terreno que ocupa y desocupa alternativamente en sus crecidas periódicas (art. 650 CC y 30 CdA). Ese terreno que ocupan y desocupan periódicamente las aguas es de dominio público si se trata de un cauce lótico (es decir, con aguas que escurren permanentemente, como las de un río); o accederán al propietario del predio ribereño si el cauce es léntico (aguas de escurrimiento imperceptible).

Esta diferencia legal no tiene mayor sustento en el plano lógico: un cauce es la superficie ocupada por las aguas en algún momento del año, y como contendor de un bien nacional de uso público (las aguas) este debe conservar su condición de terreno público tanto por extensión de la sustancia principal que lo conforma (las aguas), como para efectos de su protección legal y efectiva.

Como sea, la discusión sobre la naturaleza pública o privada de un cauce dependiendo el tipo de escurrimiento de sus aguas no resuelve el problema de fondo; a saber, cuál es la extensión efectiva de un humedal.

Una correcta interpretación sistemática de las normas involucradas – incluyendo las normas de protección del bosque nativo circundante a las laderas de los cursos de agua- la ha dado el Departamento de Obras Fluviales, dependiente de la Dirección de Obras Hidráulicas, la cual sostuvo, a raíz de un pronunciamiento sobre la extensión de un humedal costero, que:

*"Los humedales corresponden a ecosistemas constituidos por componentes vivos y no vivos y las relaciones que entre éstos se establecen. Su delimitación conlleva la incorporación de otras variables técnicas y ambientales no abordadas en los estudios de fijación de deslindes de cauces, incluso de aquellos que lo abastecen. **Es por esto que los límites naturales de un humedal o sistema de humedales pueden abarcar un área territorial mayor de la definida por los deslindes de los cauces asociados a éstos**"³⁰.*

³⁰Dirección de Obras Hidráulicas, Oficio N° 1313, 10 marzo 2015.

En el mismo sentido de acoger una definición ecológica de humedal se puede mencionar la incorporación del "caudal ecológico mínimo" pues, tal como se reconoce en el Reglamento para la Determinación del Caudal Ecológico Mínimo (D.S. N° 14, de 2012), dicho caudal se ha fijado en razón de la "**naturaleza y de razones medioambientales**". Dando a entender que el curso de agua es solo la condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de todo un ecosistema relacionado a la presencia de agua (los humedales).

De consecuencia, un humedal es un accidente geográfico más extenso de la masa de agua que lo genera, debiendo incluirse sus zonas intermedias. Estas zonas de "amortiguación" ecológica pertenecerán a los propietarios de los terrenos ribereños (el Fisco o particulares) pero su protección debe estar garantizada por ley.

Por otro lado, la exigencia contenida en el proyecto de que el humedal se encuentre "**dentro del radio urbano**" no queda muy clara. Un río que pase por una ciudad no se encontraría protegido en su curso extraurbano, permitiéndose intervenciones que, en definitiva, afectarán el ecosistema a valle. Los mismos Senadores que han impulsado la iniciativa han mencionado la posibilidad de incorporar normas que protejan los "humedales periurbanos".

En nuestro concepto, recogiendo la definición ecológica de humedal propuesta en otras iniciativas parlamentarias, la redacción del artículo primero debería ser la siguiente:

Artículo 1: Definición y Objetivos: *Humedal urbano son aquellas extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de agua, sean estas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina, cuya profundidad en marea baja no exceda los seis metros, y que se encuentren dentro o próximo al radio urbano.*

Los humedales estarán constituidos por un cuerpo de agua definido por la zona de saturación de agua; una zona de transición marcada por la presencia de vegetación hidrófila permanente o estacional; y la zona de amortiguamiento, que serán los 200 metros después del límite de la

vegetación hidrófila. La autoridad deberá resguardar los recursos hídricos, el suelo y la biodiversidad que dan origen a los humedales.

Con todo, la autoridad podrá fundadamente, en función de la conservación de los humedales, aumentar la distancia de la zona de amortiguamiento o disminuirla a la mitad, todo esto en función de las condiciones hidrométricas, tamaño, magnitud y fragilidad del humedal.

Todos los humedales serán considerados de interés público y constituyen un área de manejo cuyo objetivo es de la conservación mediante el manejo del suelo; los recursos hídricos; además de la flora y fauna silvestres de los humedales.

Artículo 2

El artículo 2 encomienda a las municipalidades la incorporación en una ordenanza general la protección de los humedales urbanos. Si la tutela de los humedales es dejada en manos de una ordenanza municipal, al cabo de algunos años se tendrá más de 300 formas distintas de protección de un mismo bien jurídico. Además, en el ordenamiento jurídico, una ordenanza municipal no podrá nunca tener un valor superior a la ley; de consecuencia, todas las disposiciones de una ordenanza a tutela de humedales pero contraria a disposiciones legales (ej. LGUC, Ley 19.300, Código de Aguas, etc.) deberán ceder. El modo más eficaz, rápido y homogéneo de protección de estos ecosistemas es una ley, con un eventual reglamento.

Además, las ordenanzas municipales estarían llamadas a establecer “criterios mínimos” de un “uso racional” de los humedales urbanos: dos conceptos extremadamente subjetivos y que limitan al mínimo el objetivo de “protección” de estos ecosistemas.

De consecuencia, una redacción deseable del artículo segundo debería ser:

Artículo 2: Un Reglamento fijará los usos permitidos, las prohibiciones y las multas en caso de infracción para la utilización de los humedales urbanos. Una Autoridad competente será la encargada de elaborar las políticas

nacionales de protección de los humedales en el territorio nacional y proponer las modificaciones legislativas pertinentes.

Las municipalidades del país, deberán establecer en una Ordenanza General, los criterios mínimos respecto del uso racional de los humedales urbanos presentes en los límites de cada comuna respectiva.

Artículo 3

Es positiva la incorporación de un numeral suplementario a las actividades o proyectos que requieran el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), según la reforma propuesta en el artículo 3. Sin embargo, su impacto en la conservación de los humedales urbanos podría verse redimensionado por la exigencia que dicho ingreso sea necesario solo cuando los proyectos impliquen la “destrucción, relleno, drenaje o secado” de un humedal urbano. Es decir, el ingreso al SEIA solo ocurriría en caso de peligro total y definitivo para un humedal, y no ante su eventual modificación, alteración química o biológica, etc.

Por otro lado, es necesario notar que el ingreso de un proyecto al SEIA no garantiza la protección del ecosistema amenazado por el proyecto económico, sino simplemente tiende a aminorar los efectos ambientales de su desarrollo.

Una redacción deseable del artículo tercero sería:

Artículo 3: *Modifícase la Ley 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente en el siguiente sentido:*

Agréguese en el artículo 10 una nueva letra s) del siguiente tenor:

*"s) Ejecución de obras, programas o actividades que puedan significar una alteración física, **química o biológica** de humedales que se encuentran dentro del perímetro de un radio urbano (-----)"*

Artículo 4

El artículo cuarto es pleonástico: los humedales -al menos, la superficie de agua que lo forma- ya constituye un bien nacional de uso público. Las

municipalidades deben gestionar los bienes de uso público que se encuentran en su comuna de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes³¹, incluidas toda la normativa urbanística y ambiental.

Lo deseable en esta materia sería una modificación integral a las normas urbanísticas que interfieren en la correcta protección de los humedales en Chile. Tales modificaciones tienen largo alcance y requieren un análisis detallado que excede el estudio del presente proyecto de ley.

Artículo 4: *Modifícase la Ley General de Urbanismo y Construcciones en el siguiente sentido:*

Intercálase en el artículo 64, entre las expresiones "riberas de mar" y ", de ríos", la expresión "de humedales".

Arquímedes Cecconi Correa y Gabriel Alonso Muñoz Muñoz

Asesores Legales

Fundación Kennedy

Contactos:

Peter Kennedy McGregor : pkennedy@fundacionkennedy.cl

Gabriel A. Muñoz Muñoz: gmunozmabogado@gmail.com.

³¹Artículo 5 letra c), ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.