

DERECHOS DE APROVECHAMIENTO SOBRE AGUAS SUBTERRANEAS ALMACENADAS

ALEJANDRO CANUT DE BON L.

Abogado

*Profesor de Derecho de Minería y de Recursos Naturales
Facultad de Derecho, Universidad de Antofagasta*

RESUMEN: *Este estudio analiza los criterios que se han aplicado por parte de la autoridad para determinar la improcedencia del otorgamiento de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas almacenadas. Se entiende como esencial hacer el análisis desde un marco jurídico más amplio que aquel que ofrece el Código de Aguas, teniendo principalmente presente la legislación ambiental. Se discuten los argumentos que han sido utilizados por la Dirección General de Aguas, sobre todo a la luz de las consecuencias que estos tienen frente a un caso concreto.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo procura dar respuesta a la siguiente pregunta: *¿Se pueden constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas almacenadas?*

Precisiones necesarias:

a) El concepto de "agua subterránea almacenada" se refiere al recurso hídrico que se encuentra en el subsuelo, y que carece de recarga natural. Así, se entiende que se solicitan derechos de aprovechamiento sobre aguas "almacenadas" (también denominadas aguas fósiles), tanto en aquellos casos en que un acuífero carece en absoluto de recarga hídrica, como también en aquellos casos en que el caudal solicitado excede el caudal comprendido en la recarga existente. En esta última situación, el derecho de aprovechamiento recae sobre recurso almacenado solo en la medida que exceda la recarga.

b) Se comprende que la constitución y ejercicio de derechos de aprovechamiento sobre recursos hídricos almacenados produce un "balance hídrico negativo", lo que -a su vez- podría impli-

car descenso en los niveles freáticos del acuífero respectivo, perjuicio a derechos de aprovechamiento ya constituidos, subsidencia del suelo, e impactos ambientales en general (principalmente desecamiento de vegas y bofedales).

c) Se trata, como se podrá fácilmente advertir, de un tema con trascendencia no solo académica, sino también práctica. En efecto, en el presente existen diversas solicitudes pendientes ante la Dirección General de Aguas (DGA) de derechos de aprovechamiento de aguas que tienen por objeto recursos subterráneos almacenados. La forma en que la autoridad resuelva estas solicitudes constituirá un capítulo importante en la manera que se aplica -en la práctica- la política de explotación de recursos naturales.

d) La importancia señalada lo es más si se tiene presente, por un lado, que los recursos hídricos subterráneos que pueden solicitarse con cargo a las recargas naturales, en el norte de nuestro país, ya han sido otorgados en su gran mayoría¹ y, por otro, que el volumen en que se ha

¹ "Los caudales solicitados, que sobrepasan con creces requerimientos reales, han llevado a los principales acuíferos conoci-

estimado la cantidad de agua subterránea almacenada, en la misma región, es de gran consideración².

e) Por último, se advierte que la respuesta a la pregunta indicada al inicio del trabajo será buscada no solo dentro de los límites del Código de Aguas (C. de A.) sino que dentro de un marco mayor, comprendiendo el derecho ambiental en especial y el ordenamiento jurídico en general.

Para responder a la pregunta en cuestión se repasará, en el segundo capítulo, la normativa principal que al respecto presenta el C. de A. y que permite resolver –en un inicio– el problema planteado. Posteriormente –en el tercer capítulo– se revisan algunas normas básicas de la legislación ambiental que estimamos se deben también considerar. En el cuarto apartado se realiza el ejercicio de aplicar dichas normas (tanto las del C. de A., como las de la legislación ambiental) a un caso hipotético, a fin de determinar –en el quinto capítulo– si la respuesta dada dentro del marco del C. de A. es válida y razonable dentro de un marco jurídico mayor. Se terminará con las conclusiones de rigor (capítulo sexto) y con un comentario final.

II. NORMAS DEL CÓDIGO DE AGUAS QUE SE DEBEN TENER PRESENTE

1) Los derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas o superficiales se solicitan ante la Dirección General de Aguas (D.G.A), organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas y, por lo mismo, del Poder Ejecutivo.

2) El C. de A. señala que ante una solicitud de derechos de aprovechamiento la autoridad deberá constituir el derecho, en la medida que:

2.1) El recurso solicitado esté disponible (arts. 22, 60 y 141 inc. final), y,

2.2) El otorgamiento de este recurso no produzca perjuicios a terceros (arts. 132 y 141 inc. 2°);

3) La ley no aclara lo que se debe entender por recurso “disponible”. Por tanto, para determinar el verdadero sentido y alcance de este vocablo se debe acudir a las reglas de interpretación.

La DGA –en una suerte de interpretación oficial– ha señalado en su texto titulado “Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos” que la disponibilidad no está determinada solamente por los resultados de las pruebas de bombeo. En efecto:

“La determinación del caudal susceptible de explotar desde una obra de captación de aguas subterráneas es una condición necesaria pero no suficiente para poder constituir un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas. Lo anterior en atención a que con las pruebas de bombeo de un pozo, es posible determinar cuál es el caudal que se puede explotar desde dicho pozo, pero evidentemente que no determina si existe o no recurso disponible a nivel de fuente (del acuífero).

En consecuencia, para la constitución de derechos sobre aguas subterráneas es necesario saber cuánta agua es posible extraer desde un pozo y además saber cuánta agua hay disponible a nivel de fuente; única manera de cumplir con lo dispuesto en el art. 22 y 141 del Código de Aguas...³.

“Como criterio general, la Dirección considera como máximo a la recarga media de un acuífero (recurso renovable a escala humana), como el recurso disponible a nivel de fuente para otorgar derechos de aprovechamiento en carácter de permanentes y definitivos”⁴.

Debe así entenderse que la DGA estima que el recurso está disponible en la medida que exis-

dos y estudiados de la Región Metropolitana al norte, a un nivel que impide la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en carácter de permanentes, continuos y definitivos”. Muñoz, Jaime. Situación de las aguas subterráneas en Chile: demanda, disponibilidad, caudales concedidos”, en estas actas, págs. 207-214.

² Véase a este respecto artículo titulado “Vida Bajo el Desierto”, escrito por don Gerardo Díaz del Río, Hidrogeólogo, publicado en la Revista Vertiente, del Capítulo Chileno de la Asociación Latinoamericana de Hidrología Subterránea para el Desarrollo –ALHSUD–, julio 1999, pág. 66 y en estas actas, págs. 99-111.

³ “Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos”, realizado por el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas; Santiago 1999, págs. 3.5-30.

⁴ *Ibidem*; págs. 3.5-32.

ta recarga. Por sobre la recarga, el recurso no sería susceptible de derechos de aprovechamiento.

Se fija de esta manera una interpretación. Si el particular no está de acuerdo con ella podrá recurrir a los Tribunales.

4) En cuanto al segundo requisito señalado –es decir, ausencia de terceros perjudicados por la constitución del derecho solicitado– cabe indicar que en el Código no se determina la naturaleza que debe o puede tener este perjuicio. Se ha argumentado que solo se trata de un perjuicio de carácter hídrico (es decir, relativo a derechos de aprovechamiento ya constituidos en el acuífero), como –y en una interpretación mucho más amplia– se ha señalado también que se trata de cualquier tipo de perjuicio (incluso, de carácter ambiental). Quienes se sientan afectados deberán deducir oposiciones dentro del plazo que señala el art. 132 del Código (30 días contados desde la publicación de rigor).

5) Los derechos de aprovechamiento son derechos reales de carácter *perpetuo* (sean permanentes o eventuales). Es decir no tienen término en el tiempo. La autoridad no los puede otorgar por un plazo determinado.

6) La unión de los aspectos señalados ha permitido el siguiente argumento oficial por parte de la DGA:

“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que entra al patrimonio de las personas y es entregado en forma gratuita y a perpetuidad por el Estado. Este último aspecto obliga a la autoridad, en el caso de las aguas subterráneas, a entregar derechos de aprovechamiento en carácter de permanentes y definitivos sobre el recurso renovable de un acuífero, dado que el volumen almacenado no es renovable, por lo que una explotación de agua subterránea que lo involucre necesariamente tendrá un límite en el tiempo, no siendo compatible con el carácter de perpetuidad de los derechos de aprovechamiento. El recurso renovable, en cambio, corresponde al agua que permanentemente entra al acuífero, agua que siempre lo está alimentando, por lo que cualquier explotación con cargo a ella es sustentable en el tiempo.

En este sentido, y considerando el marco jurídico vigente, la DGA tiene la obligación de evitar la

sobreexplotación de los acuíferos, tanto por razones de sustentabilidad en el largo plazo de los aprovechamientos (el derecho de aprovechamiento es a perpetuidad) como por la necesidad de resguardar los derechos de los usuarios existentes”⁵.

7) Con lo indicado se puede responder –en principio– a la pregunta objeto de este trabajo:

7.1) Si se entiende que la disponibilidad depende solo de la prueba de bombeo, se deberá concluir que se deben otorgar los derechos de aprovechamiento solicitados sobre aguas subterráneas almacenadas, en la medida que estas pruebas demuestren la existencia del recurso, y que no se perjudiquen derechos de terceros;

7.2) Si se entiende –como se ha hecho por la DGA– que la disponibilidad depende no solo de la prueba de bombeo, sino además del caudal de recarga que entra al sistema, se deberá colegir que no se pueden otorgar los derechos en cuestión, en la medida que no se pruebe la existencia de recarga suficiente: el agua subterránea almacenada no sería, bajo este criterio, susceptible de derechos de aprovechamiento.

8) Como se verá, esta respuesta –lógica dentro del contexto del C. de A.– resulta discutible desde una perspectiva jurídica mayor, que comprenda en especial el derecho ambiental. Relacionado con esto resulta menester tener presente que, como enseña la técnica interpretativa, se debe propender a la debida correspondencia y armonía entre las diversas normas jurídicas.

9) Por último, téngase presente desde ya que el art. 63 inc. 2° del C. de A. señala que:

“Las zonas que correspondan a acuíferos que alimentan vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa. La Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas.

⁵ *Ibidem*, Jaime Muñoz, págs. 2 y 3.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la Dirección General de Aguas podrá alzar la prohibición de explotar, de acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo siguiente"⁶.

III. NORMAS DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL QUE SE DEBEN TAMBIÉN CONSIDERAR

1) La Ley 19.300, "Ley Marco del Medio Ambiente", publicada en el Diario Oficial del día 9 de marzo de 1994, establece una serie de "Instrumentos de Gestión Ambiental", de entre los que destaca el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)⁷.

2) El procedimiento del SEIA es de carácter administrativo, y está a cargo de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la región en que se llevará a cabo el respectivo proyecto, o de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) si el proyecto comprende dos o más regiones. La CONAMA es una autoridad dependiente del Ministerio Secretaría General de la República y, por lo mismo –y al igual que la DGA– del Poder Ejecutivo.

3) Están sometidos obligatoriamente al SEIA –y deberán necesariamente presentar Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según corresponda– todos los proyectos industriales señalados en el art. 10 de la Ley 19.300 y detallados en el art. 3 de su Reglamento. La enunciación hecha en el art. 10 de la Ley es de carácter taxativa, lo que no impide que otros proyectos puedan someterse voluntariamente al SEIA, según lo permite el art. 9 de la Ley y art. 4 del Reglamento.

La actividad de explotación o aprovechamiento de aguas –subterráneas o superficiales– no es,

en sí, un proyecto que deba someterse a evaluación ambiental. En efecto, dicha actividad no está comprendida en el art. 10 de la Ley (y, por consecuencia, tampoco en el art. 3 del Reglamento).

No obstante, si alguno de los proyectos enunciados en el art. 10 contempla el ejercicio de derechos de aguas, deberá –dentro de su Estudio o Declaración– detallar los impactos que esta actividad de extracción pudiera significar. Así, por ejemplo, los proyectos de desarrollo minero (referidos en el art. 10 letra i de la Ley) deberán analizar, en sus respectivos estudios o declaraciones de impacto ambiental, no solo los efectos ambientales de la actividad minera propiamente tal, sino que también los efectos ambientales de todas las actividades anexas necesarias para hacer realidad tanto las operaciones mineras, como el beneficio y transporte de los minerales extraídos. Ahora bien, si dentro de estas actividades anexas se proyecta el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, deberá pues contemplarse –en el Estudio o Declaración– los efectos que cause el ejercicio de estos derechos y las medidas de mitigación, reparación o compensación, que se estimen necesarias.

4) La regla general para ingresar al SEIA consiste en la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), correspondiendo la facción de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) solo en los casos en que la actividad proyectada genere o presente a lo menos uno de los efectos, características o circunstancias señalados en el art. 11 de la Ley y detalladas en el art. 5 y siguientes del Reglamento.

5) Así, por ejemplo, según el art. 11 letra "b" de la Ley, si el proyecto que se somete a evaluación ambiental presenta efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, requerirá de un EIA.

El art. 6 del Reglamento detalla la letra "b" del art. 11 de la Ley señalando:

"El titular deberá presentar un EIA si su proyecto o actividad genera o presenta efectos adversos significativos sobre la cantidad y la calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire.

A objeto de evaluar los efectos adversos significativos a que se refiere el inciso anterior, se considerará:

⁶ Este inciso fue agregado por modificación de Ley N° 19.145, publicada en Diario Oficial de fecha 25 de junio de 1992. Las vegas y bofedales de las Regiones de Tarapacá y Antofagasta se encuentran identificadas, y sus áreas de influencia delimitadas, por Resolución DGA N° 909, publicada en el Diario Oficial de fecha 1° de febrero de 1999.

⁷ El SEIA entró en vigencia en abril de 1997, con la publicación de su Reglamento. Lo anterior, según mandato del art. 1° transitorio de la Ley 19.300, que señaló: "El sistema de evaluación de impacto ambiental que regula el párrafo 2° del Título II de esta ley, entrará en vigencia una vez publicado en el Diario Oficial el reglamento a que se refiere el art. 13". Dicho Reglamento corresponde al Decreto N° 30, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, publicado en el Diario Oficial el 3 de abril de 1997.

n).- el volumen, caudal y/o superficie, según corresponda, de recursos hídricos a intervenir y/o explotar en:

- n.1. vegas y bofedales ubicados en las Regiones I y II, que pudieran ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas;
- n.2. áreas o zonas de humedales que pudieran ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas o superficiales;
- n.3. cuerpos de aguas subterráneas que contienen aguas milenarias y/o fósiles;
- n.4. lagos o lagunas en que se generen fluctuaciones de niveles;⁸

6) Por otro lado, los EIAs que se presenten deberán necesariamente contener –según art. 12 letra “c” de la Ley y art. 12 letra “e” del Reglamento– la descripción pormenorizada de aquellos efectos, características o circunstancias del art. 11 que dan origen a la necesidad de efectuar un EIA⁸.

Deberán también contener *“las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente”* (letra “e” del art. 12 de la Ley), y *“un plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen al EIA”* (letra “e” del art. 12 de la Ley)⁹.

⁸ Ver detalle en art. 12, letra “g”, del Reglamento. En general se comprende la necesidad de hacer una evaluación y predicción de los impactos ambientales que conlleva el proyecto o actividad, en cualquiera de sus fases –utilizando modelos, simulaciones, cálculos matemáticos– considerando el estado de los diversos elementos del medio ambiente en su condición más desfavorable. La predicción y evaluación de los impactos ambientales considerará los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley, atinentes al proyecto o actividad, y considerará, según corresponda, los impactos directos, indirectos, acumulativos y sinérgicos.

⁹ Ver detalle en art. 12, letras “h” e “i”, del Reglamento. El EIA deberá contener el plan de Medidas de Mitigación, Reparación y/o Compensación, que describirán las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad. Además el EIA deberá contener un Plan de Seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen al EIA de conformidad a lo establecido en el art. 11 de la Ley.

7) Otro aspecto relevante, consiste en que la DGA participa en el proceso del SEIA en los casos en que esté involucrado o comprometido de alguna forma el recurso hídrico. Por lo mismo, la aprobación o rechazo de un EIA o de una DIA, deberá contar necesariamente con la participación de la DGA, quien podría verificar –y de hecho así ocurre en la práctica– si las medidas de mitigación o los planes de seguimiento relativos al recurso hídrico, son o no suficientes según su criterio técnico.

8) Por otra parte, la Ley 19.300 señala que:

Art. 41; *“El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas”.*

Art. 42; *“El organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada exigirá, de acuerdo con la normativa vigente, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación.”*

Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales:

- a). Mantenimiento de caudales de aguas, y conservación de suelos;
- b). Mantenimiento del valor paisajístico, y;
- c). Protección de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo establecido en otros cuerpos legales, sobre planes de manejo de recursos naturales renovables, y no se aplicará a aquellos proyectos o actividades respecto de los cuales se hubiere aprobado un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental”

9) Por otro lado, uno de los principios que inspira el SEIA es aquel que se ha denominado “ventanilla única”. Este principio radica en que discutidos los aspectos ambientales de un proyecto a través de un EIA o de una DIA, no se deberá volver sobre dichos aspectos por los organismos o servicios públicos encargados de pronunciarse sobre los permisos sectoriales que el proyecto en cuestión requiera.

Así, en un ejemplo cualquiera, si incluimos la construcción de un tranque de relaves dentro del EIA de un proyecto de desarrollo minero,

una vez aprobado dicho Estudio, el Servicio Nacional de Geología y Minería –autoridad encargada de otorgar el permiso sectorial necesario para proceder a la construcción y operación de los tranques de relaves– no podrá discutir el impacto ambiental producido por dicho tranque. Solo se podrá limitar a verificar la correcta concurrencia de los aspectos técnicos necesarios para el otorgamiento del permiso señalado (verificando, por ejemplo, si el diseño del muro de contención asegura su estabilidad).

10) El principio de ventanilla única solo alcanza, en nuestra legislación, a los denominados “*permisos ambientales sectoriales*”, es decir, a aquellos permisos singularizados entre el art. 66 y 97 del Reglamento. Así, estos permisos, por un lado, no pueden ser otorgados salvo que hayan sido discutidos en un EIA o DIA, y, por otro, aprobado dicho Estudio o Declaración, no podrán ser denegados por razones ambientales (sino solo por razones técnicas).

11) Los derechos de aprovechamiento de aguas (derechos reales) no son, por cierto, permisos ambientales sectoriales.

12) Por último, es del caso destacar que el art. 63 del C. de A., relacionado con el art. 32 de la Resolución DGA N°186 de 1996, contempla la facultad –para la autoridad– de establecer lo que se define como Zona de Prohibición para nuevas explotaciones. Estas zonas de prohibición se deben fundamentar, precisamente, en el descenso de los niveles estáticos y del rendimiento de las captaciones, lo que hace de esta institución un instrumento adecuado para aquellos acuíferos en los que se ha comprobado que todos los recursos con cargo a recarga han sido ya otorgados.

IV. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL C. DE A. Y DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL, A UN CASO HIPOTÉTICO

1) Según lo que se indicó al inicio de este trabajo, se cumple ahora con proponer un caso hipotético, y aplicar a dicho caso la normativa legal –hídrica y ambiental– ya enunciada.

2) El caso hipotético¹⁰ consiste en un proyecto minero que requiere de recursos hídricos

para su desarrollo. En virtud de dicha necesidad, el titular del proyecto inicia una campaña de exploración de aguas subterráneas en las cuencas cercanas al yacimiento que requiere explotar. Para estos efectos solicita a la DGA, y obtiene de ella, las autorizaciones de exploración correspondientes. Como resultado de las campañas de exploración alumbradas aguas subterráneas, que según las pruebas de bombeo podrían procurar un caudal suficiente. No existen terceros en la cuenca. Las aguas alumbradas, como en la generalidad de los casos, son de muy baja calidad y no tienen, por lo mismo, otro destino posible que el industrial. Se solicita en aprovechamiento el recurso alumbrado. Transcurren los 30 días contados desde la publicación de rigor, y no se presentan oposiciones de terceros. En forma paralela, y dado el tenor del art. 10 letra “i” de la Ley 19.300, que obliga someter los proyectos mineros a evaluación ambiental, se presenta un Estudio de Impacto Ambiental ante la COREMA respectiva. Dentro de este Estudio se evalúa –entre otros tantos aspectos– el impacto que podría causar la extracción del recurso hídrico. Se presentan medidas de monitoreo y de mitigación (cualquiera que estas sean). En el proceso de evaluación ambiental participa –como es su obligación– la DGA. Se discuten la efectividad de las medidas de mitigación, y –en definitiva– se aprueba el Estudio de Impacto Ambiental aceptando los monitoreos y la mitigación propuesta, y exigiendo medidas adicionales.

Posteriormente, y dentro del trámite de constitución de los derechos de aprovechamiento que han sido solicitados, la DGA señala que no es posible otorgar el derecho, *pues no existe disponibilidad del recurso*, en razón de que las aguas no tienen recarga natural. Es decir, se trata de aguas almacenadas.

V. ANÁLISIS DEL CASO PLANTEADO

Es un hecho –por lo menos en lo que respecta al caso reseñado– que nuestro ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta lógica y coherente, en lo que a la procedencia o improcedencia del aprovechamiento de las aguas subterráneas almacenadas se refiere. En efecto, por un lado se exige evaluación ambiental de los impactos que podría producir la extracción del recurso hídrico subterráneo (requiriéndose la presentación de medida de mitigación, repa-

¹⁰ Caso hipotético, pero similar a los que se están presentando en la práctica.

ración o compensación) lo que hace suponer, tratándose de aguas naturalmente almacenadas, que sería posible su aprovechamiento en la medida que no se perjudique el medio ambiente (ni a tercero alguno) y, por otro, según criterio de la DGA, se puede fundamentar la negación de este recurso, en razón de la falta de disponibilidad (léase *falta de recarga*).

Ahora bien, si se analizan las razones jurídicas y políticas que podrían sustentar la denegación del aprovechamiento del recurso, es posible distinguir los siguientes argumentos:

i) *Las aguas subterráneas almacenadas no son susceptibles de aprovechamiento, pues la constitución de estos derechos podría perjudicar a los terceros que gozan de derechos de aguas ya constituidos en el mismo acuífero:* Resulta un hecho claro que tratándose de acuíferos en los que no existen terceros, la negación de los derechos no podría fundamentarse en este razonamiento, lo que desde ya lo convierte en un argumento que no es absoluto.

Es más, en los casos en que sí existan terceros serán ellos los que deberán oponerse haciendo uso de la facultad que le concede el art. 132 y art. 141 del C. de A. Se destaca el hecho que al existir oposiciones se crea una situación que podría ser resuelta eficientemente entre los mismos particulares, según aconseja el Teorema de las Externalidades de Ronald Coase¹¹.

ii) *Las aguas subterráneas almacenadas no son susceptibles de aprovechamiento, pues la constitución de estos derechos podría causar perjuicios ambientales:* Es un hecho también claro que estos perjuicios deberían ser evaluados por la autoridad ambiental, y no por la DGA. Para estos efectos está establecido el SEIA. Es más, la DGA participa de este Sis-

tema de Evaluación, que garantiza el establecimiento de programas de monitoreos y de medidas de mitigación, reparación o compensación. Una medida de mitigación que en la práctica han observado algunos Estudios, consiste en el compromiso del propio titular del proyecto de ejercer los derechos solo por un plazo determinado y siempre que se mantengan ciertas condiciones ambientales básicas.

Además, debe tenerse presente que, en la generalidad de los casos, no se trata de explotar recursos en zonas declaradas como alimentadoras de vegas y bofedales, según Resolución N° 909, de la propia DGA, de 1997.

iii) *Las aguas subterráneas almacenadas no son susceptibles de aprovechamiento, pues estos derechos son de carácter perpetuo, y el recurso almacenado es finito:* Como es sabido, un derecho existe en la medida que exista el objeto sobre el cual recae. Por lo mismo, la perpetuidad no es, en sí, óbice para la constitución del derecho. Dicho en otras palabras, que el recurso sea o no finito no debiera ser algo que condicione la denegación del derecho solicitado; lo importante será –en cada caso concreto que se analice– si la explotación de las aguas subterráneas almacenadas perjudica o no a terceros, o al medio ambiente. Relacionado con este punto, cabría preguntarse *¿Por qué negar el aprovechamiento de un recurso natural por el solo hecho de tratarse de un recurso finito?...* Con el razonamiento que está aplicando actualmente la DGA, las concesiones mineras –que también son perpetuas en el tiempo, y que recaen sobre un recurso delimitado en cantidad– no deberían ser otorgadas. Nadie podría seriamente argumentar que esto es, en sí, una razón para discutir la procedencia o improcedencia de su explotación. Lo importante serán los perjuicios asociados al otorgamiento y ejercicio del derecho (perjuicios a terceros o al medio ambiente).

iv) *Las aguas subterráneas almacenadas no son susceptibles de aprovechamiento, pues el art. 41 de la Ley 19.300 obliga a que el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectúe asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a los mismos:* Cabe, a este respecto, discutir si las aguas subterráneas almacenadas son o no un recurso *renovable*. Efectivamente, el que

¹¹ Ronald Coase, abogado, Nobel de Economía en 1991, plantea básicamente en su famoso teorema que la legislación no debe propender necesariamente a la prohibición de las externalidades, sino que solo a la declaración de un responsable, promoviendo así la negociación entre los particulares como un proceso que tiende a la mayor eficiencia económica (*óptimo de Pareto*). El Teorema de Coase se desarrolló a partir de un artículo de dicho autor, publicado en 1960, titulado "El Problema del Costo Social". Es del caso señalar que este artículo ha llegado a ser, según muchos autores, el más leído y comentado de la ciencia económica del mundo de la postguerra.

se trate de aguas, no hace a este recurso –necesariamente– parte del ciclo hidrológico (por el contrario, será precisamente su carácter –es decir, ausencia de recarga– el que impedirá su renovabilidad, por lo menos a escala humana). En razón de esto, la política sobre la explotación de recursos naturales *renovables* que fija el art. 41 de la Ley 19.300, no aparece como una respuesta sólida frente al caso que nos preocupa. Por otro lado, la conservación biológica asociada al recurso deberá quedar asegurada por la respectiva evaluación ambiental a la que deberá someterse el proyecto al cual el agua sea destinada, según lo ya señalado.

VI. CONCLUSIONES

1.- Es claro que la DGA ha resuelto la pregunta objeto de este trabajo considerando solo las disposiciones del C. de A.. No ha hecho un esfuerzo interpretativo mayor, que considere la lógica y necesaria correspondencia y armonía que deben tener entre sí los diferentes cuerpos normativos que conforman nuestro derecho positivo.

No resulta fácilmente comprensible –sobre todo para las personas ajenas al derecho, que muchas veces han invertido fuertes sumas en la exploración y alumbramiento del recurso– que, por un lado, la DGA actúe dentro del proceso de evaluación ambiental en proyectos como el indicado en nuestro caso hipotético y, por otro, la misma DGA rechace –sin que existan oposiciones de terceros– las solicitudes de derechos de aprovechamiento que fueron objeto de los mismos procesos de evaluación ambiental. Si bien es cierto que el derecho de aprovechamiento no es un permiso ambiental sectorial, no es menos cierto que una actuación como la indicada no considera el principio básico del SEIA denominado ventanilla única. Destacan, los que han sufrido el caso, que esta falta de consecuencia se da –además– entre la COREMA y la DGA, lo que es doblemente inaceptable tratándose de organismos que dependen de un mismo poder del Estado (el Ejecutivo), y que debieran adscribir a una política única, general y clara, que invite a la inversión.

2.- Es obvio que la perpetuidad del derecho de aprovechamiento no puede ser, en sí, el argumento en que se fundamente el rechazo de las solicitudes sobre recursos naturalmente al-

macenados. El problema se debe centrar –como se ha demostrado en el capítulo anterior– en la concurrencia de perjuicios (sea a terceros o sea al medio ambiente) y no en la supuesta y errada incompatibilidad entre, por un lado, la perpetuidad del derecho de aprovechamiento, y, por otro, el carácter finito del recurso.

El asumir que “perpetuidad de derecho de aprovechamiento” y “recurso finito” no son compatibles, o que la disponibilidad debe estar necesariamente asociada a la recarga, puede llevar al absurdo que se ha señalado durante este trabajo, y que por lo demás se demuestra al aplicar este criterio en otros campos, como el minero. Después de todo, donde existe la misma razón o situación, debiera existir la misma disposición.

3.- Tratándose de acuíferos sin recarga (o de recarga mínima) resulta un hecho cuestionable que el recurso hídrico almacenado deba ser considerado como un recurso renovable. Precisamente la falta de recarga lo asimila al recurso minero.

4.- Si la decisión de la DGA es definitivamente, no permitir la explotación de estos recursos, debiera ella pues propender –en la medida que se cumplan los requisitos de rigor– a declarar Zonas de Prohibición. Así se daría certeza a los industriales y particulares en general, y se evitaría que estos exploren (previa constitución de autorizaciones de exploración otorgadas por la misma DGA) e inviertan tiempo y recursos económicos de consideración, en sectores en los cuales no se les constituirán, en definitiva, derechos de aprovechamiento de aguas.

5.- El SEIA, las medidas de mitigación consistentes en la autolimitación en el tiempo del ejercicio del derecho de aprovechamiento, los planes de manejo (en el caso que exista alguna capacidad de recarga que permita la renovación del recurso en el tiempo y que no exista un EIA o una DIA), como otras instituciones ambientales, aparecen como alternativas que debemos estudiar con mayor profundidad, a fin de evitar que se pierdan recursos que pueden ser aprovechados –sin perjudicar el medio ambiente o el patrimonio de terceros– en beneficio directo de un proyecto y, por lo mismo, de la sociedad toda.

Comentario final: En casos como el señalado en nuestro ejercicio parece olvidarse que la historia demuestra que las naciones que han tenido un desarrollo económico importante

han sabido explotar sus recursos naturales, transformándolos en el único capital que con certeza tiene valor permanente, el recurso humano, el cual se acrecienta a través de la inver-

sión en educación, salud y nutrición. Nuestra meta como nación debe ser poner la riqueza natural al servicio directo de los hombres, convirtiendo dicha riqueza inerte en riqueza viva.