La Protección de las Humedades en Chile y en la Legislación Internacional

Julio 2018

Galvarino Gallardo 1521, Providencia, Santiago de Chile
Teléfono: (56-2) 2720 1700 / Fax: (56-2) 2720 1716
instituto@institutolibertad.cl / www.institutolibertad.cl

LA PROTECCIÓN DE LOS HUMEDALES EN CHILE Y EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

I.- Introducción.

¿Qué se entiende por humedales[1]?. De acuerdo a la Convención de Ramsar (que analizaremos en detalle en los próximos capítulos), éstos se definen como:

"(…) las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas 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 de seis metros".

De acuerdo a William J. Mitsch y James G. Gosselink[2], los humedales contienen tres características esenciales:

i. Presencia de agua, en la superficie o al nivel de las raíces de la vegetación;

ii. El suelo posee condiciones únicas, que a menudo hacen que la composición del suelo de un humedal difiera de aquella de las tierras secas adyacentes; y

iii. Mantienen vegetación adaptada a la humedad, y hay ausencia de vegetación intolerante a la inundación permanente.

De todos modos, la definición de la Covención de Ramsar es la aceptada mayoritariamente en el mundo, incluido nuestro país.

El Decreto N° 771 de 1981 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulgó en nuestro país la Convención de Ramsar, define humedal como *"las zonas húmedas que dividen en áreas de ciénagas, pantanos, áreas de musgos o agua, sean éstas naturales o artificiales, permanentes o temporales, de aguas estáticas o corrientes,*

[1] La Real Academia Española los define sencillamente como: "*Terreno de aguas superficiales o subterráneas de poca profundidad"*.

[2] Autores de un libro titulado "Wetlands". Estas características son citadas en un artículo de Samantha Amstein Desplanque titulado *"Los humedales y su protección en el Derecho Internacional",* aparecido en la Revista de Derecho Ambiental. Año V N° 7 (Enero-Junio 2017), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de derecho Ambiental.

frescas, con helechos o saladas, incluyendo zonas de agua de mar cuya profundidad no exceda de seis metros durante la marea baja"[3].

Otra definición de humedal se encuentra en la letra l) del artículo 2º del Reglamento de Suelos, Aguas y Humedales de la Ley Nº 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal:

"(…) Ecosistemas asociados a sustratos saturados de agua en forma temporal o permanente, en los que existe y se desarrolla biota acuática y, han sido declarados Sitios Prioritarios de Conservación, por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, o sitios Ramsar. Para efectos de delimitación, se considerará la presencia y extensión de la vegetación hidrófila. Tratándose de ambientes que carezcan de vegetación hidrófila se utilizará, para la delimitación, la presencia de otras expresiones de biota acuática."

En la legislación nacional, los humedales se encuentran en una irregular situación jurídica, similar a la de los glaciares.

En el próximo capítulo veremos el estatus y protección de los humedales.

II.- La protección de los humedales en Chile.

En nuestra **legislación nacional,** no existe una definición precisa de la naturaleza jurídica de los humedales.

De acuerdo a Samantha Amstein[4] *"(…) la identificación de los elementos de un humedal como muebles o inmuebles no tiene relevancia práctica, como sí la reviste su calificación de si corresponden a bienes nacionales o bienes particulares, para determinar las leyes aplicables a los actos que se ejecuten sobre ellos."*

A diferencia de los glaciares, cuya determinación de bienes inmuebles por adhesión trae como consecuencia su apropiabilidad por el dueño del suelo, en el caso de los humedales, la distinción de inmueble o mueble no es tan relevante[5].

[3] Ver https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15511

[4] Samantha Amstein Desplanque, *"Los humedales y su protección en el Derecho Internacional",* aparecido en la Revista de Derecho Ambiental. Año V N° 7 (Enero-Junio 2017), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de Derecho Ambiental.

[5] Ibid.

Sí lo es en cambió su definición de bien nacional de uso público, en consideración al principal componente del humedal, es decir, el agua.

El artículo 595 del Código Civil señala que todas las aguas son bienes nacionales de uso público, el cual puede entregarse a privados mediante la constitución por acto de autoridad de un derecho de aprovechamiento, respecto del cual el privado tendrá un derecho de propiedad.

En el Código de Aguas por su parte, su artículo 2º señala, después de diferenciar entre aguas superficiales y subterráneas, que las aguas detenidas son las que *"(…) están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses."*

Más adelante se regulan las vegas, bofedales (artículo 58) y los drenajes (artículo 47).

Por su parte, la Ley Nº 19.300 del Medio Ambiente regula en su artículo 11 aquellos proyectos que requerirán un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), señalándose en su letra d) que requerirán de un EIA aquellos proyectos de inversión que estén localizados:

"(…) en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar".

Destacan dos características necesarias para que opere el requisito de presentar un EIA: en primer lugar, debe tratarse de un humedal "protegido" y en segundo lugar, que el humedal protegido sea susceptible de ser "afectado".[6]

Existen otros cuerpos legales en que se mencionan o se regulan tangencialmente los humedales (por ejemplo, la Ley de Caza y su Reglamento; la Ley General de Pesca y Acuicultura y Reglamento Ambiental para la Acuicultura; la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza; la Ley y Reglamento de Fomento de la Inversión Privada en Obras de Riego y Drenaje, entre otras).

Por su parte, la Ley N° 18.362 que crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, establece en su artículo 3º las categorías de manejo que pueden establecerse[7]:

[6] Ibid.

[7] Basadas en la Convención de Washington de 1940, aprobado por el Congreso y promulgado en Chile en 1967. Ver http://www.conaf.cl/cms/editorweb/transparencia/potestades/Dto-531_bellezas-nat.pdf

i. las Reservas de Regiones Vírgenes (definidas en el artículo 4 de esta Ley),

ii. los Parques Nacionales (definidos en el artículo 5 de esta Ley),

iii. los Monumentos Naturales (definidos en el artículo 6 de esta Ley) y

iv. las Reservas Nacionales (definidas en el artículo 7 de esta Ley).

Sin embargo, y a propósito de la discusión del proyecto de ley que crea e Servicio nacional Forestal, esta ley no ha entrado en vigencia porque su artículo 39 señala que empezará a regir a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la Ley N° 18.348, que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables.

Ésta última, por su parte, establece en su artículo 19 que entrará en vigencia el día que se publique en el Diario Oficial, el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal, lo que a la fecha no ha sucedido.

En el Reglamento de la Ley Nº 19.300 del Medio Ambiente, por su parte, se especifica en el artículo 3º aquellos proyectos que deben ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), especificándose respecto a los humedales en la letra a):

"Artículo 3.- Tipos de proyectos o actividades. Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes:

a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas. 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. Se entenderá que estos proyectos o actividades son significativos cuando se trate de: […] a.2. Drenaje o desecación de:

a.2.1 Vegas y bofedales ubicados en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, cualquiera sea su superficie de terreno a recuperar y/o afectar.

a.2.2 Suelos "ñadis", cuya superficie de terreno a recuperar y/o afectar sea igual o superior a doscientas hectáreas (200 ha).

a.2.3 Turberas.

a.2.4 Cuerpos naturales de aguas superficiales tales como lagos, lagunas, pantanos, marismas, vegas, albúferas, humedales o bofedales, exceptuándose los identificados en los literales anteriores, cuya superficie de terreno a recuperar y/o afectar sea igual o superior a diez hectáreas (10 ha), tratándose de las Regiones de Arica y Parinacota a la Región de Coquimbo; o a veinte hectáreas (20 ha), tratándose de las Regiones de Valparaíso a la Región del Maule, incluida la Región Metropolitana de Santiago; o a treinta hectáreas (30 ha), tratándose de las Regiones del Bío Bío a la Región de Magallanes y Antártica Chilena."

En definitiva, y leyendo este último artículo en concordancia con el artículo 6º del Reglamento (que trata sobre aquellos proyectos que deben ingresar al SEIA mediante un EIA) los proyectos que se ejecuten sobre o en la proximidad de humedales, deben ingresar al SEIA, i) siempre que el humedal esté en algún tipo de zona protegida; y ii) siempre que se altere el volumen o caudal del agua que alimenta al humedal.

III.- Convenciones internaciones en materia de Humedales.

Respecto a la legislación internacional en la materia, partiremos por analizar brevemente dos convenciones que han sido particularmente relevantes para el desarrollo de la legislación chilena en la materia:

i. la primera ya la mencionamos, y es la Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, más conocida como "Convención de Washington";

ii. y la segunda es la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, conocida como "Convención de Ramsar".

3.1.- Convención de Washington (1940).

A través de esta Convención, los Estados partes se comprometen, de acuerdo a lo establecido en el Artículo Segundo, a estudiar la posibilidad de *"(…) crear, dentro del territorio de sus respectivos países, los parques nacionales, las reservas nacionales, los monumentos naturales, y las reservas de regiones vírgenes definidos en el artículo precedente. En todos aquellos casos que dicha creación sea factible se*

comenzará la misma tan pronto como sea conveniente después de entrar en vigor la presente Convención."

Cada una de estas categorías se encuentran definidas en el Artículo Primero[8] de la Convención.

Cabe destacar el Artículo Tercero, el que señala que se prohíbe:

"(…) la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas, o para investigaciones científicas debidamente autorizadas."

Asimismo, el Artículo Quinto establece que los estados Partes acuerdan:

"(…) recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos competentes, la adopción de leyes y reglamentos que aseguren la protección y conservación de la flora y fauna dentro de sus respectivos territorios y fuera de los parques y reservas nacionales, monumentos naturales y de las reservas de regiones vírgenes mencionados en el artículo II.

Dichas reglamentaciones contendrán disposiciones que permitan la caza o recolección de ejemplares de fauna y flora para estudios e investigaciones científicas por individuos y organismos debidamente autorizados."

La Convención de Washington tiene la característica de ser un "Convenio Marco", lo que se traduce en la inexistencia de Secretaría u otro órgano de funcionamiento o supervisión.

[8] 1.- Se entenderá por PARQUES NACIONALES: Las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial.

2.- Se entenderá por RESERVAS NACIONALES: Las regiones establecidas para la conservación y utilización, bajo vigilancia oficial, de las riquezas naturales, en las cuales se dará a la flora y la fauna toda protección que sea compatible con los fines para los que son creadas estas reservas.

3.- Se entenderá por MONUMENTOS NATURALES: Las regiones, los objetos o las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta. Los Monumentos Naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales.

4.- Se entenderá por RESERVAS DE REGIONES VIRGENES: Una región administrada por los poderes públicos, donde existen condiciones primitivas naturales de flora, fauna, vivienda y comunicaciones con ausencia de caminos para el tráfico de motores y vedada a toda explotación comercial.

En definitiva, la Convención de Washington *"(…) contiene categorías de protección que cada país suscriptor debe incorporar a su legislación, sin que exista un registro internacional de los sitios designados ni de la categoría a la que pertenecen (…)"*[9].

3.2.- Convención de Ramsar (1971).

A diferencia de la Convención de Washington, la de Ramsar trata específicamente sobre la protección de los humedales.

La negociación que culminó con su aprobación en la ciudad de Ramsar (ciudad de Irán y costera del Mar Caspio, al norte de Teherán) comenzó en la década de los sesenta, entre ONG´s y gobiernos preocupados por la destrucción de los humedales y de los hábitats de las aves migratorias[10] que vivían en dichos humedales.

Se firmó en 1971 y entró en vigencia en 1975, con el siguiente nombre: "Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas".

Al 8 de junio de 2015, los humedales protegidos por esta Convención estaban compuesta por 2.208 que abarcaban 210,73 millones de hectáreas[11].

En cuanto a su funcionamiento, y nuevamente haciendo el contrapunto con la Convención de Washington, cada Estado parte debe nombrar una autoridad administrativa y un coordinador nacional, que actúa como contacto directo entre los organismos de dicha Convención y el país adherido.

Esta autoridad administrativa es la encargada de designar humedales apropiados para integrar la Lista de Ramsar y disponer lo necesario para su manejo adecuado[12].

La Lista de Ramsar se establece en el párrafo 1 del Artículo 2 de la Convención:

"Cada Parte Contratante designará humedales idóneos de su territorio para ser incluidos en la Lista de Humedales de Importancia Internacional, en adelante llamada

[9] Samantha Amstein Desplanque, *"Los humedales y su protección en el Derecho Internacional",* aparecido en la Revista de Derecho Ambiental. Año V N° 7 (Enero-Junio 2017), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de Derecho Ambiental.

[10] Ibid.

[11] Cuarto Plan Estratégico para 2016 – 2024, adoptado por la 12ª Reunión de la Conferencia de las Partes, Punta del Este, Uruguay, 1 a 9 de junio de 2015, por Resolución XII.2. Ver https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/4th_strategic_plan_2016_2024_s.pdf

[12] Ibid.

"la Lista", que mantiene la Oficina establecida en virtud del Artículo 8. Los límites de cada humedal deberán describirse de manera precisa y también trazarse en un mapa, y podrán comprender sus zonas ribereñas o costeras adyacentes, así como las islas o extensiones de agua marina de una profundidad superior a los seis metros en marea baja, cuando se encuentren dentro del humedal, y especialmente cuando tengan importancia como hábitat de aves acuáticas."

El Coordinador Nacional, por su parte, es un miembro del personal de la Autoridad Administrativa designado para coordinar la aplicación nacional que actúa como punto de contacto diario respecto de la Convención para las personas dentro del país y la Secretaría de Ramsar[13].

A nivel de la Convención misma, similar a la legislación de Cambio Climático, los Estados partes se denominan "partes contratantes", las que en conjunto conforman el órgano superior: la Conferencia de las Partes Contratantes (COP).

El Comité Permanente (CP) vendría siendo el órgano ejecutivo que representa a la COP entre sus reuniones.

Como órganos consultivos, existen dos[14]:

i. El Grupo de supervisión de las actividades de comunicación, educación, concienciación y participación (CECoP): órgano subsidiario de la Convención que supervisa la ejecución del Programa de CECoP de la Convención e informa sobre él y fija las prioridades en materia de comunicación, educación y creación de capacidad; y

ii. El Grupo de Examen Científico y Técnico (GECT): órgano subsidiario de la Convención que ofrece orientaciones científicas y técnicas a la COP, el CP y la Secretaría.

Volviendo al nivel nacional, existe un segundo Coordinador denominado "Coordinador Nacional del GECT", compuesto por un científico cuya función es asesorar al Grupo de Examen Científico y Técnico. Posee unos conocimientos especializados reconocidos en los temas relacionados con los humedales, así como capacidad para iniciar una colaboración técnica y comunicaciones en las redes

[13] Sitio Web de la Convención de Ramsar. Ver "*Acerca de la Convención de Ramsar*" en: https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/about_nfp_2014_sp.pdf

[14] Ibid.

científicas del país. Los CN del GECT son el punto de contacto entre los miembros regionales del GECT y las redes nacionales de expertos.[15]

En cuanto a sus objetivos, la Convención se sustenta en tres pilares[16]:

i. Uso racional de los humedales: Las Partes tienen la obligación general de considerar la conservación de los humedales en sus planes para los usos de la tierra, la hidrología y las cuencas hidrográficas;

ii. Sitios de la lista: las Partes deben designar en el momento de la adhesión al menos un humedal (Sitio Ramsar) para ser incluido en la Lista de Humedales de Importancia Internacional (la "Lista de Ramsar") (Artículo 2.4) y promover su conservación; y

iii. Cooperación internacional: Las Partes también acuerdan celebrar consultas con otras Partes Contratantes sobre la aplicación de la Convención, especialmente en lo relativo a los humedales transfronterizos, los sistemas hídricos compartidos y las especies compartidas (artículo 5).

Ahora bien, volviendo a la Lista de Ramsar, cada parte tiene el deber de incluir humedales de importancia internacional del respectivo país en la precitada Lista.

Tal "importancia internacional", deriva de su relevancia en términos ecológicos, botánicos, zoológicos, limnológicos o hidrológicos.

Los criterios que se usan para determinar si un humedal se incluye o no en la Lista, fueron establecidos en 1974 en la Conferencia Internacional sobre la Conservación de los Humedales y Aves Acuáticas celebrada en Heiligenhafen en 1974, e incluyen criterios[17] tales como:

i. Criterio 1: Un humedal deberá ser considerado de importancia internacional si contiene un ejemplo representativo, raro o único de un tipo de humedal natural o casi natural hallado dentro de la región biogeográfica apropiada.

[15] Ibid.

[16] Ibid.

[17] Estos criterios se encuentran en: https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/ramsarsites_criteria_sp.pdf

ii. Criterio 2: Un humedal deberá ser considerado de importancia internacional si sustenta especies vulnerables, en peligro o en peligro crítico, o comunidades ecológicas amenazadas.

iii. Criterio 3: Un humedal deberá ser considerado de importancia internacional si sustenta poblaciones de especies vegetales y/o animales importantes para mantener la diversidad biológica de una región biogeográfica determinada; entre varios otros.

En Chile, la autoridad administrativa a cargo de velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, es el Director de Medio Ambiente y Asuntos Marítimos del Ministerio de relaciones Exteriores.

Por su parte, el Coordinador Nacional a cargo de la aplicación de la Convención en Chile es el jefe del departamento de recursos naturales del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Luego, corresponde al Comité Nacional de Humedales[18] formular la propuesta para crear un sitio Ramsar, a la Secretaría de la Convención de Ramsar.

A Julio de 2018, Chile tiene inscrito 13 humedales en la Lista de Ramsar[19]:

- Bahía Lomas 06/12/2004 Magallanes y la Antártica Chilena 58,946 ha.
- Carlos Anwandter SanctuaryMR 27/07/1981 Los Ríos 4,877 ha.
- Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa 02/12/1996 Atacama 62,460 ha.
- Humedal el Yali 02/12/1996 Valparaíso 520 ha.
- Las Salinas de Huentelauquén (LSH) 02/02/2015 Coquimbo 2,772 ha.
- Parque Andino Juncal 22/05/2010 Valparaíso 13,796 ha.

[18] Integrado por funcionarios del Ministerio del Medio Ambiente, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Minería, de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, del Servicio Agrícola y Ganadero, de la Corporación Nacional Forestal, del Sernapesca, de la Subpesca, del Museo Nacional de Historia Natural, de la Dirección del Territorio Marítimo, del Servicio Nacional de Geología y Minería, de la Dirección General de Aguas, y de la Comisión Nacional de Riego.

[19] Ver https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/sitelist.pdf:

- Salar de Pujsa 14/08/2009 Antofagasta 17,397 ha.
- Salar de Surire 02/12/1996 Tarapacá 15,858 ha.
- Salar de Tara 02/12/1996 Antofagasta 96,439 ha.
- Salar de Aguas Calientes IV 14/08/2009 Antofagasta 15,529 ha.
- Salar del Huasco 02/12/1996 Tarapacá 6,000 ha.
- Santuario de la Naturaleza Laguna Conchalí 02/02/2004 Coquimbo 34 ha.
- Sistema Hidrológico de Soncor del Salar de Atacama 02/12/1996 Antofagasta 67,133 ha.

Por el mero hecho de tratarse de Sitios Ramsar, todo proyecto dentro o en las proximidades de tales sitios deben ingresar al SEIA.

IV.- Conclusiones.

La tramitación del proyecto de ley que que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, será una oportunidad para reforzar la protección legal para los humedales en Chile, más allá de la existente para los que se encuentran bajo alguna modalidad de protección oficial, sea que el respectivo humedal sea un Sitio Ramsar, o se encuentre dentro de un Parque Nacional o Reserva de la Naturaleza.

Asimismo, y tal como en otros ámbitos de la labor de conservación y protección medio ambiental, es muy importante que los privados tomen parte activa en dichas labores.

La reciente elaboración de un Inventario Nacional de Humedales[20] es un paso en la dirección correcta para lograr una protección integral de estos ecosistemas esenciales para la vida silvestre de nuestro país.

[20] Ver https://humedaleschile.mma.gob.cl/inventario-humadales/