

P.

puntos de referencia

CENTRO
DE ESTUDIOS
PÚBLICOS

EDICIÓN DIGITAL
N° 620, SEPTIEMBRE 2022

POLÍTICA Y DERECHO

Propiedad y recursos naturales: ¿Un nuevo régimen?

DOMINIQUE HERVÉ Y ERNESTO VARGAS



RESUMEN

- La pregunta que guió esta conversación es si la propuesta que hizo la Convención Constitucional introdujo efectivamente un nuevo régimen para la propiedad de los recursos naturales o bienes comunes naturales, como los denominaba. La respuesta de ambos expositores es afirmativa.
- También analizan, entre otras cosas, la complejidad que envuelve la idea de que la naturaleza y los bienes que la componen puedan ser titulares de derechos. Una pregunta surge de inmediato: ¿Quién puede accionar a nombre de ella?
- Otro aspecto discutido es el carácter de los bienes comunes y la cuestión de la inapropiabilidad de algunos de ellos.
- Lo anterior plantea una pregunta por la relación que se establecía entre las personas y los títulos que ellas puedan tener sobre el uso o aprovechamiento de ciertos bienes comunes.
- El agua, por supuesto, es uno de estos casos. ¿Es sensato que no se hayan podido comerciar dichos títulos y que, en cambio, su traspaso quedara a criterio de una autoridad pública?
- ¿Podría haber habido responsabilidad del Estado de Chile por esta reducción en el carácter de los títulos sobre el agua, desde títulos transables a títulos intransables?

DOMINIQUE HERVÉ ESPEJO es abogada de la Universidad de Chile, Directora Programa de Derecho y Política Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho Ambiental, University College London, y Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

ERNESTO VARGAS WEIL es abogado de la Universidad de Chile, profesor de la Facultad de Derecho de la misma universidad y Fellow in Law, Selwyn College, Universidad de Cambridge. Magíster en Políticas Públicas, Universidad de Chile, Magíster en Derecho, New York University, y Doctor en Derecho, University College London.

Transcripción del seminario “Propiedad y recursos naturales: ¿Un nuevo régimen?”, sexta sesión del Ciclo “La última milla: seis discusiones sobre la propuesta constitucional”, celebrada el 16 de agosto de 2022 en el CEP. El seminario fue moderado por Lucas Sierra (CEP) y su grabación está disponible en: <https://youtu.be/UVkwN-T72Bk>

N. del E.: Este *Puntos de Referencia* se publica tras el plebiscito de 04/09/22. La propuesta de nueva Constitución hecha por la Convención Constitucional ha sido rechazada por la ciudadanía. Sin embargo, el contenido de este *Puntos de Referencia* es útil cualquiera sea el rumbo que tome la discusión constituyente.



PRESENTACIONES

1. Presentación de Dominique Hervé

La pregunta que nos convoca es si la propuesta constitucional introduce un nuevo régimen para la propiedad de los recursos naturales o de los bienes comunes naturales, como los llama la propuesta. Mi respuesta a esta pregunta es, sin duda, sí; existe en la propuesta un nuevo régimen en materia de propiedad de los recursos naturales.

Y lo que trataré de hacer ahora es explicar cuáles son los principales elementos de este nuevo régimen de propiedad sobre los bienes comunes naturales. Para iniciar el análisis creo que es importante partir de la norma principal que propone la propuesta constitucional en materia de recursos naturales, y que es aquella que se refiere a los bienes comunes naturales. De acuerdo con la propuesta, estos bienes “son elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras”.¹ Para entender mejor esta norma, creo necesario revisar algunos conceptos jurídicos que son bastante conocidos, pero que es importante tener presente.

No es novedad que los elementos de la naturaleza, en cuanto recursos valiosos para el ser humano, hayan sido calificados como bienes por la propuesta constitucional.

En primer lugar, el concepto de bienes, que ha sido definido por la doctrina del derecho privado como “una cosa que presta utilidad para el ser humano”. Los bienes se clasifican en virtud de diferentes criterios, destacando las siguientes categorías: bienes apropiables e inapropiables y bienes privados o públicos, y que son relevantes para la propuesta constitucional. El primer punto que quiero resaltar es que no es novedad que los elementos de la naturaleza, en cuanto recursos valiosos para el ser humano, hayan sido calificados como bienes por la propuesta constitucional. Tradicionalmente, los ordenamientos jurídicos regulan los recursos naturales en cuanto bienes y específicamente de acuerdo con su

¹ Art. 134.1. Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022 (“PNC”).

titularidad. Así, los recursos naturales han sido regulados por el derecho como bienes apropiables o inapropiables, y también como bienes públicos o privados.

En segundo lugar, me interesa destacar también qué se entiende por la institución jurídica de la propiedad, mediante la cual los ordenamientos jurídicos han regulado el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. A través de esta institución se asigna la titularidad del recurso, se define su uso, y se determinan los derechos sobre los productos de ese recurso. Cumple de esa manera la propiedad un rol distributivo que conforma buena parte de la estructura básica de la sociedad.

Se pueden, también, distinguir dos tipos de propiedad sobre los recursos naturales, la privada y la pública. La propiedad privada es definida como un derecho a gozar y disponer de los bienes sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. Por lo tanto, la propiedad privada sobre un recurso natural se caracteriza porque las decisiones sobre su acceso y su uso dependen del individuo, que es su titular. Por su parte, el dominio público, de acuerdo con una concepción funcionalista, antes que un conjunto de bienes consiste en ciertas potestades administrativas que permiten al Estado intervenir para cumplir con sus funciones públicas. Por lo tanto, la propiedad constituye el modelo institucional que determina las reglas para la asignación y distribución de la riqueza proveniente de los usos alternativos de los recursos naturales. El contenido de tales reglas será lo que defina el alcance y los límites del acceso y uso de dichos recursos dentro de una sociedad.

La regla general en Chile, de acuerdo con la Constitución vigente, es la propiedad privada de los recursos naturales. El artículo 19 número 23 de la Constitución dispone que las personas tienen “[1] a libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, o que deban pertenecer a la Nación toda, y la ley lo declare así.” De esta manera, los recursos naturales en nuestro ordenamiento jurídico se clasifican atendiendo al dominio o propiedad en: recursos naturales comunes a todos los hombres, recursos naturales de dominio público, que incluye a los bienes nacionales de uso público, y recursos naturales de propiedad privada.

Se pueden, también, distinguir dos tipos de propiedad sobre los recursos naturales, la privada y la pública.

Los recursos naturales de titularidad pública son entonces aquellos que expresamente se han declarado como tales por la ley. En nuestro ordenamiento jurídico, hasta ahora, estos son los recursos minerales, las aguas, la energía geotérmica, los fondos marinos, las playas y el borde costero. El resto de los bienes de la naturaleza son, por regla general, apropiables, entendiendo por estos a los bienes de titularidad privada, con la única excepción de la categoría llamada “cosas comunes a todos los hombres”, que nuestra legislación no define expresamente, pero que es una categoría que proviene del derecho

romano y que alude a aquellos bienes que por su naturaleza se consideran inapropiables como el aire o el mar.

La relevancia de clasificar los bienes atendiendo a su titularidad dice relación con el rol que le corresponde al Estado como legislador, regulador o administrador de dichos bienes, y a los privados en la determinación de su acceso, uso y aprovechamiento. Así, la potestad del Estado respecto de bienes sobre los cuales tiene dominio puede ser muy distinta de aquella que ejerce sobre bienes que se encuentran fuera de esta categoría. Cabe señalar, sin embargo, que esta afirmación ha perdido intensidad en nuestro país en la medida que el ordenamiento jurídico reconoció propiedad privada sobre los títulos de uso otorgados sobre los recursos naturales públicos. La Constitución vigente garantiza la propiedad privada sobre los derechos de agua y las concesiones mineras. La legislación, a su vez, ha establecido la propiedad privada respecto de otros títulos administrativos, como, por ejemplo, la concesión de energía geotérmica. Es decir, en el derecho nacional sobre los recursos naturales resulta que las potestades del Estado no son sustancialmente diferentes en el ámbito de los recursos naturales de titularidad pública o privada. En este escenario cabe preguntarse cómo se debe interpretar jurídicamente la propuesta constitucional que crea esta nueva categoría de bienes y las normas que lo regulan. ¿Qué es lo que cambia?

En primer lugar, un cambio fundamental que se debe tener presente es que el paradigma sobre el cual se propone esta nueva categoría de bienes cambia. Tradicionalmente el derecho en materia de recursos naturales no ha reconocido el valor de los componentes de la naturaleza en sí mismos, sino que lo que regula es el acceso y uso de éstos por parte de los seres humanos. Este enfoque del ordenamiento jurídico tradicional de los recursos naturales pugna con el nuevo paradigma que consagra la propuesta constitucional en cuanto a la relación del ser humano con la naturaleza. Diversas normas de la propuesta se refieren precisamente a la relación indisoluble del ser humano con la naturaleza, a su interdependencia, incluso, se reconoce la naturaleza como sujeto de derechos. Entonces, el contenido de la propuesta respecto a los bienes comunes naturales debe leerse en este contexto teórico.

En primer lugar, un cambio fundamental que se debe tener presente es que el paradigma sobre el cual se propone esta nueva categoría de bienes cambia.

Por lo tanto, sin perjuicio que la propuesta mantiene un aspecto esencial de nuestra tradición jurídica al establecer que los recursos naturales son bienes y que pueden ser apropiables o inapropiables, al consagrar esta nueva categoría jurídica, de los bienes comunes naturales, lo que busca es dar mayor consistencia entre este nuevo enfoque y paradigma ambiental, con la regulación de los recursos naturales. Esa consistencia con el nuevo paradigma se manifiesta expresamente en el deber de custodia del Estado sobre los bienes comunes naturales y los fines que persigue, a los que me referiré más adelante.

Siguiendo con el análisis de la propuesta, luego de definir qué se entiende por bienes comunes naturales, la propuesta realiza una enumeración de los mismos que constituye un listado amplio.² Distingue entre bienes comunes naturales apropiables e inapropiables, señalando expresamente que ciertos bienes comunes naturales son inapropiables como el agua, en todos sus estados, el aire, el mar territorial y las playas.³ Se incluyen, entonces, dentro de esta categoría de bienes inapropiables, tanto elementos de la naturaleza que actualmente se consideran bienes nacionales de uso público, como aquellos que se entienden cosas comunes a todos los hombres, es decir, por ejemplo, el agua, por un lado, y el aire, por el otro.

Además de los mencionados bienes inapropiables, se incluyen dentro del listado de bienes comunes naturales bienes que podemos clasificar como de titularidad pública o privada. Así, se mencionan los fondos marinos, los campos geotérmicos, los bosques nativos, los humedales, el subsuelo y los demás que declaren la Constitución y la ley. Por lo tanto, la identificación de un bien como bien común natural no depende de su apropiabilidad o de su titularidad. Se trata de bienes que pueden ser apropiables o inapropiables, de titularidad pública o privada.

Además de los mencionados bienes inapropiables, se incluyen dentro del listado de bienes comunes naturales bienes que podemos clasificar como de titularidad pública o privada.

Entonces, ¿qué es lo que define a un elemento de la naturaleza como bien común natural? La respuesta más razonable, y que tiene que ver con el cambio de paradigma al que me refería recién, es que el contenido esencial de esta categoría consiste en el deber de custodia del Estado.⁴ Este deber de cuidado cumple ciertos fines: garantizar la integridad ecológica y los intereses de las generaciones futuras. Y se concretiza en estándares y obligaciones particulares y específicos dependiendo de la apropiabilidad o titularidad del bien. Respecto de los bienes inapropiables, el deber de custodia comprende las obligaciones de preservación, conservación, restauración y, adicionalmente, un deber de administrar estos bienes de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa. Respecto de los bienes de titularidad privada, en cambio, el deber de custodia implica la facultad de regular su uso y goce con la finalidad de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras.

² Art. 134.2 PNC: “Son bienes comunes naturales el mar territorial y su fondo marino; las playas; las aguas, glaciares y humedales; los campos geotérmicos; el aire y la atmósfera; la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos; el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley.”

³ Art. 134.3 PNC.

⁴ Art. 134.4 PNC.

Por otro lado, respecto de la administración de los bienes inapropiables, se propone un conjunto de estándares que el Estado debe respetar al entregar títulos administrativos de uso, temporalidad, caducidad, extinción, revocación y, también, el establecimiento de obligaciones específicas de conservación justificadas en el interés público.⁵ A su vez, estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad. Tales estándares son los que permitirían dar coherencia al ordenamiento jurídico sobre los recursos naturales como sistema y garantizar que el Estado cumpla con su deber de custodia pública en la administración de los bienes comunes inapropiables sin renunciar a sus potestades públicas.

Luego de los bienes comunes naturales, me referiré, brevemente, a dos estatutos particulares que establece la propuesta respecto de las aguas y respecto de los minerales.

Respecto de las aguas, primero se reconoce que se trata de un bien esencial para la vida y se establece que serán usos prioritarios el derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas, y que la ley determinará los demás usos.⁶ En todo caso, dice, el Estado debe velar por un uso razonable de las aguas.⁷ En particular, señala que las autorizaciones de uso de agua serán de carácter intransferible y que se conceden basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas y obligan al titular al uso que justifica su otorgamiento. Se consagra, en línea con los estándares de la custodia pública, un sistema de gobernanza de las aguas participativo y descentralizado, a través del manejo integrado de cuencas.⁸ Son los Consejos de Cuenca los responsables de su administración, para lo cual deben realizar una planificación de las intervenciones en los cuerpos de agua y los ecosistemas asociados a la respectiva cuenca.

A su vez, estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad.

En lo que respecta a las autorizaciones de uso de agua, cabe resaltar que se aplican los estándares ya mencionados para la administración de los bienes comunes naturales inapropiables. Por lo tanto, se tratará de autorizaciones temporales, no perpetuas (como ha sido la regla hasta la reciente reforma del Código de Aguas⁹) y respecto de las cuales, también, no se generan derechos de propiedad (a diferencia de lo que garantiza la Constitución actual¹⁰). Las normas transitorias de la propuesta constitucional regulan la transición desde el régimen actual de los derechos de aprovechamiento de aguas al régimen

⁵ Art. 134.5 PNC.

⁶ Art. 140 PNC.

⁷ Art. 142 PNC.

⁸ Art. 143 PNC.

⁹ Ley N°21.435 que reforma el Código de Aguas, publicada en el Diario Oficial 6 de abril 2022.

¹⁰ Art. 19 N°24 inciso undécimo: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

propuesto, lo que exigirá una ley de adecuación normativa, sin perjuicio que, a partir de la aprobación de la propuesta, los derechos de aprovechamiento ya otorgados se consideran autorizaciones de uso¹¹; autorizaciones a las que se aplicarán las reglas del Código de Aguas mientras no se dicte la nueva ley.

Este es quizás el punto más controvertido de la propuesta en materia de recursos naturales: ¿cómo se protegen los intereses de los titulares de derechos de agua que se verían perjudicados por el nuevo régimen constitucional? Efectivamente, el régimen que se propone puede ser desfavorable jurídicamente para los titulares de derechos de agua, sin perjuicio que el uso efectivo de las aguas se mantiene en los términos actuales. Para resolver este problema es que las normas transitorias establecen algunos mecanismos que buscan regular y proteger situaciones que se consideran importantes, sin perder de vista el objetivo del nuevo régimen jurídico constitucional.

Se ha discutido acerca de la intransferibilidad de las autorizaciones de uso de agua, ya que se trata de una diferencia clara con el régimen actual. Creo que es importante tener presente que el objetivo de esta regla apunta a que los usos de las aguas no sean asignados por el mercado, sino por la autoridad pública, lo que es consistente con los estándares de administración que se establecen para los bienes comunes naturales intransferibles. El alcance de esta disposición, sin embargo, deberá regularse en las leyes de adecuación normativa. Mientras tanto, las normas transitorias permiten dar algunas luces de lo que ello significa, ya que establecen, por ejemplo, la posibilidad de cambios de titularidad en las autorizaciones de uso, con autorización de la Dirección General de Agua.¹²

Este es quizás el punto más controvertido de la propuesta en materia de recursos naturales: ¿cómo se protegen los intereses de los titulares de derechos de agua que se verían perjudicados por el nuevo régimen constitucional?

En resumen, aun cuando la propuesta constitucional en esta materia exigirá un trabajo legislativo importante para su implementación, que permitirá precisar algunos alcances de la misma, es posible

¹¹ Disposición transitoria Trigésima quinta.1 PNC: “Con la entrada en vigencia de esta Constitución todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en esta Constitución. Mientras no se dicte la legislación ordenada en la disposición transitoria anterior, se aplicarán las reglas que prescribe el Código de Aguas en materia de constitución y extinción de autorizaciones de conformidad con esta Constitución, sin perjuicio de los procesos de revisión y ajuste de los caudales a ser redistribuidos en cada cuenca. En ningún caso se podrán aplicar las reglas relativas a la constitución de estas autorizaciones por remate.”

¹² Disposición transitoria Trigésima quinta.2 letra a) PNC: “Solo previa autorización de la Dirección General de Aguas, o su sucesor jurídico, se podrán autorizar cambios de titularidad en las autorizaciones administrativas de uso de agua o actos jurídicos que impliquen que una persona distinta de la titular las ejerza, siempre que estén fundadas en la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento o la disponibilidad efectiva de las aguas en conformidad con lo establecido en los artículos 57 y 142 de esta Constitución. Dicho acto administrativo deberá ser fundado y deberá inscribirse en el Catastro Público de Aguas a que se refiere el artículo 112 del Código de Aguas.”

concluir que desde ya incorpora al ordenamiento jurídico una nueva categoría jurídica de bienes, que enfatiza aspectos diversos al de su titularidad, sin eliminarla, los que dicen relación con la responsabilidad pública y el interés común en su protección, y que estas características se traducen en la configuración de un deber de custodia del Estado sobre dichos bienes.

Para terminar, me interesa enfatizar esta última idea: la incorporación de un deber de custodia pública del Estado que obedece a una preocupación, responsabilidad o interés común sobre los recursos naturales. No se trata de una idea nueva, ha sido desarrollada tanto por el derecho ambiental internacional como comparado. En materia internacional se aplica tanto respecto de recursos compartidos entre Estados como de recursos que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional e incluso recursos que se encuentran dentro de la jurisdicción nacional, como es, por ejemplo, la biodiversidad. El efecto de esta obligación, que es la responsabilidad y el interés común sobre los recursos naturales, se traduce en el plano internacional en la restricción de la soberanía nacional. Y en el plano nacional también se traduce en obligaciones sobre las distintas titularidades en materia de bienes comunes naturales.

Por lo tanto, el deber de custodia del Estado sobre los bienes comunes naturales no se basa en la propiedad o titularidad de los mismos, sino en la necesidad de imponer obligaciones para la conservación de los procesos naturales esenciales, reconociendo los intereses y responsabilidades comunes de las generaciones presentes y futuras. Lo interesante de este nuevo enfoque es que permite y exige un análisis regulatorio del acceso y uso de los bienes naturales a partir de modelos jurídicos diferentes al de la propiedad privada clásica o del dominio público tradicional sobre los recursos naturales.

En este caso, la propiedad se constituye como una institución social que conlleva responsabilidades con el resto de la comunidad o incluso como una estructura que establece que los intereses colectivos son más importantes que los intereses individuales. Manifestaciones de esta teoría, como ya dije, existen a nivel internacional y también comparado, como lo es el caso de la doctrina del *public trust*, en la cual se basa la propuesta de custodia pública. Se trata, por lo tanto, de una propuesta que replantea el rol del derecho de propiedad en la solución de los problemas ambientales actuales. Busca encontrar un balance sustentable entre los seres humanos y su medio ambiente al reflejar la necesidad de proteger la integridad de la naturaleza en la tensión existente entre la autonomía individual y los intereses públicos y colectivos.

Para terminar, me interesa enfatizar esta última idea: la incorporación de un deber de custodia pública del Estado que obedece a una preocupación, responsabilidad o interés común sobre los recursos naturales.

2. Presentación de Enesto Vargas

Tal como ya se explicó, la propuesta de nueva Constitución introduce innovaciones bastante relevantes en materia de recursos naturales. Lo que yo quiero hacer hoy día es comentar algunas de éstas desde la perspectiva de la teoría y la doctrina de los derechos de propiedad.

Un buen punto de partida para ello es el diagnóstico de la Convención, recién explicado por Dominique, de que la Constitución y las leyes vigentes no permitirían dar una adecuada protección al medio ambiente, debido a que éstos otorgarían o permitirían otorgar a los particulares derechos sobre recursos naturales que serían excesivamente robustos, porque de una u otra forma replican la estructura de la propiedad privada.

En esta visión, la nueva Constitución presentaría una oportunidad única para armonizar la preservación de la naturaleza con su aprovechamiento privado. Con tal fin, entre otras cosas, la propuesta crea la categoría de los “bienes comunes naturales” e impone al Estado un asociado “deber de custodia”. Sobre esta estructura o corazón básico, la propuesta agrega dos regímenes especiales, recién comentados: el estatuto de la riqueza mineral y el estatuto de las aguas. El contenido de estas normas fue recién explicado con bastante detalle por Dominique, por lo cual, yo no lo voy a repetir, y voy a pasar directamente a la pregunta relevante: ¿Importan estas novedades la creación de un nuevo régimen de propiedad sobre los recursos naturales? De ser ese el caso, ¿cuáles serían las implicancias?

Las transiciones entre regímenes de propiedad suelen dejar traumas sociales duraderos de difícil solución.

Yo les adelanto que mi respuesta, si bien no es inconsistente con la que se acaba de dar, es un poco distinta. Lo importante es que estas preguntas no son triviales. Por un lado, las transiciones de un régimen de propiedad a otro son eventos históricamente infrecuentes. Estas generalmente ocurren únicamente en contexto de transformaciones institucionales mayores, ya que una vez que un nuevo régimen de propiedad entra en operación, este tiende a desarrollar una inercia propia que hace que sea cada vez más difícil de cambiar. Por otro, las transiciones entre regímenes de propiedad suelen dejar traumas sociales duraderos de difícil solución. En buena medida, ello se debe a que éstas requieren necesariamente evaluar los derechos de propiedad existentes bajo un régimen y luego asignarles un valor bajo el nuevo sistema que se está creando, en un proceso en que, invariablemente, hay ganadores y perdedores.

En nuestro caso, no es necesario mirar muy atrás para ver este fenómeno. Chile sigue respirando por la herida dejada, primero, por la reforma agraria, la asociada reforma al Código de Aguas de esos años

y la nacionalización de la gran minería del cobre; y, luego, por las reformas orientadas al mercado, incluyendo el Código de Aguas de 1981 y la Ley Orgánica de Concesiones Mineras de 1982. Para evaluar hasta qué punto la propuesta de nueva Constitución nos enfrenta a un escenario de este tipo, es necesario determinar si este daría efectivamente lugar a un nuevo régimen de propiedad sobre los recursos naturales. En la medida en que ni el régimen vigente ni el propuesto son realmente regímenes unitarios, esto sólo puede hacerse examinando los recursos caso a caso. Para ello yo me voy a concentrar en el suelo, los minerales y las aguas.

Como punto de referencia para esto propongo que nos concentremos en cuatro elementos que caracterizan en forma bastante inequívoca un sistema de propiedad privada. Primero, en un régimen de propiedad privada, una parte bien definida de la realidad es vinculada a un sujeto específico. Segundo, este sujeto tiene discreción para decidir cómo aprovechar ese pedazo de la realidad. En otras palabras, esto significa que el Estado va a hacer cumplir su decisión como final, cualquiera sea su mérito o interés social. Como corolario de ello, en principio, la propiedad privada, al menos intrínsecamente, no entraña obligaciones para su titular. Tercero, en un sistema de propiedad privada, los derechos a aprovechar los recursos o los bienes son asignados a los particulares por medios que no implican el ejercicio de discreción estatal. Normalmente esto se logra por técnicas que replican la lógica básica de los modos de adquirir del derecho privado, o sea, la asignación al primer ocupante y la transferencia voluntaria. Y cuarto, finalmente, en un sistema de propiedad privada, el Estado no puede privar a los particulares de sus bienes, salvo por causas excepcionales, definidas de antemano, y generalmente mediante alguna forma de indemnización. No todos estos elementos tienen que concurrir plenamente y al mismo tiempo para que estemos frente a un sistema de propiedad privada. Sin embargo, en la medida que más nos alejamos de ellos, menos privado el sistema.

En Chile, actualmente, el suelo, y lo que adhiere a él, está claramente sujeto a un régimen de propiedad privada.

En Chile, actualmente, el suelo, y lo que adhiere a él, está claramente sujeto a un régimen de propiedad privada. Ello no implica, por supuesto, que el derecho del dueño de un inmueble sea ilimitado. Todos sabemos que está sujeto a una variedad de normas, las que van desde el cumplimiento de regulaciones de zonificación hasta el deber de tolerar servidumbres o expropiaciones. Pero, en general, estas no obstan a que el aprovechamiento de los inmuebles sea más o menos discrecional por parte de su titular. La propuesta de nueva Constitución no altera este régimen propietario, al menos no su corazón o estructura. Los inmuebles siguen siendo apropiables y los derechos de propiedad sobre el suelo siguen siendo concebidos esencialmente como un espacio de autonomía protegido por la garan-

tía constitucional de la propiedad.¹³ Por lo tanto, al menos, evitamos entrar en la discusión sobre el “justo precio” en materia de expropiaciones.¹⁴ El único efecto inmediato de la nueva Constitución en esta materia pareciera ser expandir las facultades del Estado para limitar la propiedad en razón de una serie de causales, incluyendo su función ecológica¹⁵, e imponerle el deber de hacerlo bajo el deber de custodia. Desde el punto de vista de la propiedad, la mayor implicancia de esto es que, posiblemente, se van a agudizar problemas asociados al tratamiento de las regulaciones legales de la propiedad que tienen efectos similares a una expropiación o que afectan desproporcionadamente a sujetos específicos.

La situación de los minerales es un poco menos clara. El texto constitucional vigente consagra la propiedad del Estado sobre la riqueza mineral e instituye directamente las bases de un régimen concesional que aplica a la gran mayoría de los recursos minerales.¹⁶ La forma en que la ley, actualmente, implementa este mandato es creando un sistema que es funcionalmente muy cercano a un régimen de propiedad privada. Las concesiones son asignadas a su descubridor y pueden circular mediante acuerdo; son libremente transferibles. Segundo, la obligación de explorar y explotar las concesiones se cumple mediante un deber de baja intensidad consistente en el pago de una patente.

¹³ Art. 78.1 PNC: “Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables.”

¹⁴ Art. 78.4 PNC: “La propietaria o el propietario siempre tiene derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.”

¹⁵ Art. 78.2 PNC: “Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica.”

¹⁶ Art. 19 N°24 incisos sexto a décimo: “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.”

Finalmente, las concesiones mineras gozan claramente de la protección constitucional de la propiedad.

La propuesta de la nueva Constitución no altera lo relativo a la propiedad del Estado sobre la riqueza mineral, pero entrega la configuración del régimen minero enteramente a la ley y omite toda referencia directa a la protección constitucional de las concesiones vigentes.¹⁷ Esto implica que la nueva Constitución no crea un nuevo régimen de propiedad minera. Sin embargo, al desconstitucionalizar el régimen de concesiones y dejar en la oscuridad la protección constitucional de los derechos mineros, abre la puerta para que un nuevo régimen sea creado por vía legal, en un contexto en que los derechos vigentes tienen una posición que es evidentemente más incierta que en la actualidad.

Finalmente, en el caso de las aguas, la nueva Constitución está explícitamente comprometida con la creación de un nuevo régimen de propiedad que carece de todas las marcas características de la propiedad privada. Bajo el diseño original del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento tenían una naturaleza que, efectivamente, era funcionalmente muy cercana a la propiedad privada. Los derechos de aprovechamiento eran generalmente asignados al primer solicitante en forma gratuita, sin mediar discreción estatal, no estaban sujetos a plazo, no imponían cargas a su titular, eran libremente transables y estaban explícitamente protegidos como una forma de propiedad por la Constitución.

Sin embargo, al menos desde la introducción del régimen de patentes por no uso el año 2005, este diseño ha sido objeto de reformas profundas.¹⁸ Los cambios introducidos por la última reforma son, de hecho, bastante radicales. Por una parte, los nuevos derechos de agua están sujetos a plazos que son, por cierto, renovables automáticamente y su otorgamiento consulta al interés público, al menos, en el texto de la ley.¹⁹ Por otra parte, los derechos de agua ya existentes pasan a estar sujetos al nuevo régimen de extinción por no uso efectivo, lo mismo respecto de su ejercicio, cargas y goce. Como resultado, es factible afirmar que el régimen de aguas ya está transitando desde un régimen privado con cargas públicas, después del 2005, hacia un régimen que retiene pocas de las marcas características de un sistema privado, pero que se esfuerza por dar garantías y certezas a los particulares, tanto respecto de los derechos ya concedidos como de los que se concederán en el futuro.

¹⁷ Art. 145 PNC: “1. El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas y las sustancias minerales, metálicas, no metálicas y los depósitos de sustancias fósiles e hidrocarburos existentes en el territorio nacional, con excepción de las arcillas superficiales, sin perjuicio de la propiedad sobre los terrenos en que estén situadas.

2. La exploración, la explotación y el aprovechamiento de estas sustancias se sujetarán a una regulación que considere su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección ambiental.”

¹⁸ Ley N°20.017 que modifica el Código de Aguas, publicada el 11 de mayo 2005.

¹⁹ Art. 5 incisos segundo y tercero Código de Aguas: “En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código.

Para estos efectos, se entenderán comprendidas bajo el interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas.”

La propuesta de nueva Constitución termina con este régimen, reemplazando los derechos de aprovechamiento por autorizaciones de uso, las que serán temporales, revocables, no transables y no constituirán un derecho de propiedad para su titular. Estas serán otorgadas en su diseño definitivo por la nueva Agencia Nacional de Aguas, en base a criterios que requerirían del ejercicio de un mayor grado de discreción pública que en el sistema actual, aún luego de su reciente reforma. La transición al nuevo régimen está parcialmente regulada en la propia propuesta, siendo probablemente su elemento más destacado el fin de la libre transabilidad de los derechos, que es la única marca claramente privada que subsiste en el Código de Aguas, después del 2022.

Una forma de evaluar esta propuesta es preguntarse de qué forma ésta cumple con sus propios objetivos, esto es, armonizar de mejor manera la preservación de la naturaleza con su aprovechamiento privado. Desde el punto de vista de la protección de la naturaleza y sus derechos, hoy por hoy, es evidente que el control de la polución y la sobreexplotación de recursos naturales requieren de formas de intervención estatal que controlen estas externalidades. Sin embargo, no es evidente, o por lo menos no es autoevidente, que desprivatizar logre, *per se*, ese efecto. La razón es simple de entender: del hecho que la explotación, si se quiere, descontrolada, de recursos naturales por los privados genere externalidades, no se deduce, directamente, que una gestión estatal o comunitaria, no vaya a tener los mismos efectos. Finalmente, el Estado, o titulares colectivos, pueden, eventualmente, estar sujetos a incentivos tan perversos como los privados. Por lo tanto, visto de otra manera, el éxito de este lado del objetivo de la reforma depende, en buena medida, de cómo el Estado ejerza su discreción.

Hoy por hoy, es evidente que el control de la polución y la sobreexplotación de recursos naturales requieren de formas de intervención estatal que controlen estas externalidades.

Por el lado del aprovechamiento privado, la precarización de los derechos de los particulares sobre recursos naturales es un efecto directamente buscado por la propuesta de nueva Constitución. Sin embargo, este efecto no es uniforme. En materia de suelo, la propuesta no altera la estructura básica de los intereses privados, aunque sí aumenta la potestad regulatoria del legislador. En lo relativo a recursos minerales, el borrador tampoco genera cambios directos, pero expone tanto al sistema vigente como a los derechos ya concedidos, a un alto grado de incertidumbre que, por supuesto, hace más difícil de satisfacer el lado de los objetivos de la reforma que se identifica con el aprovechamiento privado. Finalmente, en lo que respecta a las aguas, habría, como se dijo, un real cambio de paradigma que implica la erosión directa e inmediata de los derechos que han facilitado o permitido el aprovechamiento privado, hasta ahora.

Si asumimos que el diagnóstico y los objetivos de la Convención son correctos, vale la pena mencionar que ésta no era la única forma para reconfigurar los intereses privados *vis-a-vis* el interés de la naturaleza. Si bien son casos relativamente excepcionales, no toda reforma estructural a un régimen de propiedad tiene que estar asociada necesariamente a una refundación del mismo sistema. En Chile la evolución del Código de Aguas es un buen ejemplo de eso. El problema es que llevar adelante reformas profundas en épocas de normalidad institucional suele tomar tiempos que pueden no ser compatibles con la urgencia de la crisis ambiental. El Código de Aguas es probablemente también un buen ejemplo de eso. Finalmente, este tiene, hoy por hoy, más de 40 años.

Por lo tanto, si ésta fuera la ruta a seguir, el desafío sería generar una institucionalidad que permita llevar adelante medidas de protección ambiental de mayor intensidad y alcance, sin depender de una refundación de los regímenes de propiedad. Una alternativa para ello es concentrarse en expandir, controladamente, la discreción del Estado para limitar externamente lo que se puede hacer con la propiedad y desarrollar regímenes transitorios que suavizan su impacto. La última reforma al Código de Aguas demuestra, al menos, que esto en Chile no es imposible.

El desafío de esta ruta, eso sí, lleva a un problema más general: determinar cuándo las consecuencias negativas de las limitaciones a la propiedad que benefician a todos, o que benefician a la naturaleza, deben ser soportadas por el afectado y cuánto éstas deben ser asumidas por todos. En este equilibrio puede erradicar la clave para generar regulaciones que limiten la propiedad sin generar más incertidumbre y resentimiento del necesario. Lamentablemente, la propuesta de nueva Constitución no aborda directamente este problema.

Si asumimos que el diagnóstico y los objetivos de la Convención son correctos, vale la pena mencionar que ésta no era la única forma para reconfigurar los intereses privados vis-a-vis el interés de la naturaleza.



DIÁLOGO

Pregunta

Primero quisiera agradecer la claridad de las exposiciones que nos han hecho hoy día y también la profundidad. Creo que no dejaron ningún tema fuera. Mi pregunta es sobre el régimen de aguas. Analizando la exposición del señor Vargas creo que hay un punto que me gustaría que lo comentara, que es la transición de un régimen al otro. Tenemos un régimen de derechos de aprovechamiento de aguas como un derecho de propiedad, y ese régimen va a cambiar a otro que en la realidad no sabemos lo que va a hacer. Lo único que sabemos es que no va a haber propiedad, lo cual ya crea una confusión enorme en los propietarios. ¿Cómo hacer la transición o como él ve que se puede hacer la transición?

Ernesto Vargas

Muchas gracias por la pregunta. Este es sin duda un tema muy muy interesante. Como comentábamos, la propuesta de nueva Constitución contiene, por lo menos, algunas normas transitorias en materia de aguas. Lo esencial es que los derechos de aprovechamiento van a pasar a ser, con la reforma, de modo bastante inmediato, autorizaciones de uso de aguas y, por tanto, van a perder su naturaleza propietaria. Pero muchos de sus aspectos prácticos se supone que van a seguir funcionando. Por ejemplo, quienes son titulares de esos derechos, derechos de aprovechamiento, ahora estarán autorizados para utilizar esas aguas y la propuesta se hace cargo de algunos aspectos de la transición. Por ejemplo, dice que las garantías otorgadas conforme al Código de Aguas seguirán vigentes.

Ahora, yo no sé si necesariamente ese régimen va a funcionar sin un mayor aterrizaje, porque otorgar una garantía sobre un bien intransferible hace que la garantía pierda buena parte del sentido. Una garantía solamente funciona si el acreedor la puede ejecutar, y se puede transferir sin autorización. Si no es transferible, es poco atractiva como una garantía. Lo que yo veo, es que el régimen de transición, si bien ha considerado algunos aspectos, otros siguen siendo problemáticos, porque hay un cambio de paradigma muy fuerte: de ser titular de un derecho propiedad a ser el beneficiario de una mera autorización, y eso se va a reflejar en que todos los actos jurídicos que cuelgan o que se construyen sobre el derecho de aprovechamiento van a sufrir en este régimen de transición. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con contratos otorgados sobre derechos de aprovechamiento. ¿Qué pasa con el contrato de arrendamiento y cómo se soluciona eso? Bueno, va a depender en buena medida de cómo se implemente la reforma a nivel legal.

Pero yo concuerdo que eso es, por supuesto, una fuente de incertidumbre, y eso es consustancial a cualquier régimen de transición. Y, evidentemente, los titulares de aprovechamientos de agua que te-

nían un derecho más robusto bajo el régimen que tenemos ahora, y que eventualmente pasarían a un régimen de autorizaciones, van a tener un derecho que es más débil. Eso es una realidad. Podrán o no haber buenas justificaciones para eso, pero eso es otra discusión.

Pregunta

Dominique, en tu opinión, los bienes comunes naturales, como lo sería el agua, ¿a quién pertenecerán? ¿A la nación toda representada por el Estado, como ocurre con los bienes nacionales de uso público? ¿A la comunidad? En este caso, ¿representada por quién? ¿A nadie en particular?

Dominique Hervé

Esa pregunta me la he hecho yo también varias veces, porque efectivamente esta propuesta incorpora una categoría nueva que no está dentro de nuestro ideario jurídico, al cual estemos acostumbrados, en el cual, tenemos muy claramente establecido cuáles son bienes públicos y cuáles son bienes privados. Lo que dice la propuesta es que el agua, junto con el aire y otros más serían bienes comunes naturales inapropiables. En el fondo, reúne en una categoría elementos de la naturaleza que son bienes nacionales de uso público, como el agua, y elementos de la naturaleza que son cosas comunes a todos los hombres, como el aire. Por lo tanto, cambia de alguna manera la concepción que tenemos ahora sobre ciertos elementos de la naturaleza que son bienes nacionales de uso público y lo que entendemos como tal.

A mi juicio, se trata de bienes que no tienen titularidad ni pueden llegar a tenerla, es decir, ni siquiera tienen una titularidad pública, que sería la opción tradicional que se podría haber incorporado en la propuesta constitucional, es decir, fortalecer los bienes públicos de la naturaleza. Sin embargo, se opta por esta nueva categoría y, a mi juicio, lo relevante, o lo rescatable, de esta nueva categoría, como dije antes, es que, en el fondo, la propiedad deja de ser el centro de la administración de los recursos naturales y pasa a ser más bien un deber que tiene el Estado, ya no como titular de los bienes, sino que en su rol de custodio.

Entonces cambia el concepto y el régimen jurídico en términos conceptuales. Pasaría el Estado a tener un rol de administrador, que si fuera un bien público también lo tendría, pero las características particulares de esta administración obedecen no a la titularidad, sino que obedecen a este rol de custodio. Y creo que eso finalmente puede configurar un régimen jurídico distinto para la protección de la naturaleza y para exigir del Estado ciertas acciones tendientes a proteger la naturaleza y el medio ambiente.

Pregunta

De aprobarse la Constitución y ponerse en práctica este nuevo sistema, tú dices Ernesto que claramente se produce una precarización de los derechos. Hay que considerar que algunos titulares de autorizaciones o derechos sobre recursos naturales (por lo pronto el agua), son inversionistas extranjeros que están sujetos a estatutos especiales de inversión extranjera, que tienen mecanismos de arbitraje afuera

(el CIADI por ejemplo) y que podrían comprometer la responsabilidad del Estado.²⁰ En relación con lo que dijiste de respirar por la herida abierta, refiriéndote a la nacionalización del cobre, ¿ves tú un riesgo de que tengamos una nueva herida?

Ernesto Vargas

Sin duda esa es una pregunta bien interesante. Cuán grande es el riesgo de que el Estado de Chile quede responsable bajo los tratados de inversión extranjera es una pregunta que yo no soy capaz de responder. Lo que sí es claro, es que se puede generar una diferencia respecto de los distintos titulares de derechos, porque quien ha invertido en Chile, amparado por un tratado de inversión extranjera, va a tener una posición más privilegiada para defender sus derechos.

Ahora, el tema de respirar por la herida abierta sí es atingente en estos casos. Vale la pena recordar que, en el caso de la nacionalización de la gran minería del cobre, el Estado de Chile tuvo después problemas con los inversionistas que fueron expropiados y fue necesario hacer importantes concesiones para poder llegar a acuerdos para terminar esos juicios. En buena medida, el resultado de los acuerdos que permitieron cerrar ese conflicto se incorpora a las normas transitorias de la Constitución de 1925, de 1980 e incluso ahora respecto de la propuesta. Por lo tanto, no hay que mirar en menos el problema que esto puede causar para Chile respecto a los inversionistas extranjeros. Chile tiene experiencia de que esto fue un problema difícil el año 1970 y el problema está incluso enquistado en nuestra regulación constitucional.

Pregunta

Como un esfuerzo de elucidación conceptual que pone este nuevo régimen, dijiste Dominique que la propuesta de nueva Constitución habla de bienes. A lo mejor no deberíamos hablar más de recursos naturales. Los recursos tienen una connotación que parece tener mala prensa en el contexto de este proyecto, como algo meramente utilizable. Nos vamos a una idea más clásica y ontológica de bienes, que tu definiste clásicamente como “una cosa que presta utilidad”. Por tanto, parece que el proyecto nueva Constitución no del todo se aparta de esta idea.

Sin embargo, mi pregunta es que en el primer artículo de esta serie de artículos se señala que “[l]a naturaleza tiene derechos”.²¹ Entonces, tenemos que dar un paso aún mayor en el sentido de que hay bienes que son titulares de derechos. O si es que los bienes no pueden ser titulares de derecho, entonces ¿qué es la naturaleza, que sí es titular de derechos como ente distinto de los bienes que no pueden serlo?

²⁰ N. del E.: La Constitución vigente estableció una cláusula de límites tanto al funcionamiento de la Convención como respecto a determinados contenidos de la propuesta de nueva Constitución. Entre estos últimos se encuentra el respeto “a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (Art. 135 inciso final).

²¹ Art. 127.1 PNC.

Dominique Hervé

Esa pregunta creo que va a requerir de mucho análisis y reflexión respecto a cómo vincular la regulación de los bienes naturales con la idea de la naturaleza como sujeto de derechos. Se vincula en la propuesta con la finalidad que tiene la custodia pública, porque dice que la custodia pública de los bienes comunes naturales debe perseguir “asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras” (Art. 134.1 PNC).

Yo interpreto esta disposición en el sentido que los bienes comunes naturales no son titulares de derechos. Lo que interpreto de esta disposición es que el Estado, al custodiar la naturaleza, debe velar por su integridad ecosistémica, entendiendo por ella sus funciones y sus procesos esenciales, que son aquellos que en el artículo que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, se reconocen como los derechos que tendría la naturaleza, es decir, a su existencia y a que se protejan sus procesos esenciales.²²

Esa es la interpretación que yo haría respecto de esa relación entre bienes comunes naturales y derechos de la naturaleza. Sin embargo, entiendo que conceptual y jurídicamente es difícil compatibilizar la idea de bienes o de un objeto junto con la de un sujeto, al mismo tiempo. Es difícil conceptual y jurídicamente definir los elementos de la naturaleza de ambas formas porque es contradictorio. Con todo, yo lo entiendo en el sentido que la custodia pública de los bienes naturales tendría esta finalidad de garantizar la integridad de los procesos naturales que son necesarios para mantener la naturaleza y la vida en el planeta. Esa sería la interpretación que yo le daría.

Pregunta

Esa interpretación me parece muy razonable. ¿Crees que era necesario llegar al punto de decir que la naturaleza tiene derechos?

Dominique Hervé

Mira, yo nunca estuve muy de acuerdo con que la naturaleza fuese reconocida como sujeto de derechos. La verdad es que encontraba (y encuentro) que no le agrega demasiado en términos de protección. Creo que jurídicamente se puede lograr a través de deberes y obligaciones, el mismo objetivo que se pretende con el reconocimiento de la naturaleza como sujeto y sin llegar a esta contradicción conceptual que efectivamente complejiza el análisis. Por lo tanto, a mi juicio, no era necesario llegar a ese reconocimiento. Sin embargo, entiendo que la razón por la cual la Convención lo incorpora es más bien a modo de una declaración que busca resaltar el valor que tiene la naturaleza en sí misma, y que por ello se busca reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos. Sin embargo, en términos jurídicos, de protección ambiental, pienso que tú puedes lograr los mismos objetivos sin un reconocimiento de la naturaleza como sujeto.

²² Art. 103.1 PNC: “La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad.”

Existe también a nivel comparado esta tendencia de reconocer a la naturaleza como sujeto de derecho. Hay algunas constituciones que lo han incorporado. También hay fallos de tribunales que así lo han establecido. Sin embargo, si uno analiza en la práctica lo que significa este reconocimiento, en el fondo lo que establece son sistemas de gobernanza y de administración de esos elementos de la naturaleza que se protegen a través de este reconocimiento de ese ecosistema como un sujeto de derecho. Es decir, es lo mismo que uno podría lograr mediante el establecimiento de estándares de administración, como en el caso de la custodia pública, que se establecen efectivamente ciertos estándares que permiten garantizar niveles de protección de la naturaleza con ciertos elementos de equidad y de participación que también son relevantes dentro de la protección del medio ambiente.

Pregunta

El proyecto de nueva Constitución propone distintas formas de proteger la naturaleza. Están los mecanismos de tutela propios de los derechos constitucionales, pero, también, se crea una Defensoría de la Naturaleza, además de otras defensorías. ¿Cómo evalúas tú el papel que podría tener esta Defensoría de la Naturaleza en términos de racionalizar el litigio? ¿O, al contrario, de exacerbar el litigio, al superponer distintas capas de litigios en relación con la naturaleza?

Ernesto Vargas

Enganchando con lo que estaba recién comentando Dominique, en la medida de que es difícil, por lo menos en puridad, conceptualizar a “la Naturaleza” como un sujeto de derechos, efectivamente, se requiere un aparataje que permita que esos intereses se hagan efectivos. Por supuesto, uno puede depender para ello de una titularidad pública o una acción que cualquier persona puede entablar, pero en la práctica, para llevar adelante acciones se requiere cierta institucionalidad. Eso se hace en el proyecto de nueva Constitución. Ahora, ¿cómo operaría eso en la práctica? ¿Si aumentaría o no la litigiosidad? ¿Si esa es razonable o no es razonable? Eso va a depender enteramente de cómo sea el diseño de eso aguas abajo de la Constitución. Dependerá de cuánto financiamiento tenga, si tiene los mismos criterios que se han visto en otros organismos que están obligados a recurrir a todas las instancias, y así. Es difícil evaluarlo en abstracto, pero si se es consistente con el diseño de la propia propuesta, uno espera que efectivamente escalen los litigios que puedan estar involucrados en esta materia.

Pregunta

Según los exponentes de la doctrina de los bienes comunes, la administración de los bienes comunes se debe administrar o se debe ejercer por la comunidad a través de mecanismos de democracia directa. ¿Cómo sería la administración de las aguas bajo ese paradigma? ¿Qué papel le cabe a la administración central en esta administración? Y si además te pudieras referir a esta especie de doble autoridad sobre

las aguas, que son los Consejos de Cuenca, que son los interesados dispersos en cuencas que pueden abarcar varias regiones, por una parte, y la Agencia Nacional de Agua, por la otra.²³

Dominique Hervé

Primero diría que, en los bienes comunes naturales, como queda planteado en la propuesta constitucional, no se señala que la administración es comunitaria, sino que es el Estado el que debe administrar a través del cumplimiento de ciertos estándares, que establece expresamente que son de gobernanza participativa, equitativa, etc. Por lo tanto, no se sigue derechamente esa concepción de algunos exponentes de otras partes del mundo sobre bienes comunes en qué derechamente se asigna la administración a las comunidades. Es el Estado aquí el que debe garantizar ciertos estándares de administración en virtud de lo que señala la propuesta constitucional.

En materia de aguas, específicamente, se establece que se crea esta Agencia Nacional del Agua, que tiene a su cargo una serie de atribuciones, entre otras, otorgar autorizaciones de uso de agua.²⁴ Y se señala que deberá un Consejo de Cuencas administrar el uso del agua en la cuenca específica a través de una planificación de las intervenciones humanas en esa cuenca, de manera de proteger a los ecosistemas asociados y a la cuenca. Y al reconocer estos Consejos de Cuenca, efectivamente se está cumpliendo con estos estándares de gobernanza respecto de los bienes comunes naturales inapropiables, en el sentido que tiene que haber una administración participativa y equitativa. Pero el Estado no renuncia a su deber respecto de la administración de esos bienes comunes naturales, puesto que expresamente dice la propuesta que en aquellos casos en que el Consejo de Cuenca no lo pueda hacer, debe asumir la Agencia Nacional del Agua. Por lo tanto, hay efectivamente una supervisión del Estado en la administración de estos bienes comunes naturales.

Pregunta

Algunos analistas han advertido los problemas prácticos que se pueden originar con los Consejos de Cuenca sobre todo en el marco del nuevo estado regional, porque hay cuencas que pasan por varias regiones autónomas, entre otros problemas. ¿Tú adviertes algún tipo de problema? ¿Será parecido a las asociaciones de canalistas que, en general, son bien peleadoras entre ellas?

²³ Art. 143 PNC: “1. El Estado asegurará un sistema de gobernanza de las aguas participativo y descentralizado, a través del manejo integrado de cuencas. La cuenca hidrográfica será la unidad mínima de gestión.

2. Los consejos de cuenca serán los responsables de la administración de las aguas, sin perjuicio de la supervigilancia y demás atribuciones de la Agencia Nacional del Agua y de las competencias asignadas a otras instituciones.

3. La ley regulará las atribuciones, el funcionamiento y la composición de los consejos. Estos deben integrarse, a lo menos, por los titulares de autorizaciones de uso de agua, la sociedad civil y las entidades territoriales con presencia en la respectiva cuenca, velando que ningún actor pueda alcanzar el control por sí solo.

4. Los consejos podrán coordinarse y asociarse cuando sea pertinente. En aquellos casos en que no se constituya un consejo, la administración será determinada por la Agencia Nacional del Agua.”

²⁴ Art. 144 PNC.

Dominique Hervé

La verdad que no te sabría responder eso. Lo que sí sé, por lo que he conversado con gente que sabe mucho sobre este tema, es que eventualmente serían muchos Consejos de Cuencas. Por lo tanto, no estamos hablando de uno por región, sino que muchos Consejos de Cuenca, y, obviamente, en la medida que son muchos, se va a generar mayor complejidad en la administración. Pero entiendo que ya existe complejidad en la administración, o sea, las organizaciones de usuarios, las juntas de vigilancia, las asociaciones de canalistas, son complejas, me imagino yo, en la medida que hay actores con diferentes intereses que deben ponerse de acuerdo en cómo administrar un bien, que además es escaso.

Pregunta

¿Cómo queda en pie la discusión sobre las expropiaciones regulatorias en la propuesta de nueva Constitución?

Ernesto Vargas

Aclarando un poco, el término “expropiaciones regulatorias” viene de la jurisprudencia norteamericana, que hace generalmente referencia a normas que, sin privar a un titular de un derecho, típicamente de una cosa que es de su propiedad, imponen a ella limitaciones que son muy intensas y que, por tanto, en los hechos, se parecen mucho a una expropiación. Pero como no tienen esa forma, corren el riesgo de que el afectado no reciba una indemnización.

Evidentemente, en la medida que el texto constitucional amplía las facultades del Estado, del legislador en particular, para regular la propiedad, este fenómeno es una realidad que, con toda probabilidad, va a ser más frecuente en caso de aprobarse la propuesta.

Este es un problema en el régimen vigente y la propuesta no se hizo cargo de él. El texto constitucional no tiene una solución consistente sobre cómo abordar este problema. Por supuesto, una expropiación regulatoria es algo que solamente puede definirse caso a caso; ¿cómo podríamos saber de antemano si tal o cual regulación destruye o afecta a la esencia de la propiedad? Pero había algunas decisiones que podían tomarse. Una es seguir como de alguna manera ha funcionado Chile hasta ahora, asumiendo —como en Estados Unidos— que una regulación cuando va muy lejos tiene que dar lugar a indemnización.²⁵ Pero hay otros paradigmas. El caso alemán, por ejemplo, es un poco diferente. En éste, los tribunales no tienen la facultad de convalidar una regulación que afecta desmedidamente a un sujeto concreto por la vía de aparejarle una indemnización. Si la ley afecta a alguien más de la cuenta, y eso es injusto porque la carga que le impone es desproporcionada, esa ley es simplemente inconstitucional. Es el trabajo del legislador determinar *ex ante* quién deberá ser compensado para que esa ley concreta no afecte a un sujeto más de la cuenta. La propuesta no tomó una decisión a este respecto.

²⁵ Vargas, E. (2021) “La propiedad frente a la hoja en blanco: tradición constitucional y derecho comparado”. *Estudios Públicos*, (161): 43-68.

Pregunta

Última pregunta: es probable que la propuesta de nueva Constitución sea rechazada, en ese caso, ¿qué aspecto consideran que habría que modificar del nuevo estatuto de las aguas que propone la propuesta de nueva Constitución? O más bien, ¿qué habría que tomar de la propuesta de nueva Constitución pensando en un nuevo esquema constitucional o legislativo, en esa hipótesis de rechazo?

Dominique Hervé

Yo creo que, efectivamente, hay puntos que la reforma del Código de Aguas no incorpora, que tienen que ver con la propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento de agua, ya que, en el fondo, significa que la asignación del acceso y uso del recurso se define básicamente en un mercado a través de transacciones entre privados. Entonces, creo que ese es el punto necesario de repensar, porque se ha discutido muchas veces y no se ha logrado un acuerdo. Si no se aprueba este texto constitucional las aguas se mantienen como bienes nacionales de uso público, es decir, son bienes inapropiables (tal como dice la propuesta constitucional), y esos bienes inapropiables generan este problema respecto de derechos de agua que se privatizan y que, por lo tanto, se asignan usos sobre bienes que son públicos, que no son bienes privados, por privados. Ese punto no lo resuelve la reforma del Código de Aguas, sin perjuicio que incorpora algunos elementos que también están en la propuesta constitucional, pero ese en particular no se resuelve. Yo creo que es un punto que va a haber que discutir igualmente.

Ernesto Vargas

Yo creo que lo que habría que repensar es qué pasa con la reforma del 2022. Yo sospecho que simplemente, por cómo fueron los tiempos de la reforma, en buena medida el texto de la propuesta de nueva Constitución fue hecho mirando un régimen que “ya fue” y a problemas que, de alguna manera, ya fueron abordados por la reciente reforma al Código de Aguas. En ese sentido, yo creo que hay que repensar bastante qué es lo que queremos mantener y qué es lo que queremos rechazar. Y, probablemente, hay un punto esencial en que no vamos a poder ponernos de acuerdo, o la gente no va a poder ponerse de acuerdo, y es si creemos que las aguas deben ser asignadas esencialmente mediante instrumentos de mercado. Y la intransferibilidad de las aguas, sospecho yo, que es un punto donde la discusión, en el fondo, está cortada. Respecto de eso no hay como ponerse de acuerdo y será lo que los votos digan. Pero yo diría que en general lo clave es repensar el texto constitucional en función de la reforma al Código de Aguas de 2022, no del texto anterior.



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP.

Director: Leonidas Montes L.

Editor: Lucas Sierra I.

Diagramación: Pedro Sepúlveda V.

VER EDICIONES ANTERIORES

