

/ N° 15

/ Mayo • 2022

Derecho Administrativo y Recursos Naturales en el borrador de Constitución

Primer Seminario

25 de mayo de 2022



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

Derecho Administrativo y Recursos Naturales en el borrador de Constitución

Seminario

25 de mayo de 2022

I. PRESENTACIÓN

El pasado miércoles 25 de mayo se llevó a cabo el primer Seminario sobre “Derecho Administrativo y Recursos Naturales en el borrador de Constitución”, organizado por el Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE).

Desde el año 1998, el PDAE ha tenido una incesante actividad especializada organizando Jornadas, Seminarios, Diplomados, la publicación año a año de la Revista de Derecho Administrativo Económico (ReDAE) hoy indexada en Scopus, y convocando el desarrollo de publicaciones académicas enfocadas en las distintas áreas del Derecho Administrativo Económico.

La Universidad ofrece a todos, académicos y representantes de las entidades públicas y privadas asociadas al sector de los Recursos Naturales y el Derecho Administrativo, un espacio adecuado para el análisis y discusión de los temas más importantes, a la luz de la propuesta constitucional dada a conocer al país.

En este contexto, se celebró el primer Seminario sobre “Derecho Administrativo y Recursos Naturales en el borrador de Constitución”, el cual contó con la presencia de destacados profesionales dedicados al ámbito de los Recursos Naturales y el Derecho Administrativo, quienes, a través de sus ponencias, abordaron distintos asuntos de gran interés hoy por hoy.

En esta oportunidad, el seminario se desarrolló a través de cuatro paneles temáticos: El derecho administrativo en el borrador de Constitución; Concesiones y autorizaciones administrativas en el borrador de Constitución; Reforma a la regulación del derecho de minería en el borrador de Constitución; Bienes comunes naturales: el caso de las aguas en el borrador de Constitución.

A continuación, se ofrece una crónica de dicho encuentro académico en la que se resaltan los principales asuntos abordados por los expositores.

II. PRIMER PANEL: DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL BORRADOR DE CONSTITUCIÓN



Gladys Camacho Cepeda

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Es Profesora titular de Derecho Administrativo I y II y de la cátedra OCDE sobre Probidad y Transparencia Públicas, en la Universidad de Chile.

I. ASPECTOS GENERALES

La abogada inició su exposición identificando la tensión que existe actualmente entre la descentralización y la unidad del Estado, calificando a la primera como extremadamente limitada. Asimismo, valoró el proceso democrático, instando a avanzar de manera razonable e inteligente.

En la misma línea, explicó varias impresiones que le dio la propuesta constitucional, destacando la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados; el nuevo principio de igualdad “inclinada”, el cambio de nomenclaturas y la falta de definiciones importantes como lo son el número de asambleístas y la definición del nuevo mapa regional, entre otras cosas.

Posteriormente, explicó su preocupación acerca de las nuevas subjetividades al hablar de “pueblos y naciones”, pues no se sabe si son conceptos equivalentes o diferenciados. Recalcó la importancia de saber los elementos que determinan su diferenciación para, por ejemplo, establecer si tendrán o no representación y participación política efectiva.

Asimismo, la expositora analizó la importancia de esclarecer los conceptos jurídicos indeterminados, tales como “igualdad sustancial”, “grupos históricamente excluidos” o “grupos de

La forma de Estado que aflora: definiciones y posibles desarrollos

especial protección”, pues para aplicarlos hay que dotarlos de contenido y son fundamentales para el diseño.

II. REGIONALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Al respecto, la Profesora identificó el modelo actual de regionalización administrativa de nuestro país, explicando su similitud con el que actualmente existe en Francia.

Adicionalmente, destacó que la propuesta constitucional contiene una configuración de competencias con autonomía política, fiscal, entre otras, pero en donde no abundan competencias con carácter ejecutivo, siguiendo el modelo que actualmente tiene nuestra legislación en orden a establecer conceptos como “formulación de políticas” de manera genérica. Recalcó también la importancia de garantizar las capacidades técnicas que los órganos desarrollarán, como por ejemplo los planes de descontaminación.

Para finalizar, subrayó lo trascendental que serán las disposiciones transitorias, atendido que, de aprobarse la propuesta constitucional, todas las competencias pasan *in actum* a los nuevos órganos que se crean.

IV. CONCLUSIONES

La expositora concluye su exposición afirmando que el trabajo realizado por la Convención Constituyente nos ha deparado nuevas definiciones del Estado. La República en el texto de la Nueva Constitución se autodefine con una diversidad de adjetivos: plurinacional, intercultural, ecológica, social, democrática, de derecho, plurilingüística, laica, regional, entre otros.

Precisamente, sobre la definición como Estado Regional se buscó reflexionar en torno a lo que esta significa para el nuevo ordenamiento territorial identificando los cambios sustantivos

que se advierten en relación con el diseño actual de descentralización contenido en la Constitución Política vigente, basada en Gobiernos Regionales responsabilizados de la administración superior de esos territorios.

Asimismo, deja abierto el interrogante respecto de las nuevas entidades territoriales que se introducen con rango constitucional, cuáles son las características de estas nuevas formas de organización, las indicaciones que se han consignado dirigidas al legislador encargado de conformarlas.



Alejandro Vergara Blanco

Abogado de la Universidad de Concepción. Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra; Post Doctorado de la Universit  de Pau. Profesor Titular de Derecho Administrativo y de Teoría del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del Programa de Derecho Administrativo y de la Revista de Derecho Administrativo Económico.

I. INTRODUCCIÓN: LAS TRES BASES DE TODA DEMOCRACIA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El abogado inició su ponencia afirmando que el Derecho Administrativo en la Constitución es muy amplio, pues se entronca con muchas materias y actividades, recalcando que algunos mecanismos que son centrales en la conformación de la democracia, al mismo tiempo producen efectos concretos en la libertad de los ciudadanos y a raíz de decisiones no solo del legislador y de los tribunales, sino que de la Administración del Estado.

Posteriormente, explicó que dentro de las democracias, existen tres pilares que son básicos para comprender el Estado de Derecho. De esa manera, señaló que el Estado de Derecho, en primer lugar, surge en aquellos sitios en que hay una separación de poderes; en segundo lugar, en lugares donde existe un principio de legalidad y, por último, al mismo tiempo, donde existe una garantía de los derechos de los particulares, es decir, donde las garantías fundamentales son respetadas. Cuando esas tres bases se producen en concreto en el día a día de los ciudadanos podemos decir que se vive en un Estado de Derecho.

El Derecho Administrativo en el borrador de Constitución: La democracia concreta de cada día

II. SEPARACIONES DE PODERES

El abogado indicó que la separación de poderes es un valor superlativo de nuestra democracia. Así, indicó que hoy en día lo podemos observar en los tres poderes del Estado que est n diseñados de un modo equilibrado en donde se intenta que cada uno de estos poderes tenga una función determinada, tenga un equilibrio interno, porque eso deriva -en definitiva- en un efecto concreto en una mayor o menor libertad de los ciudadanos.

En ese sentido el Profesor afirmó que en el borrador de la Constitución, el Presidente de la República continúa como poder del Estado, como poder ejecutivo, pues se dice que está frente al gobierno, pero está dotado de una potestad reglamentaria distinta. Así, explicó que ese presidencialismo disminuido que se enunci  pareciera que no es tal. A juicio de él, pareciera que es un presidencialismo reforzado.

Además, explicó que la Cámara de Diputadas y Diputados se transformar  en la más poderosa, demostrando que hay un desequilibrio al interior del poder legislativo, pues la Cámara de Diputadas y Diputados tiene la gran mayoría de las potestades legislativas y, mientras tanto, la cámara de las

regiones solamente tiene 17 casos taxativamente enumerados en el borrador para poder pronunciarse dentro de la legalidad.

Enseguida, señaló que el tercer poder son los Sistemas de Justicia, desapareciendo formalmente la expresión “poder del Estado”, lo que a su entender es *sospechoso e inquietante*. Por otro lado, destacó la creación de un Consejo de la Justicia, cuestión que calificó de novedosa, pues en su integración permite al mismo tiempo el ingreso de unas dinámicas muy distintas del Poder Judicial en cuanto a la designación de jueces. A su entender, esto alterará el ambiente, el clima al interior del Poder Judicial y la independencia va a tener *otro tono*.

Asimismo, el Profesor analizó además la creación o transformación de la Corte Constitucional que, en su opinión, está claramente minimizada y que está sumida en una paradoja, porque se dice formalmente que está dirigida para garantizar la supremacía constitucional, pero luego se dice que debe haber deferencia por el órgano legislativo y que tiene que regirse por el principio de presunción de constitucionalidad de la ley o de búsqueda de una interpretación conforme. A su entender, o se le da la misión a la Corte Constitucional de preservar la supremacía de la Constitución o inmediatamente se le priva de las herramientas como para hacerlo.

III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Respecto a este tema, Vergara puntualizó que el principio de la legalidad es uno de los mecanismos más importantes de nuestra democracia. Implica en su conexión con la separación de poderes en que la actuación de los órganos administrativos se debe regir únicamente por la ley que es precisamente la fuente del derecho suprema después de la Constitución.

En ese sentido, agregó que toda formulación o delimitación del principio de la legalidad implicará directamente una afección a los derechos y garantías de los ciudadanos. A su juicio, en el esquema actual, debe haber una delimitación de la potestad legislativa con la potestad reglamentaria, pues si hay una disputa de ambas potestades existe ya alguna dificultad para poder realizar la afirmación que impera un Estado de Derecho.

El abogado explicó que hay una consagración formal del principio, pero inmediatamente viene una *contranorma*, derivada de la potestad reglamentaria autónoma.

Refirió que en el borrador de Constitución se establece, en su artículo 26, un número acotado de casos de dominio legal exclusivo o enumeración taxativa, desapareciendo varios

casos de legislación importante, por ejemplo, las materias que sean objeto de codificación civil comercial y penal, las que regulen los honores públicos, las que modifiquen los emblemas nacionales, entre otras.

Indicó que hay una serie de alteraciones que se podrían dar ya no por materia de ley, porque ya no están dentro de la enumeración, sino que podrán ser materia de reglamento autónomo. Por lo tanto, a su entender, se le da al Presidente de la República la potestad inusitada, que no es conocida actualmente por nuestra institucionalidad, de regular importantes aspectos de la vida social, que no estén señalados por la Constitución.

IV. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS

El abogado finalizó su ponencia indicando que hay muchos derechos y libertades que consagra la constitución vigente y el nuevo borrador. Sin embargo, limitó su análisis solo en dos libertades actuales que, a su juicio, son muy importantes para todos los ciudadanos: la libertad económica y el derecho de propiedad y la expropiación.

Explicó que, en la actualidad, hay limitaciones a estas garantías que no solo pueden estar en formulaciones abstractas. Sostuvo que deben haber instrumentos concretos que hagan creer que es una protección de la libertad, por ejemplo, en caso de expropiación, hay una indemnización que al menos cubre el daño patrimonial efectivamente causado y un pago al contado.

En su exposición explicó que en el nuevo borrador, hay una consagración formal de esas dos garantías, con una degradación evidente, porque respecto de la expropiación ya no se habla de daño patrimonial efectivamente causado, sino que se utiliza una fórmula mucho más abierta “justo precio”, no señalando que será fijado por una ley y no está dentro del dominio legal taxativo que señala el art 26 del borrador de la Constitución. Culminó señalando que existe entonces posibilidad argumental plausible para decir que el justo precio de la expropiación a particulares podría llegar a determinarse por un reglamento autónomo.

V. CONCLUSIONES

Sobre la base de las materias que conforman el núcleo de la disciplina del Derecho administrativo ofreció una comparación entre la Constitución vigente y el reciente borrador entregado por la Convención Constitucional. Las

materias que le dan identidad a todo Derecho administrativo son de dos entidades. Por una parte, existen tres bases de toda democracia, que también son las bases del Derecho Administrativo; se trata de la separación de poderes; el principio de legalidad y la protección de los derechos y libertades de los administrados. Por otra parte, revisó la organización, el contenido de la actividad administrativa y la tutela judicial, de donde surgen las tres siguientes temáticas adicionales: descentralización y autonomías administrativas;

actividad y atribuciones administrativas; y, en fin, el relevante tema de la jurisdicción contencioso administrativa.

III. SEGUNDO PANEL: CONCESIONES Y AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL BORRADOR DE CONSTITUCIÓN



Eduardo Cordero Quinzacara

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III, España. Profesor de Derecho administrativo, Derecho de aguas, Derecho de minas y Derecho urbanístico, Departamento de Derecho público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

I. INTRODUCCIÓN

El abogado inició su ponencia dando cuenta del intenso debate que marcó la discusión constitucional en torno a los títulos administrativos, su contenido, densidad y, especialmente, al contenido patrimonial y el derecho de propiedad.

Continuó su exposición dando cuenta de ciertas consideraciones previas en relación al rol de la Constitución, pues esta no solo está dada para entregar una organización política, sino que también resolver la relación entre la organización que creamos, la persona y la sociedad. Esto, a su juicio, incide en los poderes públicos. A entender del abogado, esta Constitución da pie para publicar ciertas actividades, servicios y bienes, lo que significa que el rol Estado en cuanto prestador, regulador y administrador de estas actividades va a ser fundamental.

Destacó el hecho que, a pesar de que la actividad, los bienes y los servicios este publicada, no significa que los particulares no cumplan un rol fundamental: es precisamente aquí donde nace la técnica de los títulos administrativos en el borrador de nueva Constitución, de forma bastante tenue, pero que tiene elementos relevantes.

Títulos administrativos, actividades económicas y el régimen constitucional de los bienes y actividades

En cuanto a la distinción de bienes apropiables e inapropiables, en opinión del profesor, es fundamental determinar la regla general, pues en uno u otro caso está en juego el derecho de propiedad, pues es relevante el rol que cumple.

El abogado explicó que, si el régimen es el de inapropiabilidad, saco de la forma de gestión de esos bienes la posibilidad de la iniciativa privada de los particulares en base a la propiedad y eso podría afectar dos cuestiones en nuestra tradición constitucional decimonónica y reciente. En primer lugar, que el título de propiedad es una garantía como institución y, por tanto, debe estar amparada constitucionalmente. Y, por otro lado, el concepto de propiedad como garantía patrimonial está redactada de forma debilitada.

II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

El abogado explicó que hay actividades que están entregadas al ámbito del mercado, es decir, de la actividad de la libre concurrencia de oferentes y demandantes, pero también hay actividades que por su naturaleza se desarrollan bajo fallas de mercado y que muchas veces el Estado declara “servicio público”, cuyo concepto faltó precisar no tanto sentada en la idea orgánica sino que en la forma de publicar determinadas actividades que se entienden que van a estar reservadas a un

régimen particular distinto al régimen de iniciativa económico privada.

De esta manera, el abogado explicó los conceptos de Estado como regulador (v gr. 331.- Art. 32 inciso 3° del borrador de Constitución), el Estado como prestador de servicios (v gr. salud y prestación de servicios educacionales, tendencia a publicarlas, pero no *numerus clausus*) y el Estado como empresario.

En ese sentido, Cordero detalló que en la actualidad cuando hay fallas de mercado, lo que se hace es que se publica determinadas actividades y, parte de la regla general, es que si el mercado permite proveer bienes y servicios en buenas condiciones, se refuerza con la técnica de la libre competencia. El nuevo borrador da a entender que la regla general implícita sería el mercado pues hay una sanción a los abusos que puedan ocurrir en el mercado y un reforzamiento a la protección de la libre competencia. Esto también queda de manifiesto en áreas que, siendo prestadas por particulares bajo la fórmula de títulos administrativos, tiene la calidad de servicio público como ocurre en el ámbito sanitario, en la transmisión y distribución eléctrica, las telecomunicaciones, carreteras e infraestructura. Todas esas actividades la actual Constitución no hace mención, sólo a nivel legal.

La propuesta de Constitución contiene la cláusula general de publicación de servicios (véase 219.- Art. 28 del borrador). Esta cuestión es muy relevante a juicio del abogado, pues publicar una actividad significa sacarla del mercado, significa entender que el régimen no va a ser el de libre iniciativa privada y el ingreso de particulares a esa actividad va a requerir títulos administrativos.

En cuanto al Estado empresario, el abogado destacó diversos puntos dentro de los cuales está que el Estado tendrá iniciativa pública en la actividad económica, cláusula similar que existe en el ordenamiento jurídico español. Además, agregó que el régimen estará establecido por lo que la ley determine, destacando la referencia a las empresas regionales y municipales. A su juicio, desaparece esa idea de la inexistente subsidiariedad, pues lo que existía era un régimen más exigente de quorum calificado para desarrollar una actividad empresarial y ahora también se hará por ley conforme al quorum general que va a existir. Quedan dudas acerca de la redacción de la norma, pues dice que el Estado podrá desarrollar actividades económicas y además dice que podrá crear empresas públicas. En su exposición explicó que una cosa es el Estado y otra las empresas públicas con personalidad

jurídica propia, abriendo de esa manera la posibilidad que le Estado cree empresas centralizadas dentro del mismo, cuestión que ya ha existido. Cree que habría que precisar la norma a la luz del principio de legalidad.

III. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS BIENES

El Profesor explicó que el régimen actual en Chile es que el uso y aprovechamiento de los bienes está sometido al régimen del derecho de propiedad, por lo tanto, el régimen de los bienes inapropiables es excepcional. Con ello, se entiende que no cualquier bien puede ser inapropiable, pues se requiere como elemento central el uso común, es decir, que el bien tenga la posibilidad del uso colectivo para todos los habitantes de la nación.

El nuevo texto constitucional, señala que la regla general sigue siendo el derecho de propiedad, pero hay bienes inapropiables dentro de los cuales están los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables, es decir, no hay un límite para la reserva estatal. Es decir, el Estado o la ley pueden declarar como inapropiables los bienes que estime conveniente se puedan o no destinar al uso colectivo o al uso común.

Adicionalmente, se agregan los bienes comunes naturales que es una categoría que no se define, sólo se enumera, contemplando casos discutibles como la alta montaña y las áreas protegidas. Se imponen deberes al Estado respecto a estos bienes comunes naturales, con la particularidad que no son bienes públicos *per se*. Hay algunos que son inapropiables y otros que están en dominio privado y sujetos a regulación como son las áreas protegidas en terrenos particulares y los bosques nativos.

Finaliza mencionando que la propuesta constitucional solo declara como inapropiables el agua (en todos sus estados) y el aire y da la posibilidad que la Constitución o la ley aumente ese catálogo, lo que se puede traducir en la afectación del derecho de propiedad o la posibilidad de someter al derecho de propiedad una cantidad de bienes importante.

¿Dónde queda la concesión de bienes públicos?, pregunta. Respecto de los bienes comunes naturales inapropiables se permite en alguna medida la existencia de autorizaciones administrativas con reglas que ya existen, pero incide en mayor fuerza en las aguas, pues coloca el carácter intransferible.

Si las autorizaciones administrativas no generan propiedad ¿qué título generan o qué naturaleza tiene?, agrega.

IV. CONCLUSIONES

No se establecen límites razonables para la publicación de actividades y bienes.

Se puede declarar inapropiable todo bien, aun cuando no sea de uso común, poniendo en riesgo el derecho de propiedad como instituto.

El límite a las autorizaciones (concesiones) se impone respecto de bienes comunes naturales inapropiables.

Las minas no son bienes comunes naturales, por lo que las concesiones mineras estarían amparadas por la garantía del derecho de propiedad.

¿Y los bienes nacionales de uso público? Los BNUP artificiales al parecer siguen siendo de régimen público y el régimen de permisos de concesiones seguiría operando ahí, pero con una particularidad, pues ese permiso de concesiones como no recae sobre bienes comunes naturales inapropiables sí estarían amparados eventualmente por el derecho de propiedad.



José Miguel Valdivia Olivares

Abogado por la Universidad de Chile. Máster en Derecho Público y Doctor en derecho ambos por la Universidad Paris. Profesor de derecho administrativo en la Universidad de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

El Profesor Valdivia se refirió al modelo concesional y, en particular, a que es lo que está pasando con las autorizaciones de uso de los bienes comunes y naturales, inapropiables a los que se refiere la Constitución.

De esa manera, analizó el modelo concesional caracterizándolo como un modelo de gestión de los bienes que están sujetos a un estatuto de Derecho Público.

Así, explicó que en la gestión de los bienes se suele distinguir al menos tres especies de utilización o aprovechamiento: a) el uso del Estado o de los organismos estatales, b) el uso común por parte de la ciudadanía (normalmente se ejerce sobre los bienes que están sujetos a acceso público como la vialidad o las playas), y c) un aprovechamiento privativo o individual por parte de determinadas personas, los que son habilitados por medio de concesiones, o por medio del título concesional.

Continuó su exposición señalando que el título concesional suele ser entendido como un derecho real administrativo, normalmente de duración acotada en el tiempo, es decir, sujeto a una temporalidad cierta. A su juicio, la perpetuidad de los derechos concesionales es poco compatible con la propiedad pública, con la disposición permanente a las necesidades de la ciudadanía.

En cuanto a su cesibilidad o transferibilidad de las concesiones, el abogado señaló que es bastante discutible, pues hay una teoría, relativamente asentada, que le atribuye un cierto carácter personalísimo a los derechos de concesión.

Modelo concesional y utilización de bienes comunes en el proyecto de nueva Constitución

Ese carácter personalísimo, a su entender, tiene alguna conexión con el grado de colaboración que se espera entre el concesionario y el Estado. Eso, explicó, justifica que la transferibilidad sea restringida.

Por último, añadió, que son títulos precarios en el sentido que pueden verse expuestos a ser extinguidos por decisión de la Administración, en condiciones, más o menos rigurosas o brutales, ya sea con indemnización o sin indemnización y que además reciben distintas denominaciones.

II. ¿QUÉ ES LO QUE OCURRE EN LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL?

El abogado recordó que la Constitución de 1980 apenas se refiere a la materia y, si lo hace, lo hace de manera muy tangencial a propósito de las materias de ley, no habiendo una visión sistémica sobre el régimen de las concesiones.

El borrador de nueva Constitución, a juicio del abogado, contempla en dos disposiciones referencias a la idea de concesión, lo cual sugiere que no va a desaparecer por completo esta categoría, al menos en el plano analítico. Así, a su entender, pareciera que el lenguaje traiciona a la regla pues las autorizaciones de aguas, por ejemplo, son “concesiones”, son concedidas.

En su ponencia sostuvo que la idea de “concesión” parece ser desplazada por estas “autorizaciones”, pero no desaparece por completo. Eso sí, destaca que no generan derecho de propiedad, considerándola una norma muy precisa, que bajo

ciertos aspectos, confirma la vigencia del modelo concesional clásico como la temporalidad, por ejemplo.

Continuó señalando que algunas disposiciones, sin duda, generan incertidumbre como la denegación del carácter propietario de los derechos emanados de estas autorizaciones, pues lo que planteando la Convención es una regla completamente diferente.

Analizó el estatuto de los bienes comunes naturales, nombrándolo como el gran enigma, pues la regulación, hasta ahora, es relativamente fragmentaria. Esa regulación fragmentaria, a su juicio, muestra que probablemente la categoría de bienes comunes va a jugar en conjunto con otras que ya tenemos, como las reglas sobre bienes nacionales de uso público.

Indicó que la propuesta también alude a bienes apropiables e inapropiables, lo que a su juicio sugiere que dentro de los bienes comunes habrán algunos que estarán sujetos a propiedad privada, surgiendo la principal interrogante.

En opinión del abogado, es posible que la categoría de los bienes comunes opere en un plano distinto al estrictamente patrimonial. Cree que da la impresión de que los bienes comunes son la proyección patrimonial, la proyección en términos de bienes de los derechos fundamentales, es decir, la manera en cómo el Estado (el Estado como unidad política) se asegura que las riquezas que existen en un determinado territorio estén al servicio de los derechos de las personas y eso, por cierto, genera alguna incertidumbre, pero no necesariamente provoca, a su entender, una ruptura con nuestras categorías actuales.

Continuó su ponencia señalando que en Chile estaba relativamente asentada una dicotomía antigua entre concesiones y permisos, que dogmáticamente pertenecen al

mismo género. En su opinión, es posible que estemos cambiando el género, antiguamente llamado “concesión”, por otro que ahora vamos a llamar “autorización”,

Finalmente, señaló que el cambio de perspectiva no es trivial, pues hay un afianzamiento de la perspectiva pública que se muestra precisamente en el fortalecimiento de algunos rasgos característicos de la concesión clásica. La precariedad de los derechos, por ejemplo, que va a proyectarse sobre los derechos de aprovechamiento de aguas es un factor bastante significativo.

Concluyó indicando que estos cambios no son, sin duda, de poca monta pero nos permiten seguir construyendo un Derecho Público de Bienes dentro de los cauces bastante ortodoxos asentados dentro de la tradición del Derecho Administrativo.

III. CONCLUSIONES

Durante las discusiones al interior de la Convención Constitucional afloró una cierta desconfianza hacia la técnica de concesiones, posiblemente vista como una manera de privatizar bienes públicos. Algunas iniciativas de norma constitucional despertaron temor, por ejemplo, frente a la desaparición de los derechos de aprovechamiento de aguas. El borrador de nueva Constitución se refiere muy marginalmente a las concesiones, a propósito de los bienes del Estado, de los gobiernos regionales y de las municipalidades, y específicamente también respecto del uso de las aguas. También se refiere a autorizaciones administrativas, por referencia a los bienes comunes naturales inapropiables y, de nuevo, las aguas. No obstante la terminología, que devela un espíritu de ruptura con el pasado, en la Constitución propuesta siguen siendo reconocibles rasgos propios del modelo concesional.

IV. TERCER PANEL: REFORMA A LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE MINERÍA EN EL BORRADOR DE CONSTITUCIÓN



Carlos Claussen Calvo

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho de Minería de la Universidad de Atacama. Magister en Derecho Ambiental Universidad del Desarrollo. Actualmente es profesor de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Es Secretario General de la Sociedad Nacional de Minería (SONAMI).

I. INTRODUCCIÓN

El abogado comenzó su exposición señalando que se cierne sobre la industria minera el mayor peligro que ha existido en toda nuestra historia republicana, cual es, por una parte, el intento de establecer constitucionalmente un orden público económico minero “negativo”, uno que -a la inversa de lo que ha ocurrido con las normas legales y constitucionales anteriores- desincentiva esta industria, tanto por acción como por omisión; y, por otra, el de reducir al mínimo la regulación constitucional de la misma, dejando los elementos esenciales de la misma a la mera voluntad de legislador, sometido a mayorías simples.

Lamentablemente, a juicio de él, esa voz de alarma sólo puede darse desde la cátedra o a través de los medios de opinión pública, pues la Convención Constitucional se ha convertido en un organismo sin contrapeso ni regulación alguna, al no existir un mecanismo real y efectivo para impugnar los excesos cometidos tanto en el procedimiento como en el resultado final de su trabajo.

Límites constitucionales impuestos al texto de la nueva constitución en materia minera

II. INFRACCIONES A LAS PROHIBICIONES Y LIMITACIONES CONSTITUCIONALES

En su exposición, explico que en el proceso actual de modificación de la Constitución, considerado hasta el día de hoy (dado que es proceso en desarrollo constante), deben distinguirse infracciones a las prohibiciones y limitaciones constitucionales cometidas de las siguientes formas:

- En las normas aprobadas o “por aprobar” por el pleno (mediante la argucia de renovar temas ya rechazados por el pleno, con indicaciones surgidas en la comisión de normas transitorias); y
- En la deliberada omisión en establecer un verdadero “Orden Público Económico Minero” “positivo” en el texto propuesto, que incentive la actividad minera y respete los derechos reales de aprovechamiento sobre la mina y de dominio sobre la concesión.

III. CONCLUSIONES

Concluyó su exposición señalando que el texto aprobado por el pleno de la Convención contiene, quizás, el más serio peligro tanto más en sus omisiones que en sus acciones, ya que en todo aquello que no reguló, deja en libertad de acción al legislador para definir el “orden público económico minero” que, a su juicio, las simples y circunstanciales mayorías decidan, sin límite alguno, como no sea el de respetar el dominio público del Estado sobre las minas y demás categorías señaladas en el texto aprobado, lo que nunca ha estado en discusión. Considera que, a ello se suma el hecho que ninguno de los artículos aprobados contiene norma alguna que declare

un “*interés público*” que justifique el otorgamiento de concesiones (o usando el eufemismo de “regulación”) sobre las minas, pues el pleno rechazó la norma propuesta por la Comisión de Medio Ambiente que, entre otras cosas, establecía que “*sus beneficiarios estarán obligados a realizar las actividades respectivas*” y que “*la Constitución protege los derechos así incorporados en el título, y el derecho del beneficiario a requerir su protección judicial*”.

Finalizó indicando que las disposiciones que integran el denominado “*Estatuto constitucional de los minerales*”, claramente, están destinados a establecer cortapisas o

desincentivos a la actividad minera, como ocurre con el artículo 325 del texto propuesto, el que no señala entre los objetivos de la “política para la actividad minera” que debe establecer el Estado el incentivo de la actividad minera, lo que intuitivamente parecería lo lógico.

En resumen, lo señalado a su juicio demuestra el grave peligro para la actividad minera que encierra el borrador de Constitución.



Marcelo Olivares Cabrera

Abogado por la Universidad de Chile. Master en Derecho en Recursos Naturales y Medio Ambiente, Universidad de Denver, Colorado, EE.UU. Profesor Derecho de Minería y Derecho de Aguas de la Facultad de Derecho en la Universidad de Chile, y Profesor de Legislación Minera del Departamento de Ingeniería de Minas de la Universidad de Chile. Actualmente es director en el Centro de Estudios del Cobre y la Minería (CESCO).

I. LA MINERÍA EN LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL

El abogado comenzó analizando comparativa y normativamente lo que hay, de lo que se propone en el texto o proyecto a plebiscitarse el 04 de septiembre de 2022.

Así, indicó que en el borrador de Constitución, particularmente en sus artículos 324 y 327, se mantiene bajo un lenguaje distinto el dominio originario de las minas con la duda de haberse referido a las sustancias minerales metálicas y no metálicas. A su juicio, se refiere “in sine”, no a aquellas que han sido extraídas, sino la industria minera no tendría ningún sentido en sí misma.

Explicó que desaparece la conceptualización normativa de las minas, más allá si uno está de acuerdo con el concepto que hoy está presente en la Constitución actual de “depósito de sustancias fósiles” con las cuatro categorías que se reconocen. Se mantiene la expresión de “Separación del dominio de la riqueza minera del suelo”. Desaparece la expresión en cuanto a cuál es el acceso respecto a los predios superficiales en cuyo lugar se encuentren las sustancias minerales.

Análisis de algunas propuestas de la Convención Constituyente al Estatuto Normativo Minero

Agrega que existirá una nueva regulación sujeta a cuatro principios fundamentales: que son la finitud, la transitoriedad, una defensa intergeneracional y la conservación medioambiental.

A juicio del abogado, lo que dice la propuesta es que debe haber una regulación nueva sustentada en esos cuatro principios y sujeta a la ley común (esto se analiza en el art. 324 inc 2° del borrador Constitucional).

Añadió que el estatuto específico que se propone en materia minera excluye de la actividad minera: glaciares, áreas protegidas, protección y otras que declare la ley como eventuales áreas futuras de protección (art. 326 del borrador constitucional). Se establecen lo que ponente denomina “Principios de políticas públicas mineras”: Protección ambiental y social, innovación, valor agregado, tecnología y protección a la pequeña minería (arts. 325 y 329 del borrador Constitucional). También la regulación legal de impactos y efectos sinérgicos; responsabilidad de reparación de daños y pasivos ambientales (art. 328 del borrador ambiental).

Continuó su exposición señalando que también hay otro tipo de normativas a lo largo del borrador constitucional que inciden fuertemente en materia minera:

a) Como los bienes comunes naturales inapropiables que pueden ser declarados legalmente con esa categoría (arts. 299 y 300 del borrador constitucional).

b) Las aguas tienen una especial protección en cuanto a la protección de los glaciares (art. 315 del borrador constitucional).

c) Otras situaciones como el derecho de propiedad; expropiación/justo precio (art. 255), derecho a tierras, territorios y recursos a los pueblos y naciones indígenas (art. 257); Defensoría de la Naturaleza (art. 411); Agencia Nacional del Agua (art. 414).

El abogado cree que como consecuencia de ser aprobada la nueva Constitución, la nueva regulación en materia minera será diseñada y aprobada a través de una ley común u ordinaria la que va a tener que orientarse en estos cuatro principios y tendrá que hacerse cargo de estas situaciones, de estos elementos que deberán estar dotado de contenido jurídico-regulatorio:

a) Sistema de derechos de aprovechamiento de sustancias minerales; b) La clasificación legal de las sustancias minerales; c) Derechos, obligaciones y duración de la concesión Minera (sea cual fuere el derecho de aprovechamiento y su naturaleza que fuera decidida); d) El régimen de amparo; e) La reglamentación del aprovechamiento de la riqueza minera reservada al Estado; f) Cuál va a ser el sistema de acceso predial que va a pasar por las servidumbres mineras en adelante por ley; g) La defensa; h) La exploración/ la explotación, i) La fórmula de indemnización de concesiones de explotación va a desaparecer (habrá que entrar al debate del “justo precio”), j) El régimen jurídico de las concesiones mineras de CODELCO, entonces quedaría entregado a la decisión del legislador.

El abogado añadió que espera que, en el régimen transitorio del borrador, se respete la actual Ley Orgánica Constitucional en esta materia y el Código de Minería vigente.

Finaliza su exposición planteando interrogantes relativas a qué pasará con la concesión minera y el citado artículo 12 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes.

V. CUARTO PANEL.: BIENES COMUNES NATURALES: EL CASO DE LAS AGUAS EN EL BORRADOR DE CONSTITUCIÓN



Verónica Delgado Schneider

Abogada de la Universidad de Concepción. Doctora en Derecho de la Università Tor Vergata Roma, Italia. Profesora Asociada del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, donde imparte la cátedra de Derecho Ambiental, de Derecho Urbano y de Derecho ambiental de las aguas.

I. INTRODUCCIÓN

La abogada inicia su exposición explicando que el Borrador de Nueva Constitución ya cuenta con nuevas reglas para la protección ambiental y especialmente del agua. Se refiere brevemente a todas ellas, pero en especial a la Custodia Pública de la naturaleza, iniciativa que se asoció a una nueva categoría llamada los "bienes comunes naturales". En este contexto, explica que se considera al agua como un bien inapropiable, que debe ser custodiado para el beneficio colectivo. Por lo mismo se reconoce el derecho humano al agua. Otras normas importantes son aquellas que se refieren a la Agencia Nacional del Agua, la gestión integrada, los organismos de cuenca, el ordenamiento territorial, el rol de las regiones autónomas y los derechos de la naturaleza.

II. NUEVO PARADIGMA

La abogada comienza su ponencia señalando que esta constitución tiene un cambio de paradigma que implica cambiar de un enfoque antropocéntrico en lo ambiental a un enfoque ecocéntrico.

Resalta que ya tenemos el primer artículo de la Constitución que va a definir al Estado de Chile como un Estado ecológico

La custodia pública de la naturaleza y las nuevas reglas para el agua en el borrador de la Nueva Constitución

y que debe reconocer la relación indisoluble que tenemos las personas con la naturaleza en todas las actividades que realizamos, que todos somos interdependientes de ella.

Continúa señalando que en la propuesta de Constitución casi no se habla de "medio ambiente", pues se considera que es una definición superada, que no respondió a las expectativas y más bien se habla muchísimas veces de naturaleza. Esto lo considera importante, porque la definición actual de medio ambiente es amplísima. Hay una negación de hablar de "medio ambiente", cambiándose por "naturaleza". Asimismo, ya no se habla de "desarrollo sostenible" y se optó por "el buen vivir".

Todos los cambios que se tienen que analizar están enmarcados dentro de la crisis ecológica y ambiental que hay. Esta Constitución de muy breve en medioambiente está pasando a un texto muy largo que incluye regímenes especiales y que los diagnósticos internacionales detectan como problemas regulatorios de Chile. Problemas que podrían haber sido regulados en leyes, pero se optó por constitucionalizarlos.

Continúa su exposición indicando que en relación a la propiedad, mantenemos la relación en orden a poder limitar, pero ya no solo para proteger el medio ambiente sino también la naturaleza. A la libertad de emprender, se agrega la protección de la naturaleza.

Añade que en ese contexto de diagnóstico internacional crítico en relación al medio ambiente y por otra una

constitución que podría llamarse ecológica, nace la propuesta de presentar una norma de custodia pública de la naturaleza que derivó de un trabajo del año 2000.

Luego de explicar su trabajo relacionado con el *public trust*, indicó que la norma aprobada y contenida en la propuesta constitucional en relación a los bienes comunes naturales, no se debe relacionar con la patrimonialidad sino que son aquellos bienes que deben ser administrados buscando un beneficio ambiental colectivo. Agregó que la custodia pública es un instrumento de protección ambiental que implica un deber del Estado con enfoque que debe asegurar la integridad.

Continuó señalando que en la propuesta se incluyeron bienes públicos y bienes privados a la categoría de bienes comunes naturales, siendo expresamente excluidos los minerales.

A su juicio, los deberes del Estado custodio cambian dependiendo de si son bienes inapropiables o públicos y los privados. Lo más importante, a su entender, es que el Estado tiene sus deberes generales y además cuando son inapropiables deberá invertir para preservarlos, conservarlos, restaurarlos y administrarlos de manera democrática, solidaria, participativa, etc.

Explicó que surge un régimen común para todas las autorizaciones administrativas. Autorizaciones administrativas que tienen obligaciones basadas en el interés público a pesar de que se permite el uso exclusivo de terceros. Cuando se encuentren en dominio privado, existirá el deber especial y se regulará el uso y goce, cuidando la integridad de ecosistemas como el caso de humedales, bosques y suelos.

Finaliza explicando que el agua se declara un bien común, inapropiable, con usos prioritarios (consumo humano y equilibrio ecosistémica) y se agrega en el tema de las autorizaciones que son intransferibles. Se cuestiona si sigue o no la patente por no uso, y la obligación del titular al uso que justifica su otorgamiento.

En cuanto al sistema de gobernanza de las aguas, cree que avanzamos en el manejo integrado de cuencas. A su juicio, somos en único país de la OCDE que no lo tiene. Agrega que por primera vez se considera que el ordenamiento territorial

tiene que trabajar con la unidad cuenca y se establece que tiene que determinar cómo los usos de suelo, sobre todo en el mundo rural, van a afectar la cantidad y calidad de las aguas. Puntualiza que se podrán crear zonas de protección; se crearán los consejos de cuencas donde estarán las actuales organizaciones de usuarios y se crea la Agencia Nacional de Agua como órgano independiente.

Por último, menciona que hay un problema que tendremos que solucionar entre la facultad de la región autónoma en el manejo de las cuencas y las facultades de los Consejos de Cuenca.

III. CONCLUSIONES

- a) Hay una fuerte ambientalización y ecologización del derecho constitucional chilena (negativa a usar ciertos conceptos tradicionales).
- b) La custodia pública es un mecanismo de protección ambiental.
- c) Los bienes naturales comunes son una categoría que se relaciona directamente solo a este mecanismo de protección.
- d) La distinción entre apropiables e inapropiables refleja la situación “traumática” del agua.
- e) Re-elaboración del régimen de bienes nacionales (dominio público en general) y de los bienes comunes: que se terminan por “ambientalizar” los BNUP.
- f) Será fundamental la ley (y las transitorias).



Natalia Dasencich Celedón

Abogada por la Universidad de Chile. Diplomada en Derecho Administración Económico por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Governance Risk and Resources, por la Universidad de Heidelberg, Académica en la Universidad del Desarrollo.

I. CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA

La abogada inicia su exposición señalando que es absolutamente posible afirmar que estamos ante una constitución ecológica, en que el medio ambiente (aunque ya no se habla de medio ambiente), es la espina dorsal estructurante de esta propuesta de constitución. A juicio de ella, eso se puede ver en distintas materias, por ejemplo, en la organización del territorio.

Explica que el borrador propone que todo el territorio nacional debe ser objeto de planes de ordenamiento territorial, cuyo eje estructurante son las cuencas y los equilibrios ecológicos. Así, los planes tendrán que definir en qué parte estarán los asentamientos urbanos, los asentamientos rurales y los asentamientos en donde se puedan realizar actividades productivas. Como cosa importante el borrador establece que en estos planes debe considerarse el uso del suelo en la calidad y la cantidad de las aguas, en un proceso participativo.

En ese sentido, destaca como otro elemento de esta constitución ecológica la distribución de poderes en la toma de decisiones ambientales: Gobierno Regional, Asamblea Regional, Consejo de Cuencas, etc. Añade la incorporación del famoso concepto de bienes naturales comunes; el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, que también condiciona todo el resto de las actividades y objetos a regular; la expresa restricción de determinados derechos y

Transición a un nuevo trato constitucional de las aguas en Chile y sus consecuencias prácticas

libertades en post del medio ambiente y la naturaleza; y la libertad de emprender y desarrollar actividades económicas que se encontrará condicionada constitucionalmente al respeto a los derechos consagrados en esta constitución y la protección de la naturaleza.

II. REGULACIÓN DEL AGUA EN LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL

La abogada explica que estamos frente a un sistema, ya no con esta visión del agua como único elemento que se regulaba, y que era una de las críticas, en forma totalmente separada del sistema en que formaba parte.

Continúa señalando que, respecto de la regulación del aprovechamiento de las aguas, quedan varias dudas: ¿estamos ante una degeneración del término autorización a como regularmente lo entendemos? Recuerda en su alocución qué entendemos por autorizaciones que es una simple declaración, o sea que reconoce derechos preexistentes y lo que hace es remover obstáculos para que el titular de ese derecho preexistente pueda ejercer una actividad

En su exposición agrega que la Constitución distingue los bienes comunes naturales claramente de los bienes nacionales de uso público. Añade que los bienes comunes naturales es un término refractario al término recursos

naturales, pues ya no se quiere utilizar un lenguaje que haga suponer que los bienes naturales son cosas sujetas de explotación, o sea que tienen valor de cambio.

Argumenta que esta categoría además se ha levantado como respuesta a la incapacidad del Estado nación y sus representantes de manejarlos con visión de largo plazo para generaciones futuras.

La abogada explica que el manejo de los bienes comunes naturales debe ser colaborativo y participativo, puesto que al desconfiar tanto de los privados y del Estado, este manejo debe ser hecho en forma democrática por la comunidad y ojalá la comunidad local, pues son los que mejor conocen sus sistemas. Ese es el fundamento filosófico de los bienes comunes naturales.

Manifiesta que con la propuesta constitucional estamos ante un cuestionamiento del dominio público y de la aptitud del Estado para poder custodiar de buena manera los bienes comunes naturales. Tenemos un cuestionamiento del Estado Nación y los mecanismos de democracia representativa al intentar introducir de manera muy fuerte la participación local en materias medio ambientales, y aquí, añade, es donde nos empieza a hacer sentido el término autorización, o sea, frente a este marco teórico que es ajeno al derecho, la verdad que es coherente la autorización: las concesiones se dan sobre lo propio y las autorizaciones sobre lo ajeno.

III. DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS PREEXISTENTES

La abogada cree que respecto de los derechos preexistentes hay varios problemas. A su juicio tenemos que resolver qué va a pasar con los derechos de aprovechamiento de aguas propiamente tales, esos que fueron adquiridos por los particulares en el mercado haciendo buena fe de la legislación existente; qué va a pasar con los contratos que están produciendo sus efectos y que se basan precisamente en la existencia de un derecho de aprovechamiento de aguas; qué pasará con las obras hidráulicas de aprovechamiento común e individual.

Frente a esas interrogantes, la abogada explica que tenemos dos escenarios y lo vamos a saber una vez que tengamos a la vista el articulado de las normas transitorias.

El primer escenario, que a su juicio es el más nocivo, que es la supresión del derecho regulado, es decir, que se va a privar al propietario de todo beneficio económico que este esperaba

obtener de su derecho. En términos simples, los efectos que se buscan, que es proteger la naturaleza, no serán soportados por la totalidad de la sociedad que será beneficiada, sino que específicamente por el titular de derechos de agua. A su entender, habría una privación total y absoluta y este costo no es soportado por la generalidad de la sociedad, corresponde que esto sea indemnizado. Cree que aquí viene toda una discusión de cuál será el monto de la indemnización, si será el justo precio o no será el justo precio, etc.

La situación más intermedia es una de respeto por los derechos preexistentes. En este caso lo que debiera primar, en su opinión, es el principio de incorporación, esto es que los derechos que fueron constituidos anteriormente empiecen a ser limitados por las cargas ambientales que corresponde en forma gradual y progresiva.

IV. DE LA ADMINISTRACIÓN DE LAS AGUAS

Finaliza su exposición refiriéndose a la administración de las aguas, en donde destaca la gestión integrada de cuencas. Explica que tenemos este Estado nacional que va a actuar a todo nivel a través de la Agencia Nacional del Agua, el cual deberá coordinar a todos los 42 servicios que tienen competencia en materia de agua y poder llevar adelante un sistema de información que sea de utilidad para todos los usuarios. A este Estado Nacional debemos agregar un Gobierno Regional, el cual deberá presentar a la Asamblea General un ordenamiento territorial y manejo integrado de cuenca, el que podría ser perfectamente objeto de referéndum y plebiscitos regionales.

En relación al tema del rol de las organizaciones de usuarios de aguas quedan más dudas que certezas. El constituyente no los menciona en ninguna parte, al parecer es un invitado no muy deseado.

Concluye que si es de la manera planteada, se va a producir un importante efecto tanto en las funciones administrativas de este tipo de organizaciones y las funciones distributivas, pues tendrá que estarse a estas nuevas prioridades que son los derechos de la naturaleza y las funciones jurisdiccionales en que ya no solo tendrá que resolver los conflictos entre los usuarios, conforme al objetivo principal que es el aprovechamiento de las aguas, sino que tendrá que incorporar otras apreciaciones que los exceden y que forman parte de los valores que resguardan esta propuesta de constitución ecológica.

BOLETÍN
Mirada Administrativa N° 15
Mayo 2022

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340,
Santiago. Chile.

EDICIÓN GENERAL
Programa de Derecho
Administrativo Económico UC
(PDAE).

Cada transcripción es
responsabilidad de su autor
y no refleja necesariamente
la opinión del PDAE.