ResearchGate

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: https://www.researchgate.net/publication/363594525

JUSTICIA AMBIENTAL Y RECURSOS NATURALES

Book · December 2015

CITATIONS
7

READS
85

1 author:

Dominique Hervé Espejo
Universidad Diego Portales
38 PUBLICATIONS **166** CITATIONS

SEE PROFILE

All content following this page was uploaded by Dominique Hervé Espejo on 18 July 2023.

The user has requested enhancement of the downloaded file.

JUSTICIA AMBIENTAL Y RECURSOS NATURALES

Dominique Hervé Espejo

Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

© Dominique Hervé Espejo, 2015
JUSTICIA AMBIENTAL Y RECURSOS NATURALES

Registro de Propiedad Intelectual Nº 259.607
ISBN: 978-956-17-0661-3

Derechos Reservados
Tirada: XXX ejemplares

Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Calle 12 de Febrero 187, Valparaíso
E-mail: euvsa@ucv.cl
www.euv.cl
Dirección de Arte: Guido Olivares S.
Diseño: Mauricio Guerra P. / Alejandra Larraín R.
Corrección de Pruebas: Osvaldo Oliva P.

Imprenta Salesianos S.A.

HECHO EN CHILE

AGRADECIMIENTOS

Escribir este libro ha sido posible gracias al apoyo que he recibido de diversas personas e instituciones. En primer lugar, quiero agradecer la orientación, guía y ayuda constante de Jorge Bermúdez, profesor de la Universidad Católica de Valparaíso, quien fue mi supervisor en la investigación de la tesis doctoral que constituye la base de esta publicación. A su vez, mi agradecimiento al Programa de Doctorado en Derecho de dicha Universidad que me acogió y apoyó para la realización de esta investigación. No puedo dejar de mencionar aquí el invaluable apoyo recibido de Becas Chile y del DAAD (Servicio de Intercambio Académico Alemán) para realizar una estadía de investigación doctoral en la Universidad de Heidelberg y en el Instituto Max Planck de Derecho Público. Por último, quiero agradecer a la Universidad Diego Portales que me benefició con una beca de perfeccionamiento académico para la realización del doctorado en derecho y, muy particularmente, a las autoridades y a los académicos de la Facultad de Derecho de dicha Universidad, quienes siempre me dieron las facilidades y el apoyo tanto profesional como personal para dedicarme a trabajar en este proyecto en mi calidad de docente e investigadora de la Facultad. No puedo finalizar estas palabras sin agradecer también a mi familia y especialmente a mis padres por su apoyo incondicional. Sin la ayuda de todas estas personas e instituciones este trabajo no habría sido posible.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 17

Capítulo Primero
CONCEPTO, DIMENSIONES Y ELEMENTOS DE LA JUSTICIA AMBIENTAL

1. Introducción 25

2. Origen y evolución del concepto 29

3. Dimensiones de la Justicia Ambiental 35

3.1. La Justicia Ambiental como justicia distributiva 36

3.2. La Justicia Ambiental como justicia política 42

3.3. La Justicia Ambiental como justicia correctiva 49

3.4. La Justicia Ambiental como justicia social 51

3.5. La Justicia Ambiental como justicia ecológica 52

4. Elementos de la Justicia Ambiental 58

4.1. Elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan a la Justicia Ambiental 60

4.1.1. La equidad en la distribución 60

4.1.2. El reconocimiento *64*

4.1.3. La participación *66*

4.1.4. Las capacidades *66*

4.2. Elementos propios de la Justicia Ambiental 67

4.2.1. Elemento colectivo 67

4.2.2. Elemento ecológico 69

5. Conclusión 73

Capítulo Segundo
LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Introducción 77

2. Normas jurídicas que contienen elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental 78

2.1. El derecho a la igualdad y a la no discriminación 78

2.1.1. "Equal Protection Clause" *78*

2.1.2. "Civil Rights Act" *79*

2.2. El derecho a la participación pública en la adopción de decisiones ambientales 80

2.2.1. El acceso a la información ambiental 81

2.2.2. El acceso a la Justicia Ambiental 82

2.2.3. La participación pública 83

2.3. El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas 84

2.4. Los principios de equidad intra e intergeneracional 85

2.5. El principio del uso equitativo de los recursos naturales 88

2.6. Ordenamiento territorial 90

2.6.1. La anticoncentración 91

2.6.2. La compensación..... 91

2.6.3. La concentración local de proyectos contaminantes 92

2.6.4. La división o separación de usos en conflicto 92

2.6.5. La reserva de espacios para protección 93

2.6.6. La apreciación de la sustentabilidad de planes territoriales..... 93

2.7. Evaluación de impacto ambiental 94

2.7.1. La exigencia del análisis de distribución de los impactos ambientales y en la salud..... 94

2.7.2. La exigencia del análisis de impactos socio-económicos 96

2.7.3. La exigencia del análisis de impactos acumulativos e indirectos..... 98

2.7.4. La exigencia de la evaluación de alternativas, incluyendo la de no realizar el proyecto..... 99

2.7.5. La exigencia de la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)..... *100*

2.7.6. La exigencia de participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental 101

2.8. El acceso a los recursos genéticos..... 102

2.8.1. El consentimiento fundamentado previo *103*

2.8.2. La distribución equitativa de los beneficios..... 103

2.9. Los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales 104

2.9.1. Derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes dentro de sus tierras y territorios..... 105

2.9.2. Derecho a consulta antes de la prospección o explotación de aquellos recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, y que sean de dominio público..... 105

2.9.3. Derecho a beneficiarse de las ganancias y beneficios que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, y que sean de dominio público 105

2.9.4. Derecho a indemnización por los daños que se ocasionen a raíz de la prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, y que sean de dominio público 106

2.10. El enfoque ecosistémico 107

3. La Justicia Ambiental como principio jurídico 108

3.1. Los principios en el ordenamiento jurídico 109

3.1.1. Los principios jurídicos como un estándar normativo diferente de las reglas 109

3.1.2. Los principios jurídicos más allá del binomio "reglas y principios" 117

3.1.3. Ordenando el panorama de los principios jurídicos 122

3.2. Los principios jurídicos en el derecho ambiental 125

3.2.1. Identificación de los principios de derecho ambiental 125

3.2.2. Tipos de principios en el derecho ambiental 126

3.2.3. Valor jurídico de los principios de derecho ambiental 132

3.2.4. Funciones de los principios en el derecho ambiental 134

4. Conclusión: la Justicia Ambiental constituye una norma jurídica 139

Capítulo Tercero
EL ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Introducción 143

2. Los recursos naturales como bienes comunes 149

2.1. Evolución histórica 158

2.2. Características de los bienes comunes..... 161

2.2.1. Distinción entre el sistema y la unidad de un bien común 162

2.2.2. Multiplicidad de usos y dificultad de exclusión. El problema del "Free Rider"..... 163

2.2.3. El problema de la substracción o reducción del recurso 164

2.3. Cuestiones jurídicas que presenta el enfoque de los recursos naturales como bienes comunes 165

3. Acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales..... 167

3.1. Soberanía y recursos naturales..... 167

3.1.1. Reglas internacionales de acceso y uso de los recursos naturales..... 171

3.1.2. Limitaciones a la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales 179

3.2. Propiedad y Recursos Naturales 186

3.2.1. Las teorías justificatorias de la propiedad sobre los recursos naturales..... 186

3.2.2. Tipos de propiedad sobre los recursos naturales 193

3.2.3. Teorías que delimitan el alcance de los derechos al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales..... 207

4. Conclusión..... 218

Capítulo Cuarto
REGULACIÓN NACIONAL APLICABLE AL ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

1. Introducción 223

2. Regulación aplicable a los recursos naturales que constituyen bienes nacionales de uso público y bienes de dominio exclusivo del Estado 226

2.1. Otorgamiento de la concesión en ausencia de una planificación pública del uso del recurso 227

2.1.1. La excepción: La Política Nacional del Uso del Borde Costero .. 227

2.2. Diversidad de mecanismos de asignación..... 231

2.2.1. Regla de asignación directa basada en el primer solicitante.... 231

2.2.2. Regla de asignación directa basada en una zonificación..... 233

2.2.3. Regla de asignación basada en una licitación pública 233

2.3. Derecho de propiedad privada sobre el título concesión 235

2.4. Derecho y obligación de usar el recurso 238

2.4.1. Obligación de usar sólo los recursos naturales objeto de la concesión..... 238

2.4.2. Obligación de usar el recurso respetando la finalidad de la concesión..... 246

2.4.3. Inexistencia de usos preferentes para el recurso 247

2.4.4. Obligación de usar los recursos de manera compatible con otras actividades y el derecho a usarlos con preferencia de otras actividades 248

2.4.5. Ausencia de limitaciones sobre la cantidad del recurso natural que se puede utilizar..... 249

2.4.6. Obligación de usar los recursos naturales en armonía con el interés público y los derechos de terceros..... 250

2.5. Derechos a explorar y explotar 252

2.6. Derecho a apropiarse del producto 253

2.7. Derecho a realizar negocios jurídicos sobre la concesión..... 254

2.8. Derecho a constituir gravámenes sobre bienes de terceros..... 256

2.9. Duración de la concesión 257

2.9.1. Regla de temporalidad..... 258

2.9.2. Regla de perpetuidad..... 259

2.10. Constitución y ejercicio de la concesión a título gratuito u oneroso ... 261

2.10.1. Título oneroso 261

2.10.2. Título gratuito 262

2.11. Derecho de terceros a participar en el procedimiento de constitución de la concesión 263

3. Regulación aplicable a recursos naturales de propiedad privada 265

3.1. Ausencia de planificación pública del uso y aprovechamiento 267

3.2. Reserva de autorización para el uso y aprovechamiento 269

3.2.1. Plan de manejo forestal 269

3.2.2. Permisos de caza 271

3.2.3. Autorizaciones de pesca 273

3.3. Establecimiento de incentivos para ciertos usos 278

4. Reglas comunes aplicables a recursos naturales de titularidad pública y privada 279

4.1. Obligación de respetar el ordenamiento jurídico de carácter ambiental 279

4.2. Reserva de zonas para usos especiales 281

4.2.1. Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos (AMERB) 282

4.2.2. Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO) 283

4.3. Prohibición de ciertos usos 285

4.4. Derecho de consulta previa respecto de recursos naturales en tierras y territorios indígenas 287

5. Reglas aplicables a recursos naturales comunes a todos los "hombres"/seres humanos 287

5.1. Aire, Alta Mar, Fondos Marinos Oceánicos (la Zona) 288

5.2. Recursos genéticos 290

5.3. Glaciares 293

5.4. Recursos que constituyen la materia prima de las energías renovables no convencionales 295

5.5. Servicios ecosistémicos 296

6. Conclusión 298

Capítulo Quinto
REGLAS DE JUSTICIA AMBIENTAL EN EL RÉGIMEN DE ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

1. Introducción 303

2. Reglas de Justicia Ambiental en el régimen jurídico de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales 306

2.1. Enfoque sistémico e integrador 306

2.2. Planificación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales 309

2.3. Mecanismos de asignación de derechos sobre recursos naturales 312

2.4. Establecimiento de prioridades en el uso de un recurso 313

2.5. La reserva de zonas para usos especiales 315

2.6. Distribución de beneficios provenientes del uso y aprovechamiento de un recurso 317

2.7. La participación pública significativa 320

2.7.1. El acceso a la información 321

2.7.2. La participación pública 322

2.7.3. El acceso a la justicia 323

2.8. La proporcionalidad ambiental o ecológica *327*

2.9. El no uso de los recursos naturales 330

2.10. La compensación en recursos naturales 336

2.10.1. Compensación de emisiones 338

2.10.2. Compensación forestal 340

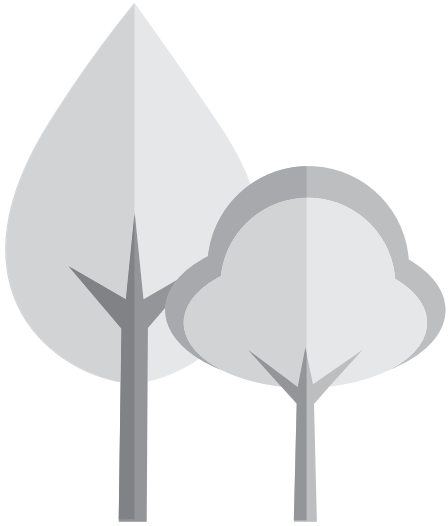
2.10.3. Compensación en el contexto del SEIA 341

2.10.4. Compensación en conservación de biodiversidad 344

3. Conclusión 345

CONCLUSIONES 347

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 355



INTRODUCCIÓN

En Chile, tal como en gran parte del mundo, es posible apreciar profundas inequidades en la distribución de las cargas y beneficios ambientales. Existen numerosos ejemplos de esta situación, entre los cuales se pueden distinguir la construcción de autopistas urbanas en Santiago, los conflictos por el uso del agua entre la minería y las comunidades indígenas en el norte grande, y la concentración industrial en la zona de la región de Valparaíso correspondiente a Ventanas y Puchuncaví. Todos estos casos reflejan una distribución inequitativa de las cargas y beneficios ambientales dentro de la sociedad.

Por su parte, el ordenamiento jurídico nacional contempla diversos instrumentos que tienen por objeto regular las actividades que usan y afectan los elementos del medio ambiente. De la aplicación de estos instrumentos deriva, por lo tanto, una determinada distribución de cargas y beneficios ambientales. Sin embargo, por regla general, nuestro ordenamiento jurídico no se ha preocupado expresamente de establecer normas que apunten a una distribución equitativa de dichas cargas y beneficios lo que sin duda dificulta la posibilidad de evitar la generación de situaciones como las enunciadas con anterioridad. Prueba de lo anterior es la todavía escasa doctrina jurídica y jurisprudencia nacional que ha pretendido analizar y solucionar problemas de equidad ambiental.[1] Como

[1] A la fecha de término de este trabajo existen algunas publicaciones jurídicas en Chile que se refieren a la idea de justicia material ambiental, las cuales han servido de base al trabajo aquí desarrollado. En particular ver: Bermúdez, J., "Acceso a la Información Pública y Justicia Ambiental: Interrelaciones de dos instituciones de Derecho Administrativo Ambiental", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXXIV, 2010, pp. 571-596; Hervé, D., "Noción y Elementos de la Justicia Ambiental: Directrices para su Aplicación en la Planificación Territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica", en *Revista de Derecho, Universidad Austral*, julio 2010, pp. 9-36; y Bermúdez, J. & Hervé, D. (Eds.) *Justicia ambiental. Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (LOM Ediciones, julio 2013). En cuanto a jurisprudencia nacional, cabe

se verá en este trabajo, todo ello ha permitido que el derecho ambiental chileno avance sin incorporar expresamente dentro de sus objetivos el de la "Justicia Ambiental".

Cabe señalar que la mayor parte de la literatura especializada en Justicia Ambiental se refiere a su análisis con relación particularmente a casos de contaminación y localización de fuentes industriales peligrosas. Sin embargo, si se considera que en nuestro país son los recursos naturales los que se han visto mayormente presionados producto del desarrollo económico experimentado en las últimas décadas, se puede afirmar que las condiciones para el acceso, uso y aprovechamiento de dichos recursos constituyen también un factor clave en la distribución de las cargas y sobre todo de los beneficios ambientales dentro de la sociedad. Evidentemente, la interacción entre actividades económicas que usan y aprovechan los recursos naturales y el medio ambiente tiene consecuencias en la mejor o peor calidad de vida de las poblaciones o grupos que disfrutan o sufren de la distribución y acceso a los servicios ambientales que tales recursos proporcionan.

Esta investigación parte de la hipótesis consistente en que la Justicia Ambiental constituye un principio jurídico que debe ser observado por los instrumentos normativos utilizados para regular el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. De ello se deriva que el reconocimiento y aplicación de un principio general y reglas específicas de Justicia Ambiental trae como consecuencia que los instrumentos normativos en virtud de los cuales se ordena el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales supongan un mayor grado de equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales y mayores niveles de participación en la toma de decisiones ambientales.

El objetivo general de este trabajo consiste, por lo tanto, en definir la Justicia Ambiental y determinar su carácter de principio jurídico, el que debe operar como marco conceptual para la regulación del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Y, en segundo lugar, busca identificar diversas reglas que se deben considerar en los instrumentos regulatorios para distribuir equitativamente las cargas y beneficios ambientales que derivan de las actividades que usan y aprovechan dichos recursos.

A tal efecto, el libro se divide en cinco capítulos que abordan los siguientes aspectos. El primer capítulo analiza el concepto, las dimensiones y los elementos de la Justicia Am-

---

señalar que el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, ha incorporado recientemente en dos de sus fallos referencias expresas al concepto de justicia ambiental (sentencia de 16 de agosto de 2013, Rol R-5-2013 y sentencia de 3 de marzo de 2014, Rol R-6-2013). A su vez, existen algunas sentencias que aunque no han utilizado el marco conceptual de la Justicia Ambiental han resuelto conflictos que representan problemas de inequidad en el acceso y uso de los elementos del medio ambiente. Por ejemplo, se pueden citar los conocidos casos de Toconce (Corte Suprema, 22 de marzo de 2004, Rol 986-03) y Chusmiza (Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009, Rol 2840-08), en el norte grande, que han reconocido el derecho ancestral de algunas comunidades indígenas al uso del agua frente a ciertos usos industriales.

biental. Este primer capítulo pretende introducir el tema dando una mirada comprensiva del fenómeno de la justicia ambiental con el objeto de entender la idea, su origen, su evolución, sus fundamentos teóricos, sus distintas dimensiones y sus elementos constitutivos. Analiza, por lo tanto, el concepto de justicia ambiental desde su formulación histórica y teórica.

Luego, en un segundo capítulo, se debate acerca del lugar que esta idea ocupa en el ordenamiento jurídico. Se postula, luego de hacer una revisión de diversas normas –de derecho ambiental internacional, comparado y nacional– que contienen elementos de Justicia Ambiental, que este concepto, a la luz de la distinción teórica entre principios y reglas, puede entenderse como un principio jurídico.

El tercer capítulo, en tanto, persigue analizar cuáles son los elementos esenciales que definen un ordenamiento jurídico en materia de recursos naturales. Para ello, en una primera parte se abordan las características de los recursos naturales como bienes –en particular, como bienes comunes categoría que, como se verá, escapa a una caracterización propiamente jurídica– lo que permite analizar con posterioridad los distintos modelos institucionales y jurídicos que se pueden aplicar para la regulación del acceso, uso y aprovechamiento de tales recursos.

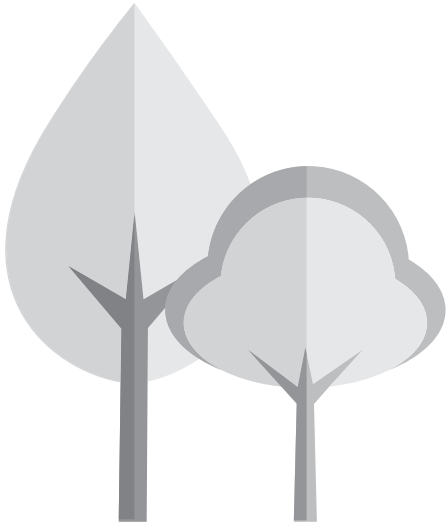
El cuarto capítulo se refiere al estado de la cuestión en Chile en materia de regulación del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Aquí se procede, en primer lugar, a categorizar jurídicamente los recursos naturales y, luego, a analizar los mecanismos regulatorios que determinan el acceso, uso y aprovechamiento de tales recursos. En este capítulo se propone una sistematización de la regulación nacional aplicable a los recursos naturales basada en la titularidad del recurso, esto es, en la determinación de si los recursos naturales son bienes objeto de dominio y, en tal caso, si éste es público o privado.

Por último, en el capítulo final, se analiza la aplicación de la Justicia Ambiental a la regulación en materia de recursos naturales. Es decir, aquí se identifican y analizan las reglas de Justicia Ambiental que son aplicables a las regulaciones del acceso y uso de los recursos naturales y si éstas se incorporan concretamente en nuestro ordenamiento jurídico.

La presente investigación es de carácter dogmático, por lo que la metodología de investigación empleada para alcanzar los objetivos propuestos es la propia de las ciencias jurídicas, esto quiere decir que por la vía de la interpretación de las normas jurídicas, se intenta deducir principios y reglas que permitan sistematizar el conjunto de normas relativas al acceso y uso de los recursos naturales, para aplicar sobre ellos los criterios provenientes de la Justicia Ambiental. Por consiguiente, la doctrina, normativa y juris-

prudencia comparada y nacional se someten a un detallado estudio, análisis crítico y sistematización.

Al finalizar esta investigación se pretende haber perfilado a la Justicia Ambiental como un principio jurídico que otorga un marco conceptual y analítico en el cual la regulación sobre el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales debe enmarcarse. De esta manera se busca contribuir a identificar las reglas derivadas de la Justicia Ambiental en el derecho ambiental.



CONCEPTO, DIMENSIONES Y ELEMENTOS DE LA JUSTICIA AMBIENTAL

CAPÍTULO PRIMERO

1. Introducción

La Justicia Ambiental constituye, aun cuando no se formule de manera explícita, una aspiración de las sociedades actuales. Cada día más se expresan públicamente pretensiones de equidad ambiental, de participación de las comunidades o grupos sociales en las decisiones que afecten su medio ambiente y de reconocimiento de la relevancia que los problemas ambientales revisten en la calidad de vida de las personas, todas preocupaciones que forman parte del concepto de Justicia Ambiental. Es por ello que su análisis y la determinación de su relevancia jurídica resulta particularmente importante y amerita un trabajo detenido y especial. Tal es el objetivo de este primer capítulo.

La idea de la Justicia Ambiental se puede analizar desde diversas perspectivas. Por ejemplo, si se parte de la base que su origen fue un movimiento social, se puede mirar como una idea fuerza en torno a la cual, a partir de las décadas de los 70 y 80 del siglo XX, se organizan una serie de protestas en EE.UU., con el objeto de impugnar decisiones de la autoridad relativas a la localización de instalaciones e industrias contaminantes en zonas donde habitan comunidades de personas de color y de escasos recursos. Por otro lado, si se le analiza desde una perspectiva teórica, se trata de un concepto cuyo estudio se enmarca en la filosofía política, específicamente en la teoría de la justicia y la ética ambiental.[1] Por último, si el contexto de estudio es el derecho y las políticas públicas,

[1] Como se verá más adelante en este capítulo, casi no han existido estudios que elaboren una "Teoría de la Justicia Ambiental", en el sentido de relacionar teóricamente la justicia con el medio ambiente. Sin embargo, una propuesta inicial se puede ver en Bosselmann, K. "Justice and the Environment: Building Blocks for a Theory on Ecological Justice", en Bosselmann, K. & Richardson, B. (Eds), *Environmental Justice and Market Mechanisms. Key Challenges for Environmental Law and Policy* (Kluwer Law International, 1999), pp.

entonces corresponde analizar su contenido a través de las diversas instituciones que son establecidas en el ordenamiento jurídico, en particular aquéllas pertenecientes al derecho ambiental.[2]

Este primer capítulo pretende introducir el tema dando una mirada comprensiva del fenómeno de la Justicia Ambiental con el objeto de entender el concepto, su origen, su evolución, sus fundamentos teóricos, sus distintas dimensiones y sus elementos constitutivos.

Para iniciar el análisis, se presentarán las definiciones que dos de los principales estudiosos de este fenómeno han propuesto. En primer lugar, Robert Bullard, sociólogo y precursor del estudio de este tema en EE.UU., entiende la (in)Justicia Ambiental desde la discriminación racial. Para él se trata de "toda política, práctica o directiva que, basadas en la raza o color, intencionalmente o no, impacta de manera diferente a individuos, grupos o comunidades".[3] Otro destacado autor en el área, Bunyan Bryant, distingue entre racismo ambiental, equidad ambiental y Justicia Ambiental.[4] La primera acepción consiste en la decisión deliberada de situar a ciertos grupos en lugares cuyo uso no es deseado, llevándolos a soportar una exposición desproporcionada de riesgos ambientales. La segunda, por su parte, consiste en la igual protección de las personas por parte de la legislación ambiental, y la tercera, esto es, la Justicia Ambiental propiamente tal, supone que todos tengan acceso a vecindarios seguros y limpios, trabajos adecuados, escuelas de buena calidad y comunidades sustentables.[5]

Por otro lado, algunos autores han vinculado la Justicia Ambiental con la teoría ecológica ya que, señalan, la teoría ecológica puede aportar información para entender porqué y cómo se distribuyen, por una parte, los riesgos e impactos y, por la otra, los beneficios y servicios ambientales, entre los diversos grupos, etnias y clases sociales. Sostienen que la teoría ecológica puede ayudar a clarificar la naturaleza del espacio en que ocurre

---

30-57; Bosselmann, K., "Ecological Justice and Law", en Richardson, B., & Wood, S. (Eds), *Environmental Law for Sustainability* (Hart Publishing, 2006), pp.129-163; y Schlosberg, D., *Defining Environmental Justice. Theories, Movements, and Nature* (Oxford University Press, 2007), 238 pp.

[2] De acuerdo con el profesor norteamericano Richard Lazarus, a pesar de que el fenómeno de la Justicia Ambiental fue primero estudiado por sociólogos y académicos de otras disciplinas distintas al Derecho, esta idea ha sido tremendamente influyente y ha cambiado el enfoque y la forma de estudiar y entender el derecho ambiental en EE.UU., en las últimas dos décadas. Ver su ensayo "Environmental Racism! That's what it is!" en *University of Illinois Law Review*, Volumen año 2000, pp. 255-274.

[3] Traducción propia de: "*Any policy, practice or directive, that intentionally or unintentionally, diferentially impacts or disadvantages individuals, groups or communities based on race or color", en Bullard, R. "Environmental Justice in the 21st Century*", disponible en http://www.ejrc.cau.edu/ejinthe21century.htm (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[4] Bryant, B. (Ed.), *Environmental Justice. Issues, Policies and Solutions* (Island Press, Washington DC, 1995), p. 5.

[5] Citando a Bryant, en Helfand, G. & Peyton, LJ, "A Conceptual Model of Environmental Justice", en *Social Science Quarterly*, Volumen 80, Nº1, Marzo 1999, p. 70.

la distribución de los beneficios y riesgos ambientales. Se menciona como ejemplo a la teoría de la perturbación o *disturbance theory*, que sostiene que ciertas perturbaciones naturales (tales como el fuego, el viento, la lluvia) son esenciales en los ciclos de los ecosistemas. Es precisamente la respuesta de los ecosistemas a estas perturbaciones lo que se entiende como capacidad de resiliencia. A partir de estos supuestos se puede ayudar a explicar porqué la injusticia ambiental es persistente en ciertos espacios, y se puede, además, tener antecedentes científicos que provean de información para una adecuada planificación y manejo de los territorios.[6] De esta manera, se afirma, junto con el estudio de las dinámicas e instituciones sociales, el conocer las dinámicas naturales, las estructuras y funciones de los ecosistemas permitiría entender más profundamente los procesos de las inequidades ambientales.[7]

Por último están también quienes abogan, como Bosselmann y Schlosberg, por la idea de una justicia ecológica que incluya dentro de la comunidad de justicia no sólo la relación entre seres humanos sino que también la relación entre éstos y el resto del mundo natural.[8]

De las definiciones anteriores se deduce que la idea de Justicia Ambiental no solamente se refiere a la desproporción que existe en el padecimiento o en la tolerancia de los impactos o riesgos ambientales por parte de los grupos más vulnerables de la sociedad sino que, por el contrario, el concepto se extiende también a la distribución del acceso a los beneficios ambientales por parte de los distintos grupos. Es por ello que en el análisis que sigue se tendrá presente tanto el concepto de "cargas" como el de "beneficios" ambientales. El primero se refiere a todos los costos, daños y riesgos asociados al desarrollo de actividades que generan impactos sobre el medio ambiente y la salud de las personas. La idea de "beneficio" ambiental, por su parte, dice relación con los servicios ambientales que un determinado ecosistema puede prestar. Tales servicios ambientales o ecosistémicos han sido definidos como "los beneficios que las personas obtienen de los ecosistemas. Estos beneficios contemplan servicios de suministro, como los alimentos y el agua; servicios de regulación, como la regulación de las inundaciones, las sequías, la degradación del suelo y las enfermedades; servicios de base, como la formación del suelo y los ciclos de los nutrientes; y servicios culturales, como los beneficios

---

[6] Entre los antecedentes científicos que se pueden destacar para efectos del análisis de la Justicia Ambiental, se distinguen, por ejemplo, los siguientes: diversas perturbaciones interactúan en los ecosistemas humanos; dichas perturbaciones son recurrentes en el tiempo; las perturbaciones son heterogéneas espacialmente; ciertos patrones de perturbaciones espaciales y temporales son característicos de ciertos paisajes. Bulletin of the Ecological Society of America, *ECO JUSTICE. Relationships of Environmental Justice to Ecological Theory* (April 2007), pp. 166-170.

[7] Boone, C., "Environmental Justice as Process and New Avenues for Research", en *Environmental Justice*, Volumen 1 Nº3, 2008, p. 151.

[8] Ver Bosselmann, K., "Ecological Justice and Law…", ob.cit. (nº1) y Schlosberg, D., ob.cit. (nº1).

recreacionales, espirituales, religiosos y otros beneficios intangibles".[9] Es decir, la idea de "beneficio ambiental" estará siempre vinculada a los servicios o bienes ecológicos que el medio ambiente presta.[10] De esta manera, en ciertos ámbitos de la regulación, la Justicia Ambiental dirá relación principalmente con la idea de cargas ambientales[11] –por ejemplo, en la definición de la localización de industrias peligrosas o contaminantes– y, en otros, cobrará más relevancia la noción de beneficios ambientales[12] –por ejemplo, en lo que diga relación con el acceso y uso de los recursos naturales–.

Para terminar, cabe señalar que sin perjuicio que el concepto de Justicia Ambiental se haya desarrollado desde diversos enfoques, se puede sostener que cada uno de estos análisis y miradas de la Justicia Ambiental han contribuido a fortalecer una idea cuyo origen se encuentra en un movimiento social de comunidades de base norteamericanas y a instalarla definitivamente en la discusión pública de EE.UU., luego en la de Europa y, actualmente, en el mundo entero.[13] Atendido que la discusión de este tema en Chile

---

[9] Definición otorgada por el "Grupo de Trabajo sobre Marco Conceptual de la Evaluación de Ecosistemas del Milenio" impulsado por el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan en 2001, en el documento "Ecosistemas y Bienestar Humano: Marco para la Evaluación", p. 3. Disponible en: http://www.maweb.org/documents/document.3.aspx.pdf (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[10] La idea de "servicio ambiental" en el fondo alude a los procesos naturales que son de utilidad para el ser humano.

[11] Cabe señalar que la legislación ambiental chilena ha definido "carga ambiental" en el contexto de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental (Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Ley Nº19.300 de 1994 modificada por la Ley Nº20.417 de 2010). En su artículo 30 bis, inciso 6, indica: *Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.*

[12] El ordenamiento jurídico nacional no contempla una definición general de servicios ambientales, sin embargo el Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (Boletín Nº7487-12) propone la siguiente definición de "servicios ecosistémicos" en su artículo 2 letra l): *aquellos procesos y propiedades ecológicos que caracterizan la estructura y funcionamiento de los ecosistemas y que generan beneficios materiales e inmateriales para los seres humanos*. La política ambiental nacional reconoce la importancia de los servicios que proporciona el medio ambiente en la Estrategia Nacional de Biodiversidad (ENB) formulada en el año 2003. Al respecto, la ENB señala que debemos considerar los servicios que presta la biodiversidad y distingue entre "servicios directos e indirectos". Los beneficios directos se extraen principalmente de las plantas y animales de un ecosistema en forma de alimentos y materias primas. Los beneficios indirectos surgen de las interacciones y retroalimentaciones entre los organismos que viven en un ecosistema. "Estos servicios son tales como el control de la erosión, purificación y almacenamiento de agua por parte de plantas y microorganismos del suelo en una cuenca, o polinización y dispersión de semillas vía insectos, aves y mamíferos. Aunque menos tangibles, hay otros beneficios que también poseen un alto valor: la belleza escénica, el disfrute de un paisaje, el significado espiritual de un bosque. En su calidad de manifestaciones de la naturaleza, la biodiversidad construye un marco psicológico y espiritual para nuestra existencia". Disponible en:
www.mma.gob.cl/biodiversidad/1313/w3-propertyvalue-15596.html (sitio web visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[13] Con respecto a cómo se recoge este concepto en América Latina se puede revisar Carruthers, D. (Ed.), *Environmental Justice in Latin America. Problems, Promise and Practice* (The MIT Press, Cambridge, Massachusets, London England, 2008), 329 pp.

comienza recién a expresarse en los últimos años,[14] resulta útil revisar la evolución del concepto en aquellos países donde ha pasado a ocupar un lugar central en la política y el derecho ambiental.

2. Origen y evolución del concepto

La idea de Justicia Ambiental surge en EE.UU., a fines de los años setenta y principios de la década de los ochenta como una manifestación de la nueva dirección que toman los grupos y organizaciones ambientalistas.[15] En esa época el movimiento ambientalista norteamericano cambia su tradicional enfoque, dirigido principalmente hacia la conservación de la vida silvestre, por una preocupación hacia los grupos más vulnerables de la sociedad y su calidad de vida. Se reconoce que estos grupos se han visto afectados especialmente por la contaminación ambiental y la depredación de los recursos naturales en los lugares en que viven, fenómeno cuyo origen se vincula con el desarrollo industrial ocurrido durante la mayor parte del siglo XX. Dicho desarrollo habría tenido lugar sin cortapisas ni regulaciones que permitieran la internalización de los costos de dicho proceso por parte de quienes los generaban.[16] Se inicia entonces un movimiento social por la Justicia Ambiental cuyo objetivo principal es obtener una distribución más equitativa de las "cargas y beneficios" ambientales.[17]

Quizás uno de los casos más simbólicos, y que consolidó esta idea en la agenda pública de EE.UU., fue el de *Warren County* en 1982.[18] Este condado, que forma parte del Estado de Carolina del Norte, fue elegido para albergar un depósito de sustancias y residuos tóxicos que recibiría aproximadamente 30.000 metros cúbicos de bifenilos policlorinados (BPC), un producto químico altamente peligroso. Oficialmente *Warren County* habría sido elegido porque se trataba de un sitio seguro para disponer las sustancias tóxicas, sin embargo, después de un análisis más profundo se determinó que el lugar se encon-

---

[14] En particular, la ONG "Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA)" ha sido precursora en incorporar esta idea en Chile a partir del año 2006, como fundamento de una red de comunidades sociales en defensa de sus derechos socio ambientales.

Ver http://olca.cl/oca/chile/rajas/encuentros001.htm (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[15] Arnold, C.A., "Land Use Regulation and Environmental Justice" 30 ELR (*Environmental Law Reporter*, 2000), p. 10395.

[16] Shrader-Frechette, K., *Environmental Justice. Creating Equality, Reclaiming Democracy* (Oxford University Press, New York, 2002), pp. 6 y ss.

[17] La literatura norteamericana revisada sobre Justicia Ambiental utiliza los términos de *"environmental bads"*, *"environmental harms", "environmental risks"* o *"environmental burdens"* para referirse a las "cargas ambientales", y los de *"environmental benefits"* o *"environmental goods"* para hablar de "beneficios o servicios ambientales".

[18] Este caso es citado por la mayoría de los trabajos que se refieren a la historia del movimiento de la Justicia Ambiental en Estados Unidos. Ver, por ejemplo, Beideman, C., "Eminent Domain and Environmental Justice: A New Standard of Review in Discrimination Cases", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Volumen 34, Nº1, 2007, p. 285.

traba muy cercano a una fuente de agua lo que hacía del sitio uno inapropiado para ese objetivo. Los residentes del condado argumentaron que se había elegido esta zona no porque fuera más segura, sino porque se trataba de un condado sin el poder político suficiente como para oponerse a la iniciativa. En efecto, se trataba del condado más pobre de Carolina del Norte y habitado en un 65% por personas de color. La protesta social que tuvo lugar no fue exitosa en impedir la localización del vertedero, pero logró situar el problema de la injusticia ambiental en la agenda pública nacional.

A partir de esta época, la reivindicación social por la Justicia Ambiental se inserta en el movimiento ambientalista norteamericano, que hace suyo el concepto. Se debe tener presente la trascendencia de este giro en la preocupación por el medio ambiente en EE.UU., puesto que con anterioridad a esta etapa el movimiento ambiental se trataba de un grupo compuesto esencialmente por conservacionistas y abogados, el que evoluciona a partir de este momento hacia un movimiento social comunitario que aboga por los derechos y por la Justicia Ambiental.[19] En efecto, el objetivo central de este movimiento socioambiental –que se ha extendido en el mundo en general– es llevar adelante demandas colectivas para proteger la salud humana de los efectos adversos de la contaminación del aire, del agua, de los pesticidas y sustancias químicas producidas por las industrias.

Cabe resaltar como un hito importante de esta etapa del movimiento ambiental norteamericano, la declaración elaborada en 1991 por la "Primera Cumbre de Líderes Ambientales de Personas de Color".[20] La Declaración establece diecisiete principios de Justicia Ambiental que incluyen, entre otros, los siguientes: el derecho fundamental a la autodeterminación política, económica, cultural, y ambiental, de todos los pueblos; la responsabilidad estricta de todos los productores de residuos y sustancias tóxicas respecto de los daños que causen; el derecho de las víctimas de la injusticia ambiental a recibir compensación y reparación plena; el derecho a participar como iguales en cualquier nivel de adopción de decisiones; y el derecho de los trabajadores a un ambiente sano y saludable.[21]

Un segundo evento que se puede destacar es la solicitud presentada a la EPA (*Environmental Protection Agency*) de EE.UU. para que el gobierno adopte medidas para enfrentar las situaciones de injusticia ambiental. Este lleva a la EPA a crear un Grupo de Trabajo sobre Equidad Ambiental[22] con el objeto de estudiar la afirmación consistente en que "las minorías raciales y la población de bajos ingresos soportan mayores riesgos

---

[19] Hill, B., *Environmental Justice, Legal Theory and Practice* (Environmental Law Institute Press, 2009), pp. 1-4.

[20] Traducción propia de "First People of Color Environmental Leadership Summit".

[21] El listado completo de los principios se puede encontrar en la siguiente dirección de internet: http://www.ejrc.cau.edu/princej.html (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014).

[22] Como se verá en la sección 4.1. de este capítulo, la equidad ambiental no es lo mismo que la Justicia Ambiental, en la medida que este último concepto comprende a su vez otros elementos además de la equidad propiamente tal.

ambientales que la población en general". El Grupo de Trabajo produjo un informe en junio de 1992, titulado *Reducing Risk in All Communities,* que confirmó el supuesto y estableció diez recomendaciones para enfrentar el tema. Una de ellas fue la creación de una oficina gubernamental a cargo de llevar adelante planes y políticas en la materia. Así, en noviembre de 1992, se creó la Oficina de Equidad Ambiental dentro de la EPA, la que más adelante, en 1994, pasó a llamarse Oficina de Justicia Ambiental.[23]

Otro de los hitos fundamentales que cabe revisar en este proceso lo constituye la orden ejecutiva[24] que el Presidente Clinton emitió en 1994 (Nº12898), titulada *Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-Income Populations*. Dicha orden estableció la obligación de toda agencia federal de desarrollar una estrategia para lograr la Justicia Ambiental, que identificara y se hiciera cargo de los efectos negativos desproporcionadamente altos en la salud humana y el medio ambiente, de sus programas, políticas y actividades relacionadas con grupos minoritarios o de bajos ingresos. La estrategia en cuestión debe contener programas, políticas, planes y procesos que –por lo menos– incluyan las siguientes acciones:[25]

> *"1) la promoción de la aplicación de los estatutos y estándares ambientales y de salud en áreas con población de bajos ingresos o de minorías raciales; 2) asegurar mayor participación pública; 3) mejorar la investigación y la información relacionada con la salud y el ambiente de las poblaciones de bajos ingresos y grupos minoritarios; y 4) identificar modelos diferenciados de consumo de recursos naturales dentro de las poblaciones de bajos ingresos y grupos minoritarios."*

Dentro de los aspectos más relevantes de esta orden ejecutiva destaca el que se haya utilizado el concepto de Justicia Ambiental aplicándolo no sólo a los grupos de minoría racial sino que a todo grupo de bajos ingresos.[26] De esta manera, se incorporó en la demanda por Justicia Ambiental a todos los grupos vulnerables de la sociedad, indepen-

---

[23] Ver http://www.epa.gov/environmentaljustice/index.html (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[24] Una orden ejecutiva constituye una fuente del derecho norteamericano, que tiene su origen en el Presidente de los Estados Unidos. Se trata de una directiva del Presidente dirigida a otras autoridades en el Ejecutivo: "*An executive order is a directive from the President to other officials in the executive branch".* Definición disponible en el siguiente sitio web *http://www.lectlaw.com/files/env02.htm* (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[25] Traducción propia de: "*Section 1-103. (…)(1) promote enforcement of all health and environmental statutes in areas with minority populations and low-income populations: (2) ensure greater public participation; (3) improve research and data collection relating to the health of and environment of minority populations and low-income populations; and (4) identify differential patterns of consumption of natural resources among minority populations and low-income populations.*" Disponible en:

http://www.epa.gov/compliance/environmentaljustice/resources/policy/exec_order_12898.pdf (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[26] A su vez, la orden ejecutiva estableció un Grupo de Trabajo Gubernamental en Justicia Ambiental, dirigido por el Director de la EPA e integrado por los jefes de once agencias federales, entre las que destacan

diente del hecho de la existencia o no de una discriminación racial.[27] Evidentemente, al tratarse este instrumento de una orden del gobierno, la política ambiental norteamericana incorporó este objetivo dentro de sus metas oficiales.

No se puede dejar de mencionar, a su vez, en la evolución de este movimiento en EE.UU., la historia de litigios judiciales basados en el argumento de la Justicia Ambiental. En efecto, desde sus orígenes, algunos abogados intentaron obtener decisiones de los tribunales de justicia norteamericanos que reconocieran jurídicamente la demanda por Justicia Ambiental.[28] Sin embargo, como se verá más adelante,[29] las diversas estrategias judiciales adoptadas durante el inicio del movimiento no fueron del todo exitosas, ya que se basaron fuertemente en argumentos relacionados con la discriminación racial.[30] Sin embargo, en los últimos años la estrategia judicial en materia de Justicia Ambiental ha dejado de lado este tipo de argumentos centrándose en argumentos propios del derecho ambiental.[31]

Por último, sin lugar a dudas una característica fundamental que ha tenido la historia de este movimiento social en Estados Unidos dice relación con el marcado carácter urbano de las injusticias ambientales que se han denunciado. Es decir, la Justicia Ambiental, al menos en Estados Unidos, dice relación fundamentalmente con los riesgos ambientales de la vida urbana que serían soportados desproporcionadamente por las minorías raciales del país.[32] Esta situación no es extraña dado que el patrón del uso del suelo residencial en Estados Unidos se caracteriza por ser altamente segregado, en particular a partir

---

los Departamentos de Justicia, Defensa, Energía, Trabajo, Interior, Transporte, Agricultura, Vivienda y Urbanismo, Comercio y Salud.

[27] Fue quizás el hecho de la vinculación original en EE.UU. entre el movimiento por la Justicia Ambiental y la discriminación racial lo que permitió que este debate se instalara con más fuerza que en los países europeos. En efecto, el origen de este movimiento en EE.UU. se encuentra en las comunidades de color que se ven afectadas directamente por las situaciones de contaminación ambiental. En cambio, la inquietud por estos temas en Europa se desarrolla a un nivel distinto, básicamente por profesionales del medio ambiente que no se ven necesariamente afectados por situaciones de injusticia ambiental.

[28] Cabe precisar la distinción conceptual entre la idea de Justicia Ambiental que en este trabajo se analiza y la referencia al "acceso a la Justicia Ambiental", ya que a veces ambas ideas se confunden. La primera se refiere a la justicia como justicia sustantiva, en cambio la segunda hace alusión al derecho de las personas a recurrir a los tribunales de justicia para la solución de sus conflictos ambientales, o como lo ha señalado el abogado Raúl Brañes, se trata de "la posibilidad de que se obtenga de las autoridades judiciales la solución expedita y completa de los conflictos jurídicos que tienen una naturaleza ambiental", ver Brañes, R., "El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina", PNUMA, México DF, 2000, p.3.

Disponible en http://www.pnuma.org/deramb/documentos/Acceso_Justicia_Ambiental_Raul_Branes.pdf (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[29] Ver sección 2.1. del capítulo segundo.

[30] Collin, R., "Review of the Legal Literature on Environmental Racism, Environmental Equity and Environmental Justice", en *Journal of Environmental Law and Litigation*, Volumen 9, 1994, pp. 134-141.

[31] Hill, B., ob.cit. (nº19), p. 344.

[32] Magwodd, J., Williams, E.M. & Glover, S.H., "Prolonged Injustice in Urban America", en *Environmental Justice*, Volumen 3, Nº4, 2010, pp. 141-145.

de la raza y de la clase social. Lo anterior es especialmente evidente si se comparan las condiciones de vida existentes en los suburbios acomodados con aquéllas imperantes en los núcleos y centros de las ciudades.[33] Según la información revisada, el grupo más segregado en Estados Unidos es el de los afro-americanos, seguido por el de los latinos.[34] De esta manera, los barrios difieren sustancialmente en cuanto a su composición demográfica, lo que permite fácilmente distinguir un componente racial y social en las situaciones de injusticia ambiental.

Así las cosas en EE.UU., la situación en Europa fue y es diferente. A pesar que el derecho de los países europeos ha sido un referente en el desarrollo del derecho ambiental en general, no ha experimentado con la misma fuerza que los EE.UU. la incorporación de este concepto, ni tampoco la sociedad ha experimentado un movimiento social por la Justicia Ambiental equivalente al del país norteamericano. Sin perjuicio de ello, a partir de la década de los '90 el debate ha adquirido mayor relevancia en dicho continente, en particular en el Reino Unido[35] aunque también en otro países, como Alemania.[36] Los antecedentes disponibles permiten establecer que así como en EE.UU., en el Reino Unido son las comunidades más pobres las que se ven afectadas por los niveles más altos de contaminación atmosférica, de ruido, de agua, o tienen menor acceso a espacios verdes o seguridad en los vecindarios.[37] Sin embargo, a diferencia de los EE.UU., el debate se ha centrado más en la situación socio-económica de las comunidades afectadas que en su origen racial. Es por ello que, de acuerdo con quienes han investigado el tema, no se ha vinculado directamente el trabajo de las organizaciones que promueven la protección del medio ambiente con aquellas organizaciones que luchan en contra de la discriminación. Esta situación probablemente ha generado que los instrumentos legales de la UE que permiten velar por la no discriminación no se hayan utilizado en toda su plenitud con el objeto de promover la Justicia Ambiental.[38]

---

[33] Kaswan, A., "Distributive Justice and the Environment", en *North Carolina Law Review*, Volumen 81, 2002-2003, pp. 1050-1051.

[34] Ibid.

[35] Ver, por ejemplo, Dobson, A., *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice* (Oxford University Press, 1998), pp. 26-29; y Pedersen, O. "Environmental Justice in the UK: uncertainty, ambiguity and the law", en *Legal Studies*, Vol. 31 Nº2, Junio 2011, pp. 279-304.

[36] Ver, por ejemplo, Schmehl, A., "La justicia distributiva ambiental. Los problemas y principios de una asignación territorial justa de la calidad ambiental y de las opciones de utilización del medio ambiente", en Bermúdez, J. & Hervé, D., *Justicia Ambiental, Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (LOM Ediciones, Chile, 2013), pp. 67-92.

[37] Schwarte, C. & Adebowale, M., *Environmental Justice and Race Equality in the European Union* (Capacity Global, 2007), p. 15.

[38] Por ejemplo, en Inglaterra en virtud de la *Race Relations Amendments Act* se exige a todas las autoridades públicas que implementen evaluaciones de impacto sobre la igualdad racial, con el objeto de prevenir la posibilidad de que una política pueda afectar desfavorablemente a ciertos grupos raciales. Sin embargo, este instrumento no ha sido utilizado para evaluar los impactos ambientales negativos de ciertas políticas sobre grupos específicos (Ibid).

De esta manera, el debate en materia de Justicia Ambiental en Europa se ha orientado fundamentalmente hacia los aspectos contenidos en el *Convenio de Aarhus sobre el Acceso a la información, la Participación del público en la toma de decisiones y el Acceso a la justicia de medio ambiente*, suscrito en junio de 1998.[39] Todos estos aspectos están relacionados con la dimensión política o participativa de la Justicia Ambiental, ámbito que por lo tanto ha sido discutido y aplicado en la mayor parte de los países europeos. El debate en materia de justicia distributiva y medio ambiente es, en cambio, más reciente.[40]

Por último, cabe referirse a la Justicia Ambiental en el ámbito global. Sin perjuicio que este debate ha tenido su origen a nivel doméstico, también se ha desarrollado una discusión paralela en el contexto internacional. Dicha discusión tiene su base en los reclamos efectuados contra los gobiernos y las corporaciones multinacionales por los abusos en que han incurrido históricamente con respecto a los pueblos indígenas y a las condiciones de pobreza de los países en desarrollo.[41] Sin embargo, en el último tiempo el debate internacional sobre la Justicia Ambiental se ha desarrollado en foros internacionales especializados, tales como aquellos relacionados con el comercio internacional[42] y, fundamentalmente, en las negociaciones que han tenido lugar en la última década con respecto al cambio climático.[43] En efecto, el término de justicia climática es ya un concepto utilizado comúnmente y que alude tanto a la distribución de los riesgos provenientes del cambio climático, como a la diferenciación en las obligaciones que deben asumir los países de acuerdo con su cuota de responsabilidad en el problema.[44] A su vez, como una manifestación más de la injusticia ambiental se ha determinado que los pueblos, comu-

---

[39] Este Convenio fue suscrito en la ciudad de Aarhus, Dinamarca y entró en vigencia en octubre del año 2001.

[40] Por ejemplo, ver Slater, A. & Pedersen, O., "Environmental Justice: lessons on definition and delivery from Scotland", en *Journal of Environmental Planning and Management*, Vol. 52, Nº6, September 2009, pp. 797-812.

[41] Kuehn, R., "A Taxonomy of Environmental Justice", en 30 ELR *(Environmental Law Reporter*, 2000) p. 10682.

[42] Un ejemplo muy claro de esta tendencia se manifiesta en las diversas movilizaciones ciudadanas que han tenido lugar con el objeto de demandar mayor justicia social y ambiental en el contexto de la labor de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Ver: Carruthers, D., "Popular Environmentalism and Social Justice in Latin America" en: Carruthers, D. (Ed.), ob. cit. (nº13), pp. 11-12.

[43] Ver, por ejemplo: Paterson, M., "Principles of Justice in the Context of Global Climate Change", y Wiegandt, E., "Climate Change, Equity and International Negotiations", ambas en Luterbacher, U. & Sprinz, D. (Eds.), *International Relations and Global Climate Change* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts & London, England, 2001), pp. 119-150.

[44] Aquí se alude al principio de derecho internacional ambiental denominado "responsabilidades comunes pero diferenciadas", acuñado por la Declaración de Río de 1992 y luego en diversos tratados internacionales, tales como la Convención Marco de Cambio Climático del mismo año y el Protocolo de Kyoto de 1997. El principio 7 de la Declaración sostiene: *Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el*

nidades y países más pobres serán los principales afectados por este fenómeno, ya sea porque sus economías se encuentran más expuestas a sufrir efectos provenientes de los riesgos naturales, como por carecer de recursos suficientes para adaptarse y mitigar los impactos provenientes del cambio climático.[45]

Los hechos históricos recientemente descritos permiten, por lo tanto, distinguir tres ejes conceptuales en los que se ha desarrollado el debate en materia de Justicia Ambiental. Estos son: la raza o el origen étnico (en EE.UU.); la condición socio-económica (en Europa); y las diferencias entre los países desarrollados y en desarrollo (en el ámbito internacional). De los tres ejes mencionados se puede extraer un elemento central: la existencia de diferencias en la distribución de las cargas y beneficios ambientales entre los sujetos de una comunidad, ya sea nacional o internacional.

3. Dimensiones de la Justicia Ambiental

De lo expuesto con anterioridad se deduce que existe un vínculo fundamental entre Justicia Ambiental y justicia distributiva, siendo éste uno de sus elementos centrales. Sin embargo, no es el único. La mayoría de los autores distingue entre al menos dos dimensiones de la Justicia Ambiental: una distributiva y otra participativa o política. Es decir, por un lado, la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales, que tiene directa relación con la idea de justicia distributiva; y, por el otro, la participación significativa, que apunta a la idea de justicia procedimental o política.[46] Algunos autores agregan también otras dimensiones, como Bosselmann y Schlosberg que, como ya se indicó, abogan por la idea de una justicia ecológica.[47] Kuehn, por su parte, propone categorizar las dimensiones de la Justicia Ambiental en cuatro: justicia distributiva, justicia procedimental, justicia correctiva, y justicia social.[48] Ebbeson distingue entre justicia distributiva, correctiva y procedimental.[49] Bullard, a su vez, identifica tres tipos de equidad: procedimental, geográfica y social.[50]

---

medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen. Se volverá sobre el contenido de este principio en la sección 2.3. del capítulo segundo.

[45] Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC), "Informe de Síntesis", publicado en 2007. Por ejemplo, cabe transcribir la siguiente frase del Informe (p. 19): **"**Distribución de impactos y de vulnerabilidades: Existen marcadas diferencias entre regiones, y las de economía más débil suelen ser las más vulnerables al cambio climático".

[46] Ver por ejemplo, Schrader-Frechette, K., ob.cit. (nº16), pp. 24 y ss.

[47] Bosselmann, K., "Ecological Justice and Law", ob.cit. (nº1), pp. 129 y ss.; Schlosberg, D., ob.cit. (nº1), pp. 103-162.

[48] Kuehn, R., ob.cit. (nº41), p. 10681 y ss.

[49] Ebbeson, J., "Introduction: Dimensions of Justice in Environmental Law", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, 2009), p. 2.

[50] Bullard, R. "Leveling the Playing Field through Environmental Justice", en *Vermont Law Review*, Volumen 23, 1998-1999, pp. 457-458.

A continuación se propone la clasificación de las dimensiones de la Justicia Ambiental en las siguientes cinco categorías: justicia distributiva, justicia política, justicia correctiva, justicia social y justicia ecológica.

3.1. La Justicia Ambiental como justicia distributiva

El concepto moderno de justicia distributiva deriva de una larga historia en la evolución de la filosofía política, que va desde Aristóteles hasta nuestros días.[51] La pregunta sobre cómo una sociedad debe asignar o distribuir sus recursos entre los distintos individuos es una interrogante que se han venido haciendo los teóricos desde hace más de dos mil años. La respuesta ha sido formulada de manera muy distinta a lo largo del tiempo, derivando de tales diferencias fundamentalmente dos conceptos históricos (pre-moderno y moderno) de lo que se entiende por justicia distributiva. En la época pre-moderna, con anterioridad a la Revolución Francesa del siglo XVIII, la justicia distributiva no consideraba el problema de la pobreza o de la asignación de recursos económicos y materiales como un aspecto relevante para la idea de justicia, ni tampoco el de las necesidades como criterio de distribución. Más bien, tales eran preocupaciones que correspondían a la caridad o beneficencia o a una obligación privada que podía tener su origen, por ejemplo, en la religión.

Esta idea pre-moderna de justicia deriva del concepto aristotélico de justicia distributiva.[52] Fue Aristóteles el que primero planteó una teoría en esta materia, sin incluir dentro de sus planteamientos la idea de distribuir recursos o bienes materiales ni tampoco la importancia de las necesidades de las personas para asignar tales recursos. El objetivo de Aristóteles fue en realidad analizar cómo se debería distribuir el *status* político entre los individuos, argumentando que el criterio de distribución debía ser el del mérito. Así también es como distingue entre una justicia distributiva y otra correctiva (que más adelante pasó a llamarse conmutativa).[53] La primera se refiere a la distribución de acuerdo con el mérito y, la segunda, dice relación con la obligación de quien generó

---

[51] Fleischacker, A., *A Short History of Distributive Justice* (Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, London, England, 2004), 190 pp.

[52] Aristóteles, *Etica a Nicómaco* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960), pp. 70-88 (Libro V). De acuerdo con Aristóteles "lo justo en las distribuciones debe consistir en la conformidad con determinados méritos, si bien no coinciden todos en cuanto al mérito mismo, sino que los democráticos lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o en la nobleza, y los aristocráticos en la virtud. Lo justo es, pues, una proporción" (p. 74).

[53] "La justicia distributiva de los bienes comunes es siempre conforme a la proporción que hemos dicho, pues incluso cuando se trata de la distribución de un fondo común, se hará conforme a la proporción en que estén, unas respecto de otras, las contribuciones aportadas; y la injusticia que se opone a esta clase de justicia es la que va en contra de la proporción. En cambio, la justicia de los modos de trato es, sí, una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según aquélla proporción (…) la ley solo mira a la especie del daño y trata como iguales al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado. De modo que es esta clase de injusticia, que es una desigualdad, la que el juez procura igualar." Ibid, p. 75.

un daño debe compensar a la víctima. Estos dos tipos de justicia representan de manera diferente la idea de igualdad. En la justicia distributiva, la igualdad consiste en el hecho que todos deben ser recompensados en proporción a sus méritos –sería injusto que quienes difieren en el mérito fueran tratados con igualdad–; en cambio, en la justicia correctiva, la igualdad es representada de manera que toda víctima de un daño debe ser igualmente compensada, independiente del mérito.[54]

Desde este concepto de justicia distributiva hasta el concepto moderno que alude a que todas las personas, por el hecho de ser tales, merecen un tratamiento equitativo en la distribución de los bienes sociales y económicos –formulado por primera vez de manera explícita durante la Revolución Francesa– hubo de pasar muchos siglos y el trabajo de diversos pensadores, tales como Tomás de Aquino, Adam Smith, Rousseau y Kant, por nombrar algunos.[55] Por lo tanto, la idea que postula que existe una obligación del Estado (y un derecho correlativo de los individuos) de proveer a todos los seres humanos, por el hecho de ser tales, de los bienes necesarios para llevar adelante una vida digna es bastante reciente.

Sin embargo, todavía fue necesario esperar un par de siglos más para que, en pleno siglo XX, se elaborara por primera vez una teoría sobre el concepto moderno de la justicia distributiva, trabajo que fue desarrollado por John Rawls en su "Teoría de la Justicia", publicado por primera vez en 1971.[56] En este trabajo el autor presenta cuáles son, a su juicio, los principios básicos de la justicia respecto a los cuales los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad deben ser evaluados.[57]

Así, el concepto moderno de justicia distributiva que, como se dijo, se venía desarrollando desde el siglo XVIII tiene que ver con la adecuada (proporcional y equitativa) distribución de los bienes y cargas sociales disponibles. Por lo tanto, el problema de la distribución de las cargas ambientales, así como de los beneficios que el medio ambiente brinda constituye una pregunta propia de lo que se entiende por justicia distributiva. Esta pregunta surge en un momento histórico determinado en el que se adquiere conciencia de que los bienes ambientales son escasos, que las posibilidades de cargas e impactos sobre los mismos son, por el otro lado, cada vez mayores y que éstas deben ser distribuidas con justicia.[58] Por lo tanto, no es de extrañar que ni el concepto premoderno ni el moderno de justicia distributiva incorporaran referencia alguna a la distribución de las cargas y beneficios ambientales. En efecto, la preocupación por el medio ambiente surge tardíamente en nuestras sociedades, recién durante la segunda mitad del siglo XX.

---

[54] Fleischacker, A., ob.cit. (nº51), pp.19-28.

[55] Ibid., pp. 53-79.

[56] Rawls, J., *Teoría de la Justicia* (Fondo de Cultura Económica, México, 1995), 549 pp.

[57] Se volverá más adelante sobre esta idea, en la sección 4.1.1. de este capítulo.

[58] Véase Shrader-Frechette, K., ob.cit. (nº16), p. 27.

La aplicación de la idea de justicia distributiva al problema ambiental tuvo, como ya se ha explicado, su primera manifestación en Estados Unidos mediante las denuncias de comunidades de color de verse obligados a soportar una desproporcionada carga en materia de usos indeseados del territorio (*Locally Undesirable Land Uses, LULUS*). Tanto es así que Bullard denomina la dimensión distributiva de la Justicia Ambiental como equidad geográfica. La injusticia ambiental se manifiesta, según este autor, en la ubicación y la configuración espacial de las comunidades y su proximidad a peligros ambientales, instalaciones nocivas y *LULUs,* tales como vertederos, incineradoras, plantas de tratamiento de aguas servidas, fundiciones de plomo, refinerías y cualquier otro tipo de infraestructura que pueda ser nociva. Por lo tanto, la desigual protección en materia ambiental, en estos casos, sería consecuencia de decisiones de uso del suelo en las que se determina la ubicación de las instalaciones e infraestructura residenciales e industriales.[59]

La pregunta que pretende responder la dimensión distributiva de la Justicia Ambiental consiste, entonces, en cuál es la proporción de cargas y beneficios ambientales que le corresponde soportar y recibir a cada comunidad o grupo social de acuerdo con la equidad. Es decir, todas las comunidades deben soportar alguna parte de las cargas ambientales que genera la sociedad actual y, también, deben tener acceso a los beneficios ambientales correspondientes. El problema consiste en determinar cuánto es lo que le corresponde a cada una.[60]

De acuerdo con Kaswan existen dos modelos para determinar cómo se aplica la equidad en el contexto del uso indeseado del territorio:[61] el modelo de la división equitativa (*equal division model*) y el modelo de las preferencias comunitarias (*community preferences model*).

El *modelo de la división equitativa* promueve la igualdad material en la distribución de usos indeseados del territorio. Es decir, existe equidad en la distribución de las cargas ambientales cuando las comunidades o grupos humanos deben soportar estos usos de manera proporcional.[62] Este modelo ha sido ampliamente criticado, principalmente debido a que se centra en los derechos de las comunidades y no de los individuos (en efecto, se sostiene que siempre habrán individuos dentro de una comunidad que deberán soportar las cargas de manera desproporcionada en relación a otros individuos de la misma comunidad); a que no considera la existencia de factores objetivos en la

---

[59] Bullard, R., "Leveling the Playing Field…", ob.cit. (nº50), p. 458.

[60] Kaswan, A., ob.cit. (nº33), pp. 1043-1044. Para esta autora, cuando se habla de la distribución del uso indeseado del territorio solamente se está hablando de la distribución de cargas ambientales, no de beneficios, por lo que el debate sería, en este caso, algo distinto al que podría comprender la Justicia Ambiental en otros ámbitos.

[61] Ibid, pp. 1066-1088.

[62] Been, V., "What's Fairness Got to Do With It? Environmental Justice and the Siting of Locally Undesirable Land Uses", en *Cornell Law Review*, Volumen 78 (1993), p. 1028.

distribución del uso del territorio (por ejemplo, las características geológicas o geográficas de una zona); y a que presenta dificultades importantes para medir y definir cuál es la distribución proporcional de los usos indeseados del territorio (¿cómo se distingue una comunidad de otra? ¿cómo distribuir proporcionalmente distintos tipos de riesgos ambientales?).[63]

Algunos autores consideran que estos problemas se pueden resolver mediante la incorporación de un modelo compensatorio que puede satisfacer el modelo de la división equitativa sin que necesariamente la distribución física o material sea igualitaria.[64] Este nuevo modelo no apunta, por lo tanto, a una distribución materialmente equitativa, sino que a compensar (ya sea económicamente o mediante otros bienes y servicios que puedan reducir cargas ambientales) a aquellas comunidades que tengan una cuota más alta de usos indeseados del territorio.[65] De acuerdo con este esquema aquellos que obtengan beneficios de algún determinado uso indeseado del territorio, deben compensar a aquellos que sufren las pérdidas. La determinación del monto o el tipo de compensación podrá estar a cargo de la propia comunidad afectada o de una autoridad gubernamental.[66] Sin embargo, el modelo compensatorio también ha sido objeto de críticas, sobre todo en el ámbito de la moral, en el sentido que no sería ético pagar para que algunas personas acepten riesgos que otros, que tienen recursos económicos, no están dispuestos a aceptar.[67] Por otro lado, existen también algunos problemas prácticos en este modelo, como por ejemplo, cómo expresar en términos monetarios los riesgos provenientes de un uso indeseado del territorio, o cómo definir quién debe recibir la compensación (¿los propietarios?, ¿los residentes?, ¿la propia comunidad?).[68]

El *modelo de las preferencias comunitarias*[69] impugna el modelo de la división equitativa sosteniendo que la igualdad material no es un criterio adecuado cuando existen diferencias significativas. Una de tales diferencias sería el de las preferencias de las comunidades respecto a los usos del territorio comunmente considerados indeseados. Es decir, el criterio de equidad de acuerdo con este modelo consistiría en velar porque las prefe-

---

[63] Ibid.

[64] Kaswan, A., ob.cit. (nº33), p. 1068.

[65] Un ejemplo nacional de este enfoque se encuentra en la propuesta de ley planteada en el año 2009 por el entonces Ministro de Energía Marcelo Tokman, consistente en establecer la obligación a las empresas de compensar a las comunidades locales por la instalación de proyectos energéticos en su territorio.

http://www.elciudadano.cl/2009/01/20/5600/ecologistas-aseguran-que-ley-tokman-%E2%80%9Cinstitucionaliza-la-corrupcion-y-la-compra-de-voluntades%E2%80%9D/ (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[66] Been, V., ob.cit. (nº62), p. 1040.

[67] Ver por ejemplo: Been, V., ob.cit. (nº62), pp. 1040-1042 y Gerrard, M., "Fear and Loathing in the Siting of Hazardous and Radioactive Waste Facilities: A Comprehensive Approach to a Misperceived Crisis", en *Tulane Law Review*, Volumen 68 Nº5, Mayo 1994, pp. 1153-1156.

[68] Been, V., ob.cit. (nº62), p. 1040.

[69] Para una explicación detallada de este modelo ver Blais, L.E. "Environmental Racism Reconsidered", *North Carolina Law Review,* Volumen 75 (1996), pp. 75-151.

rencias de las comunidades se cumplan equitativamente. Por lo tanto, donde haya una preferencia distinta debe haber una división física diferente. De esta manera, una distribución desproporcionada no sería necesariamente injusta. Si las comunidades valoran de manera diferente el uso del territorio entonces el modelo de justicia distributiva debe velar porque las preferencias de las comunidades sean consideradas equitativamente.

Este modelo se basa en la teoría económica neoclásica que asume que los individuos tienen preferencias particulares respecto de todos los aspectos claves de la vida y que son capaces de actuar racionalmente para la búsqueda de la satisfacción de esas preferencias.[70] El mercado sería el mecanismo mediante el cual los individuos y otros actores elegirían, de acuerdo con sus preferencias, lo que quieren hacer y dónde quieren estar. De esta manera se maximiza el bienestar individual y, como consecuencia, también se maximiza el bienestar social en general. Las preferencias, de acuerdo con esta teoría, se medirían mediante la disponibilidad a pagar por un determinado bien o servicio. Sin embargo, como crítica a esta posición se puede afirmar que la disponibilidad a pagar depende de la capacidad para pagar, de manera que las preferencias en el mercado estarán determinadas por los patrones actuales de distribución de la riqueza. Sería ingenuo, sostiene Blais, pensar que las preferencias son autónomas o independientes. Este modelo, por lo tanto, exige que existan ciertas restricciones al mercado que provengan del Estado, tales como impuestos, subsidios, regulaciones, prohibiciones, que directa o indirectamente afecten la asignación y distribución de ciertos bienes y servicios por el mercado.[71]

Es en este contexto que se sitúa la aplicación del modelo de las preferencias comunitarias en materia de usos indeseados del territorio. Es decir, este modelo sostiene que el proceso de ordenamiento territorial constituye un mercado, que distribuye eficientemente los usos indeseados del territorio.[72]

Para efectos de comprender mejor la dimensión distributiva de la Justicia Ambiental y, en particular, la equidad geográfica, vale la pena referirse a casos concretos. Tal como

---

[70] Ibid.

[71] Cabe señalar que estas restricciones son, a su vez, adoptadas a través de procesos políticos, los que también pueden analizarse desde diversas perspectivas. Una de ellas es la *"public choice theory"* que analiza el proceso de la misma manera que funciona el mercado, esto es, sostiene que el gobierno es simplemente un mecanismo que permite llevar las preferencias privadas a una decisión social. Es decir, los participantes del proceso político estarían también motivados por un interés personal o individual. Hay, sin embargo, quienes rechazan esta teoría sosteniendo que el proceso político constituye un foro de deliberación pública, una esfera diferente donde los ciudadanos se sitúan más allá de sus intereses privados e individuales para conformar un proyecto común de interés público. Al respecto ver: Ginsburg, T., "Ways of Criticizing Public Choice: The Uses of Empiricism and Theory in Legal Scholarship", en *University of Illinois Law Review,* 2002, pp. 1139-1166.

[72] Se debe tener presente que respecto de este modelo de las preferencias también se formulan las mismas críticas de las que es objeto el modelo anterior, en términos de la dificultad de probar las preferencias comunitarias.

en Estados Unidos, en Chile existe una larga historia de casos de injusticia ambiental en materia de usos indeseados del territorio. Algunos ejemplos nacionales que se pueden mencionar son: la construcción de autopistas urbanas en Santiago;[73] la localización de vertederos y plantas de tratamiento de aguas servidas en la región de La Araucanía;[74] la ubicación de las plantas de la industria salmonera en la región de Los Lagos;[75] la zona de la región de Valparaíso correspondiente al complejo industrial de Ventanas y Puchuncaví;[76] o la concentración de fuentes contaminantes en la localidad de Rinconada de Maipú de la Región Metropolitana.[77] Todos estos casos reflejan de una u otra manera una distribución inequitativa de las cargas ambientales dentro de la sociedad. Muchos de estos casos han dado lugar a protestas ciudadanas. Sin embargo, estos ejemplos no han llegado a constituir un movimiento social articulado bajo la idea de una Justicia Ambiental como ha ocurrido en Estados Unidos.

Cabe señalar, por último, que en lo que se refiere a la regulación del ordenamiento territorial en Chile, Eduardo Cordero ha analizado específicamente su relación con la idea de Justicia Ambiental.[78] El autor sostiene que tanto el ordenamiento territorial, cuyos objetivos son la cohesión social y la calidad de vida, como la Justicia Ambiental, que se

---

[73] Ver Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006*. *Capítulo de Medio Ambiente* (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, Santiago, 2007), pp. 206-209. La construcción de autopistas urbanas en Santiago se propuso como una solución para disminuir la congestión vehicular y mejorar la calidad de vida de los habitantes de la ciudad. Sin embargo, estas obras han causado impactos socioeconómicos y ambientales en las comunidades aledañas a las autopistas, que han debido soportar los costos de esta iniciativa.

[74] Ver Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Hechos 2007*. *Capítulo de Medio Ambiente* (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, Santiago, 2008), pp. 521-528. En la Novena Región se han generado importantes conflictos por la ubicación de basurales y plantas de tratamiento de aguas servidas que se han instalado al interior o de manera aledaña a comunidades mapuches, y que benefician a comunas de toda la región.

[75] Ibid, pp. 528-534. Los diferentes proyectos que la industria salmonera ha desarrollado en la Décima Región han afectado, con particular fuerza, a ciertas comunidades huilliche ya que se han instalado a escasos metros de sus casas generando diversos impactos sociales y ambientales.

[76] Sobre este caso de concentración de industrias y centrales termoeléctricas en una zona, ver las publicaciones contenidas en Sabatini, F. y Sepúlveda, C. (Eds), *Conflictos Ambientales. Entre la Globalización y la Sociedad Civil* (Publicaciones CIPMA, 1997) pp. 107-140; 141-156; y 195-218. Sobre la relación de este caso específicamente con la Justicia Ambiental ver Fundación Terram, "Bahía de Quintero: Zona de sacrificio. Un aporte desde la Justicia Ambiental", *Serie APP* Nº53, 2012, disponible en: http://www.terram.cl/images/app/app53_quintero_justiciambiental_cf.pdf (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014) y Hervé, D., Schonsteiner, J. et al., "Empresa, Medio Ambiente y Derechos Humanos: la zona industrial de Quintero-Puchuncaví", en *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2012*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales (Ediciones UDP, Santiago, 2012), pp. 131-161.

[77] Ver Universidad Diego portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010. Hechos 2009. Capítulo de Medio Ambiente* (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, Santiago, 2010), pp. 355-379. Esta localidad se ha visto impactada por una serie de actividades desarrolladas en su territorio, incluyendo un relleno sanitario y plantas de tratamiento de aguas servidas, que benefician a toda la Región Metropolitana.

[78] Cordero, E., "Ordenamiento Territorial, Justicia Ambiental y Zonas Costeras", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVI, 2011, pp. 239-244.

basa en la igualdad de trato, la participación y el acceso a la información, encuentran sustento en el ordenamiento jurídico nacional. En efecto, ambas instituciones tendrían un reconocimiento jurídico en Chile, en particular en la CPR y en algunas leyes sectoriales. Sin embargo, la realidad no daría cuenta de dicho reconocimiento por lo que se deduciría que la causa de las situaciones de injusticia ambiental en Chile tendrían su origen en un problema de eficacia de las normas jurídicas en esta materia. Las razones de tal ineficacia, según Cordero, estarían dadas por factores tales como la existencia de situaciones o problemas heredados (que lleva a la discusión de los derechos adquiridos y la seguridad jurídica); la existencia de una marcada visión legal-administrativista al momento de evaluar ambientalmente un proyecto (lo que impide una apreciación global de la iniciativa en cuestión); y, sobre todo, la ausencia de la consideración del orden material de valores consagrados en la Constitución, por parte de los órganos del Estado, al momento de adoptar una política pública, aprobar una norma, o sancionar ambientalmente un proyecto.

En fin, resulta interesante que la mayor parte de la literatura norteamericana (y de la escasa literatura existente en Chile) analiza la dimensión distributiva de la Justicia Ambiental desde la perspectiva del ordenamiento territorial. Sin embargo, existen una serie de otras materias respecto de las cuales también se puede aplicar la idea de Justicia Ambiental distributiva.[79] Tal como lo ha dicho el Profesor Lazarus, "la Justicia Ambiental no se trata solamente de zonificación, sino que se trata de distribución".[80]

3.2. La Justicia Ambiental como justicia política

Una segunda dimensión de la Justicia Ambiental dice relación con la justicia participativa. Shrader-Frechette distingue precisamente entre justicia distributiva y participativa dentro del concepto de Justicia Ambiental. Para esta autora, la justicia participativa comprende un sistema que promueva un debate público racional, un financiamiento adecuado para los actores involucrados, la existencia de expertos alternativos y, lo más importante, normas que garanticen a los ciudadanos y actores ambientales una voz igualitaria a la de los expertos en la adopción de decisiones ambientales y los derechos a consentir, al debido proceso y a la compensación.[81] Esta dimensión de la Justicia Am-

---

[79] Un buen ejemplo puede ser el de la "fiscalización ambiental" (*enforcement*). En efecto, el derecho ambiental requiere de mecanismos de fiscalización que la autoridad debe aplicar para lograr su cumplimiento. Sin embargo, es imposible fiscalizar el total de la comunidad regulada, por lo que se deben establecer prioridades, donde sin dudas se pueden aplicar criterios distributivos de Justicia Ambiental. Ver Kuehn, R., "Remedying the Unequal Enforcement of Environmental Laws", en *St. John's Journal of Legal Commentary*, Volumen 9, 1993-1994, pp. 625-668.

[80] Lazarus, R., "Distribution in Environmental Justice: Is there a Middle Ground?", en *St. John's Journal of Legal Commentary*, Volumen 9, 1993-1994, p.3. *"Environmental Justice is not only about siting, it is about distribution"*.

[81] Shrader-Frechette, K., ob.cit. (nº16), pp. 28-29.

biental pone énfasis en el proceso, en el tratamiento justo hacia todas las personas, incluyendo especialmente a las comunidades más vulnerables de la sociedad.[82]

Ronald Dworkin, al analizar los supuestos de la Teoría de la Justicia de Rawls, sostiene que la base de dichos supuestos está dada por el derecho de todas las personas a ser tratadas como un igual. Es decir, no se trata del derecho a una igual distribución de un determinado bien u oportunidad sino que a un igual respeto en la decisión política respecto a cómo serán distribuidos estos bienes y oportunidades.[83] En efecto, Dworkin llega a la conclusión que el aspecto fundamental de una teoría de la justicia, que permite justificar la posición original de Rawls,[84] es la existencia de un derecho anterior y fundamental, que consiste en el derecho a la igualdad. "La justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia."[85]

Es precisamente el derecho a la igualdad el que fundamenta esta dimensión de la Justicia Ambiental, a la que se le denominará justicia política, siguiendo la distinción que hace Kaswan quien identifica junto a la dimensión distributiva de la Justicia Ambiental, una dimensión política que incluye la participativa.[86] Se prefiere esta denominación dado que parece más amplia que la de justicia participativa o procedimental y permite enfatizar que la Justicia Ambiental no puede lograrse solamente en términos distributivos, ya que en ese caso se estaría considerando exclusivamente el resultado y no el proceso de adopción de decisiones que incorpora una dimensión política e institucional.

Esta segunda dimensión de la Justicia Ambiental sostiene, por lo tanto, que la injusticia no se debe analizar sólo en razón de sus consecuencias, sino que debe también considerar sus causas, es decir, el origen de la injusticia. En efecto, de acuerdo con quienes promueven esta dimensión de la Justicia Ambiental sería la propia estructura de la sociedad la que permitiría que se produzca una distribución inequitativa de las cargas y beneficios ambientales. Así, la desproporción en las cargas ambientales constituiría en realidad el efecto, el resultado, y no la causa de la injusticia ambiental, la que se manifestaría de distintas maneras y no solamente desde la perspectiva del uso indeseado del territorio,

---

[82] Boone, C., ob.cit. (nº7), p. 150. "Environmental justice, then, must seek just distribution justly achieved".

[83] Dworkin, R., *Los Derechos en Serio* (Editorial Ariel, Barcelona, 2010), pp. 234-275.

[84] En su Teoría de la Justicia, Rawls alude a una posición original en que se encontrarían las personas al suscribir un contrato hipotético, posición en la que se respetaría su carácter de seres humanos libres e iguales. Este contrato tendría por objeto el establecimiento de ciertos principios básicos de justicia, que se aplican a la estructura básica de la sociedad.

[85] Dworkin, R., ob.cit. (nº83), p. 274.

[86] Kaswan, A., "Environmental Justice: Bridging the Gap between Environmental Laws and Justice", en *American University Law Review*, Volumen 47, 1997-1998, pp. 230-243.

o de la inequitativa distribución de los riesgos ambientales. De esta manera, algunos autores sostienen que en el análisis de la injusticia ambiental se debe incorporar el análisis de la ausencia de oportunidades o participación política y de reconocimiento de los que la sufren, elementos que de existir les permitirían desafiar los mecanismos estructurales de decisión establecidos por la sociedad.[87] Dichos elementos, continúan, son necesarios para asegurar la existencia de instituciones y procedimientos que garanticen a todas las personas la igualdad de oportunidades en la toma de decisiones. De otra forma, las víctimas de la desigualdad de oportunidades tienen mayores probabilidades de experimentar explotación, marginalización, impotencia y violencia.[88]

Bullard se refiere a esta dimensión al definir la equidad procedimental señalando que consiste en "la medida en que los criterios de evaluación, las normas, las regulaciones y su fiscalización, se aplican de manera uniforme y no discriminatoria. En este caso, la desigual protección ambiental resulta de decisiones no científicas y antidemocráticas relacionadas con prácticas excluyentes, con audiencias públicas realizadas en lugares remotos y en momentos inconvenientes, y con el uso del inglés como único idioma para comunicarse y realizar audiencias respecto a comunidades que no hablan inglés".[89] Cabe señalar que esta dimensión de la Justicia Ambiental se relaciona directamente con el principio de la confianza legítima en el procedimiento administrativo. En efecto, Jorge Bermúdez sostiene que la protección de la confianza legítima implica una "garantía en el ámbito público consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste".[90]

De acuerdo con Eileen Gauna esta dimensión política se manifiesta claramente en la adopción de decisiones en materia de localización de usos indeseados del territorio ya que, por regla general, no incorpora la participación real de las comunidades que sufren la mayor cantidad de riesgos ambientales.[91] Así, la autora distingue tres modelos administrativos de adopción de decisiones que permiten evaluar la dimensión participativa de la Justicia Ambiental:[92]

---

[87] Tales elementos (la participación política y el reconocimiento) serán analizados en las secciones 4.1.2 y 4.1.3 de este capítulo.

[88] Shrader-Frechette, K., ob.cit. (nº16), p. 28.

[89] Bullard, R., "Leveling the Playing Field…", ob.cit. (nº50), p. 457. Traducción propia de: "*Procedural equity refers to the fairness question: the extent to which governing rules, regulations, evaluation criteria, and enforcement are applied uniformly and in a nondiscriminatory way. Unequal protection results from nonscientific and undemocratic decisions pertaining to exclusionary practices, public hearings held in remote locations and at inconvenient times, and the use of English as the only language to communicate and conduct hearings for non-English speaking communities*".

[90] Bermúdez, J. *Derecho Administrativo General* (Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Segunda Edición Actualizada, 2011), p. 89.

[91] Gauna, E., "The Environmental Justice Misfit: Public Participation and the Paradigm Paradox", *Stanford Environmental Law Journal*, Volumen 17, Nº3, pp. 3-72.

[92] Ibid, pp. 17-53.

El *sistema administrativo tradicional basado en el ideal de la experticia.* De acuerdo con este modelo el proceso de adopción de decisiones no requeriría de insumos del público. Las agencias públicas son las que deben adoptar las decisiones de acuerdo con el mandato legislativo, y en caso que éste no sea lo suficientemente claro, deben hacerlo basadas en su conocimiento especializado. Este modelo, sin embargo, ha sido objeto de críticas debido al ejercicio por parte de la autoridad de una discrecionalidad administrativa débilmente limitada, que podría vulnerar los derechos individuales y la propiedad de la comunidad regulada.[93] Las críticas a este sistema son las que habrían permitido el desarrollo de la tendencia jurisprudencial consistente en la revisión intensa de las decisiones de la administración por parte de los tribunales de justicia[94] y, por otro lado, la apertura a la participación pública en la toma de decisiones. Esta pugna entre la discrecionalidad administrativa y el control judicial refleja la tensión que existe entre las llamadas "decisiones técnicas" de la administración y la garantía de los derechos fundamentales, asunto altamente debatido por años y que se ha manifestado en nuestro sistema jurídico específicamente en los recursos de protección que se han interpuesto en contra de las decisiones de la autoridad ambiental en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.[95]

El sistema administrativo moderno basado en el ideal del pluralismo. Según este modelo, no solamente deben protegerse los intereses privados frente a un exceso de regulación, sino que también se debe proteger al público de una regulación inadecuada. Es decir, se deben incorporar otros intereses más allá de la libertad y propiedad de la comunidad regulada, puesto que de lo contrario existiría una cooptación de la agencia pública por el sector industrial. Se pasa de un modelo de representación bipolar a uno multipolar, donde la decisión pública constituye en realidad un proceso político. La experticia sigue siendo importante, pero es todavía más importante la representación de los diferentes intereses en juego. Es de acuerdo con este sistema que los tribunales han extendido la legitimación activa y la participación. Según Gauna, este modelo busca que las preferencias de los participantes –que se fundan en el interés personal– se encuentran en un pie de igualdad. Es decir, se describe este sistema como una conjunción de intereses privados que en vez de competir en el mercado, utilizan el proceso político para influenciar la decisión final. Lo relevante es que la agencia pública ambiental en este caso debe mantener una imparcialidad o neutralidad que la convierte más bien en un mediador de

---

[93] En EE.UU. las críticas en materia ambiental han apuntado fundamentalmente a los riesgos a los que se pueden ver enfrentados los intereses privados frente al actuar de la Administración Pública.

[94] Esta tendencia jurisprudencial es conocida en EE.UU. como *hard look* o revisión judicial rigurosa, que sostiene que los tribunales tienen la obligación de asegurar que las agencias administrativas cumplan con su responsabilidad y no se conviertan en aliadas de intereses ajenos a la Administración. Ver Fiol Matta, L. "De regreso al futuro: El *hard look* y la "nueva" revisión judicial rigurosa en casos ambientales", en *Revista Jurídica,* Universidad de Puerto Rico, 2003, Volumen 72, pp. 71-92.

[95] Ver, por ejemplo: Cordero, L., "Entre la Deferencia, los Estándares de Control Judicial y los Procedimientos Administrativos. Comentarios a las sentencias sobre el caso Celco", en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile 2005, Volumen 67, pp. 443-453.

preferencias antes que en una autoridad encargada de proteger el medio ambiente. Este sistema se ve reflejado de alguna manera en nuestra Ley de Bases del Procedimiento Administrativo (LBPA, Ley Nº19.880 de 2003, modificada el 2008) que significó un cambio en la forma de actuación interna de la Administración Pública, desterrando la informalidad e incorporando la figura de los interesados en el procedimiento administrativo, que pueden intervenir formalmente en el mismo.[96]

El sistema administrativo propuesto por el ideal del republicanismo cívico moderno. Este sistema es propuesto en oposición al ideal del pluralismo, dado que postula la existencia de una "virtud cívica" y de la necesidad de una deliberación libre de distorsiones y con igualdad política para lograr adoptar decisiones en torno al bien común. Critica el ideal del pluralismo en la medida que iguala o identifica el interés público con una suma de preferencias agregadas, las que se encuentran influenciadas por el interés individual. Esta distorsión en las preferencias impide un proceso deliberativo real. Para esta visión, el interés público es una expresión del bien común que se basa en valores que los individuos persiguen no como tales, sino que como comunidad. Este bien común sería el resultado de un proceso deliberativo, que tendría una superioridad intrínseca al resultado consistente en un cúmulo de preferencias agregadas. En realidad, el producto logrado por este sistema sería un bien común universal que es sustantivamente superior al resultado obtenido en los modelos anteriores.

Sin embargo, Gauna sostiene que la dimensión política de la Justicia Ambiental no calza con ninguno de estos modelos de adopción de decisiones. En efecto, respecto del ideal de la experticia sostiene que es imposible pensar que se trate de un sistema que sea impermeable a los valores, lo que significa que las autoridades públicas finalmente se verán influenciados por algún interés. Además, las preguntas que hace la Justicia Ambiental no son científicas sino que son, sobre todo, políticas, por lo que no tendrían lugar en un modelo como este. En cuanto al ideal de pluralismo sostiene que finalmente las preferencias se determinan de acuerdo con el poder relativo de los sujetos que los representan, lo que genera distorsiones en la adopción de decisiones. A pesar que existirían mecanismos que permitirían corregir estas influencias desproporcionadas, no serían capaces de corregir el sistema en sí mismo. Por otro lado, la Justicia Ambiental plantea más bien aspectos y preguntas éticas antes que económicas, las que un enfoque pluralista no podría avaluar correctamente –¿cómo se mide el valor de la Justicia Ambiental?–. Por último, el ideal del republicanismo cívico moderno, aun cuando pareciera más apropiado para incorporar y responder las preguntas de la Justicia Ambiental, también adolecería de problemas, como por ejemplo llegar a determinar cuál es el bien común en el problema ambiental. Claramente la deliberación de este tema estará cruzada por intereses económicos, intereses ambientalistas, conservacionistas, de desarrollo, que pueden llegar a ser intereses incompatibles. El sistema en cuestión no propone me-

[96] Ver Bermúdez, J., ob.cit. (nº90), pp. 145-192.

canismos para valorar los intereses que compiten entre sí, lo que implicaría volver a un sistema que persigue un ideal pluralista.

De esta manera, lo que plantea esta autora es que las agencias públicas ambientales deben resistirse a adherir ciegamente a uno de estos sistemas. Lo que deben hacer, más bien, es adoptar un sistema híbrido que les permita superar los problemas que plantea cada uno.[97]

Finalmente, resulta interesante terminar el análisis de la dimensión política de la Justicia Ambiental refiriéndose a la propuesta que hacen Iris Marion Young y Christian Hunold en torno al modelo de una democracia "comunicativa" para la adopción de decisiones en materia de usos indeseados del territorio.[98] Estos autores postulan que la Justicia Ambiental exige mucho más que la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales.[99] En efecto, identifican la necesidad de que exista también un proceso democrático participativo y comunicativo. En particular respecto de la localización de usos indeseados del territorio, argumentan que este proceso haría más justa la decisión final en dos aspectos: en primer lugar, sería injusto imponer un riesgo sobre ciertos ciudadanos sin que hayan participado en el proceso de localización; y, en segundo lugar, cuando estos procesos se estructuran sobre normas específicas de inclusión y discusión, es más probable que el resultado sea más justo.[100] Un enfoque meramente distributivo, no cuestiona las estructuras institucionales sino que simplemente busca incorporar principios y reglas distributivas en ellos, tampoco permite discutir respecto a quién tiene la autoridad para decidir la localización, o si existen alternativas que permitan evitar el uso indeseado. Es por ello que, sostienen, para resolver asuntos de justicia distributiva en relación con la localización de usos indeseados del territorio, se requiere situarlos en un contexto más amplio de justicia y democracia y exigen un proceso democrático de adopción de decisiones.[101] Se preocupan de aclarar que ellos se refieren a un sistema democrático deliberativo al que, sin embargo, prefieren llamar comunicativo. De acuerdo con este modelo de democracia se trata de un proceso en que los ciudadanos discuten

---

[97] Gauna, E., ob.cit. (nº91), p. 52. *A better approach would be for government agencies to resist the allure of paradigmatic foundations. Agencies could attempt to steer a hybrid course, selectively resisting the demanding empiricism of the expertise approach, the self interested utility maximizing of pluralism and the assumption of universality of neorepublicanism. Paradoxically, this non-foundational approach, partially postmodern in flavor, could itself be termed a paradigm. This is not to suggest that these models are useless, nor is it to reject completely the regulatory ideals associated with each approach. It is to suggest a healthy skepticism toward the foundational beliefs and a self-conscious contemplation of the limits of the paradigm under which the agency is operating.*

[98] Hunold, C. & Young, I.M., "Justice, Democracy and Hazardous Siting", *Political Studies,* Volumen XLVI, 1998, pp. 82-95.

[99] Ibid, p. 85. *Limiting moral inquiry to issues of distribution, we argue, fails to raise issues of decision-making power and authority as issues of justice*.

[100] Ibid, p. 83.

[101] Ibid, p. 86.

un problema en conjunto y buscan persuadir al otro respecto a que sus posiciones son las mejores, en el sentido de que son las más justas, efectivas y menos costosas. En un sistema como este, los participantes no pueden presionar por sus propios intereses en contra de los demás, puesto que deben dar razones para que los demás acepten sus propuestas. A través de este sistema, los ciudadanos van modificando su entendimiento del problema en la medida que deben considerar las necesidades e intereses de los otros y además pueden obtener información que cambie sus percepciones del problema y de las posibles soluciones.

Este modelo democrático que se postula debe reunir tanto condiciones procedimentales como sustantivas. Las condiciones procedimentales son reglas y procedimientos para la adopción de decisiones que promueven el establecimiento de condiciones igualitarias de participación. Hunold y Young proponen y analizan cinco condiciones procedimentales que deben considerarse esenciales para que exista Justicia Ambiental participativa, las que son: inclusión, consulta a lo largo del tiempo, igualdad de recursos y acceso a la información, autoridad compartida para la adopción de decisiones, y decisiones obligatorias.[102] Las condiciones sustantivas, por su parte, son aquéllas que definen qué cuestiones son las que deben preguntarse en el proceso de adopción de decisiones, y que deben ir más allá de cuestiones puramente técnicas sobre seguridad o eficiencia. Proponen las siguientes cuatro condiciones:[103] la revisión de una macro zona para determinar la localización, de manera que el proceso de decisión permita incorporar distintas visiones e intereses y, por lo tanto, constituya realmente una elección y no una simple aceptación de un lugar ya previamente establecido donde solamente sea posible mejorar las condiciones del lugar o disminuir los impactos que se pueden generar; la revisión de la naturaleza de la instalación, en términos de su tamaño, de sus estándares de seguridad, y de su objetivo –de esta manera son los titulares de las instalaciones los que deben adaptarlas a las exigencias planteadas en el proceso participativo y no al revés, como sucede generalmente–; la consideración de métodos alternativos, tales como por ejemplo, la disminución de residuos o el reciclaje, en caso que se trate de un relleno sanitario; y, por último, el objetivo de la equidad en el resultado debe ser también una condición sustantiva del proceso de adopción de decisiones, esto es, junto con buscar la solución más segura y más eficiente, se debe buscar de la misma manera la solución más equitativa.

En la doctrina nacional, Jorge Bermúdez enfatiza un aspecto de la justicia política que a su juicio es una condición previa esencial para alcanzar la Justicia Ambiental: el acceso a la información ambiental.[104] En efecto, señala que "mientras mayor sea la información ambiental los ciudadanos estarán en una mejor posición para participar o exigir la dis-

[102] Ibid, p. 88-91.

[103] Ibid, p. 91-93.

[104] Bermúdez, J., "Acceso a la Información Pública y Justicia Ambiental. Interrelaciones de dos instituciones de Derecho Administrativo Ambiental", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXIV, 2010, pp. 571-596.

tribución que creen justa de los servicios que el medio ambiente otorga y para evitar las cargas que consideran inequitativas".[105] Según este autor, la sociedad actual se encuentra en un estado de "ignorancia y desaprensión ambiental"[106], que podría ser superado si se cuenta con la suficiente información respecto de aquello que afecta cada día a las personas en su calidad y expectativas de vida.

Un ejemplo paradigmático de ausencia de la dimensión política de la Justicia Ambiental en Chile, fue la decisión de la autoridad nacional de aprobar la construcción de las represas Pangue y Ralco del Alto Bío-Bío donde habitaban comunidades Pehuenche.[107] Esta decisión fue adoptada sin la debida participación ni acceso a la información por parte de este pueblo indígena. En particular el caso de la Central Pangue tuvo especial repercusión a nivel internacional en cuanto a (in)justicia participativa, debido a que se sostuvo que un informe elaborado por un antropólogo norteamericano para ENDESA, que daba cuenta de los impactos que sufriría el pueblo Pehuenche por la construcción de estas centrales, habría sido retenido por la empresa sin ponerlo a disposición de los indígenas. Lo anterior, junto con otras negociaciones que se habrían acordado entre la empresa y el gobierno, sin ponerlas en conocimiento de los directamente afectados, generó la interposición de una denuncia ante el Panel de Inspección del Banco Mundial por parte de ONGs chilenas, debido al financiamiento y apoyo que la corporación financiera internacional habría prestado al proyecto.[108]

3.3. La Justicia Ambiental como justicia correctiva

La justicia correctiva, de acuerdo con Aristóteles, dice relación con la obligación de quien generó un daño, de compensar a la víctima. Por lo tanto, la justicia correctiva trata a las partes como iguales, y busca reparar a la víctima a la condición en que se encontraba antes de ocurrir el acto injusto y el daño.[109]

De acuerdo con Kuehn, la idea de Justicia Ambiental incluye una dimensión correctiva muy importante.[110] De hecho, varios de los principios de Justicia Ambiental incluidos en la Declaración de 1991 elaborada por la "Primera Cumbre de Líderes Ambientales de Personas de Color" se refieren precisamente a que los productores de sustancias y

---

[105] Ibid, p. 590.

[106] Por "desaprensión ambiental" alude al desconocimiento en el que se vive actualmente respecto a la importancia, funcionamiento y composición del medio ambiente natural y por "ignorancia ambiental", al desconocimiento del estado ambiental del lugar en que se habita. Ibid, p. 574.

[107] Ver Universidad Diego Portales, *Informe Anual de Derechos Humanos 2007. Hechos 2006. Capítulo de Medio Ambiente* …ob.cit. (nº73), pp. 191-193.

[108] Gracer, J., "Protecting Citizens of Other Countries", en Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008), p. 782.

[109] Aristóteles, ob.cit. (nº52), p. 75.

[110] Kuehn, R., "A Taxonomy of Environmental Justice…", ob.cit. (nº41), pp. 10693-10694.

residuos peligrosos deben ser objetivamente responsables respecto de los daños que ocasionen y, por lo tanto, deben otorgar compensación plena a las víctimas.[111] Es decir, al exigir plena compensación e imponer la carga de la prueba en aquellos que contaminan se adhiere a una dimensión de justicia correctiva. Bullard también participa de esta idea al enunciar cuáles son a su juicio los principios que constituyen el marco teórico de la Justicia Ambiental, refiriéndose expresamente a que la carga de la prueba debe recaer sobre los contaminadores.[112] Es decir, son ellos los que deben probar que su actividad no es dañina para la salud humana, que no impactará desproporcionadamente a minorías raciales o étnicas, y que no es discriminatoria.

De esta manera, la dimensión correctiva que aquí se expone de la Justicia Ambiental, no adhiere completamente a lo señalado por Aristóteles, en la medida que la primera no exige falta ni culpa para generar responsabilidad y la obligación de reparar.[113]

De lo anterior se puede concluir que al incorporar la justicia correctiva a la Justicia Ambiental, se va más allá de la tan analizada dimensión distributiva que exige a la Administración Pública un determinado actuar. Aquí, en cambio, se alude sobre todo a la conducta de los actores privados que pueden ocasionar daño a individuos o comunidades, pero que no se encuentran necesariamente sujetos a alguna medida que el Estado pueda controlar. Por ejemplo, la acción de responsabilidad por daño ambiental de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA, Ley Nº19.300 de 1994, modificada el 2010) chilena no involucra necesariamente a agentes del Estado. Es decir, el daño lo pueden sufrir o soportar comunidades vulnerables aun cuando en el proceso de adopción de decisiones ambientales se hayan cumplido con criterios de equidad en la distribución de las cargas ambientales.

En Chile existen diversos casos de injusticia ambiental que pueden ser analizados desde una dimensión correctiva. Un claro ejemplo es el caso de la contaminación por plomo en Arica, derivado del acopio de residuos tóxicos a la intemperie, por un periodo de tiempo

---

[111] Principio Nº 6: *Environmental justice demands the cessation of the production of all toxins, hazardous wastes, and radioactive materials, and that all past and current producers be held strictly accountable to the people for detoxification and the containment at the point of production.*

Principio Nº 9: *Environmental justice protects the right of victims of environmental injustice to receive full compensation and reparations for damages as well as quality health care.*

[112] Bullard, R., "Leveling the Playing Field…", ob.cit. (nº50), p. 455.

[113] La tendencia general del derecho comparado en materia de responsabilidad por daño ambiental es a ampliar los supuestos de responsabilidad objetiva como consecuencia de la introducción de riesgos en la sociedad industrial actual. Al respecto ver, por ejemplo, Martín Mateo, R., *Manual de Derecho Ambiental* (Editorial Aranzadi, España, 2003), pp. 66-67; y Esteve Pardo, J., *Derecho del Medio Ambiente* (Marcial Pons, Segunda Edición, 2008), pp. 93-109. Por el contrario, el sistema jurídico chileno de responsabilidad por el daño ambiental sigue basándose en un sistema subjetivo aunque con una cláusula general de presunción de culpa (artículo 52, LBGMA).

de casi 15 años y sin control sanitario alguno.[114] Dicha situación generó un importante daño al medio ambiente, pero sobre todo a la integridad física y síquica de las personas que allí habitaban. El caso se resolvió mediante una sentencia judicial que reconoció la existencia de un daño moral derivado del daño ambiental y que obligó al Servicio de Salud de Arica al pago de 8 millones de pesos por persona, a un total de 354 personas afectadas.

3.4. La Justicia Ambiental como justicia social

Esta dimensión incorpora a la Justicia Ambiental a una categoría más amplia de justicia que dice relación, en general, con las condiciones económicas y sociales que existen dentro de la sociedad. Este enfoque considera exclusivamente a la comunidad humana como destinataria de la justicia, a diferencia de la dimensión de justicia ecológica que incluye también a la comunidad no humana, según se verá más adelante.[115]

Para Kuehn, la justicia social es aquella dimensión de la justicia "que nos mueve a utilizar nuestros mejores esfuerzos para lograr un ordenamiento más justo de la sociedad, en el que las necesidades de las personas sean más plenamente satisfechas. Las demandas de justicia social se refieren a que, en primer lugar, los miembros de todas las clases sociales tengan suficiente poder y recursos para vivir como los seres humanos que son y, segundo, a que las clases privilegiadas, sean quienes sean, deban rendir cuentas a la sociedad en general, de la forma en que utilizan sus ventajas".[116]

Bullard denomina equidad social a esta dimensión de la Justicia Ambiental y sostiene que es aquella que "evalúa el papel de los factores sociológicos como la raza, la etnia, la clase social, la cultura, los estilos de vida, y el poder político en la toma de decisiones ambientales. Por ejemplo, la gente pobre y las personas de color a menudo laboran en los trabajos más peligrosos, viven en los barrios más contaminados, y sus hijos están expuestos a más contaminación ambiental en sus hogares y en los lugares donde se desenvuelven."[117]

Para Kaswan, esta dimensión engloba las de justicia distributiva y justicia política, que son las categorías básicas de la Justicia Ambiental. Sin embargo, para ella, el marco teó-

---

[114] Hervé, D., & Pizarro, C., "La Responsabilidad Civil derivada del Daño Ambiental. Notas sobre el caso del plomo en Arica", en *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental*, Año 1, Nº1, Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), Santiago, 2009, pp. 269-278.

[115] Sección 3.5 de este capítulo.

[116] Kuehn, R., "A Taxonomy of Environmental Justice….", ob.cit. (nº41), p. 10698.

[117] Bullard, R., "Leveling the Playing Field…", ob.cit. (nº50), p. 458. Traducción propia de: "S*ocial equity assesses the role of sociological factors such as race, ethnicity, class, culture, life styles, and political power on environmental decision-making. Poor people and people of color often work in the most dangerous jobs, live in the most polluted neighbourhoods, and their children are exposed to environmental toxins on playgrounds and in their homes.*"

rico de la justicia social permite a la Justicia Ambiental mirar más allá de los procesos de localización indeseada del territorio y de la red de fuerzas políticas, económicas y sociales que influyen en la distribución de tales usos (LULUs). La justicia social se centra en cuestiones más amplias tales como las desigualdades en la riqueza, las prácticas actuales e históricas de zonificación, las estructuras de decisión, la discriminación en la vivienda y la discriminación en el empleo. La dimensión de justicia social es útil porque indica un sentido amplio de justicia que combina elementos de justicia distributiva y política. Sin embargo, no representaría una categoría fundamentalmente diferente de la justicia.[118]

Los ejemplos clásicos de injusticia ambiental en su dimensión social dicen relación con la discriminación ambiental respecto de pueblos indígenas o comunidades de condiciones socioeconómicas vulnerables, que sufren desproporcionadamente tanto las cargas ambientales provenientes de actividades que benefician a toda la sociedad, como la limitación en el aprovechamiento de los beneficios ambientales provenientes de la naturaleza –los que son principalmente utilizados por sectores o grupos más poderosos–. Por ejemplo, la salmonicultura en el sur de Chile aprovecha los beneficios ecológicos que brindan los ríos, disminuyendo las posibilidades de los pueblos indígenas de la zona de aprovecharlos.[119]

3.5. La Justicia Ambiental como justicia ecológica

Algunos autores sostienen, en particular Bosselmann y Schlosberg, que la Justicia Ambiental debe ampliar su ámbito de aplicación de manera de incorporar dentro de su marco teórico la preocupación por el mundo natural no humano.[120] Para ellos, la inclusión de la preocupación por las relaciones de los seres humanos con el resto del mundo natural sería crucial para la elaboración de una teoría de la Justicia Ambiental que fuera más allá de la justicia social y que, por lo tanto, se hiciera cargo de la justicia con las comunidades ecológicas –integradas por seres humanos y seres de otras especies– además de las comunidades sociales. En efecto, según Bosselmann la justicia cumple un rol en ambos tipos de comunidades por lo que limitar la idea de Justicia Ambiental a los problemas distributivos dentro de la sociedad humana sería no reconocer que el ambiente natural también se ve afectado por la forma en que las cargas y beneficios ambientales se distribuyen.[121] Si sólo se tiene en consideracion el bienestar humano poco se logrará para corregir los desbalances ecológicos.[122] Por lo tanto, la Justicia Ambiental se debería

---

[118] Kaswan, A., "Distributive Justice and the Environment…", ob.cit. (nº33), p. 1047.

[119] Ver Parra, R., "Régimen Jurídico del Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios", en Bermúdez, J. & Hervé, D., ob.cit. (nº36), pp. 491-536.

[120] Bosselmann, K., "Justice and the Environment…", ob.cit. (nº1), pp. 35-37; Schlosberg, D., ob.cit. (nº1), pp. 3-9.

[121] Bosselmann, Ibid.

[122] Ibid, p. 31.

interpretar desde una perspectiva más comprensiva, que incluyera las responsabilidades y obligaciones de los seres humanos con el futuro y con el resto del mundo natural.

Este debate entre las dimensiones social y ecológica de la Justicia Ambiental tiene mucho en común y tiende a confundirse con aquél que se da entre el enfoque antropocéntrico y el ecocéntrico en la concepción del derecho ambiental.[123] Desde la perspectiva de la justicia ecológica, estos diferentes enfoques son esenciales puesto que ésta adhiere a un enfoque ecocéntrico, a diferencia de lo que ocurre con las dimensiones anteriormente analizadas de Justicia Ambiental.[124] En efecto, si se estudia la justicia ecológica desde la Teoría de la Justicia propuesta por Rawls,[125] la relación de los seres humanos con el mundo natural se debiera encontrar más cercano a lo que Rawls llamó razones públicas (*public reason arguments)* que constituyen los principios básicos que se consideran neutrales dentro de una sociedad.[126] Desde esta perspectiva, para los que promueven la dimensión ecológica de la Justicia Ambiental, la valoración de la naturaleza en sí misma sería una razón pública compartida por el conjunto de la sociedad, es decir, un bien público fundamental para la justicia. En cambio, para los antropocentristas, el tema de la Justicia Ambiental debe incorporarse dentro de lo que Rawls llama visiones comprehensivas (*comprehensive ideals)*, consistentes en posibles concepciones de lo que se entiende como bueno dentro de una sociedad y que compiten democráticamente.[127] Cabe señalar, que Rawls revisó en trabajos posteriores[128] algunos aspectos de su teoría de la justicia, en particular su visión de las razones públicas y de las visiones comprehensivas.

---

[123] La distinción entre un enfoque antropocéntrico y ecocéntrico en el derecho ambiental, deriva de dos visiones distintas respecto a la valorización de la naturaleza. Una de ellas es conocida como la ética ambiental antropocéntrica (o centrada en el ser humano) que, en resumen, sostiene que las diversas políticas y regulaciones ambientales deben ser juzgadas sobre la base de cómo afectan a los seres humanos y, por lo tanto, no considera el bienestar de otros seres vivos –sin embargo, cabe resaltar que una visión antropocéntrica moderna sí considera el bienestar de las futuras generaciones–. La visión contraria a la anterior consiste en una ética ambiental ecocéntrica –o más bien, no antropocéntrica– que en términos generales critica la consideración de la naturaleza como un mero recurso para satisfacer las necesidades humanas (esta visión comprende a su vez, distintas formas o tipos de ética ambiental). Numerosos autores han analizado este tema desde la perspectiva de la ética ambiental. Ver, por ejemplo: Stenmark, M., *Environmental Ethics and Policy Making* (Ashgate Publishing Limited, England, 2002), 161 pp.

[124] Bosselmann, K., "Ecological Justice and Law…", ob.cit. (nº1), p. 130.

[125] En su Teoría de la Justicia, John Rawls propone los principios básicos de justicia sobre los cuales se debe evaluar la estructura básica de la sociedad. Su teoría parte de una posición liberal, en que se considera primordial el valor de la autonomía de las personas. Por lo tanto, este autor sostiene que no hay una definición de lo que es "bueno" en una sociedad, sino que más bien lo que deben existir son reglas de justicia formal que las personas deben cumplir debido a que se comprometieron a ello (enfoque contractualista).

[126] Bosselmann, K., "Ecological Justice and Law…", ob.cit. (nº1), p. 134.

[127] Ibid, p. 133.

[128] La obra principal de Rawls que recoge la modificación a su original teoría de la justicia es *Liberalismo Político,* publicada en 1993. Ver Gargarella, R., *Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política* (Editorial Paidós Estado y Sociedad, España, 1999), pp. 191-210. Otras publicaciones que dan cuenta de esta revisión son: "Justice as Fairness: Political Not Metaphysical" (1985); "The Domain of the Political and Overlapping Consensus" (1989); y "The Idea of Public Reason Revisited" (1997), todos

Su objetivo fue enfatizar que en una sociedad moderna y justa existe diversidad moral o un "pluralismo razonable", lo que implica la existencia de doctrinas incompatibles entre sí, pero aún así razonables.[129] Postula la existencia de un "consenso superpuesto" que permitiría que estas distintas concepciones confluyan en ciertos acuerdos básicos.[130] Es decir, el consenso superpuesto aparece como una expresión de lo que Rawls denomina la razón pública compartida por el conjunto de la sociedad. Según Rawls, en la resolución de cuestiones constitucionales esenciales y cuestiones básicas de justicia no corresponde invocar razones que no sean razones públicas.[131]

De ahí que quienes proponen una dimensión ecológica de la Justicia Ambiental, concientes que su propuesta no es universal, buscan separarse de lo propuesto por la teoría liberal de la justicia. De esta manera, Bosselmann, adhiriendo a un enfoque ecocéntrico del derecho ambiental,[132] presenta como esencial a la idea de justicia ecológica el reconocimiento de tres principios:[133] los de justicia intrageneracional (dimensión social de la justicia ecológica); justicia intergeneracional (obligación de mantener la integridad ecológica en la medida que no sabemos qué necesitarán las futuras generaciones); y justicia inter-especies (preocupación por el mundo natural no humano).

El principio de *justicia intrageneracional,* se refiere a la distribución de las cargas y beneficios ambientales dentro de una sociedad y/o entre las distintas sociedades. El movimiento norteamericano de Justicia Ambiental ha apuntado precisamente a este tipo de justicia dentro de su país, lo que implica una dimensión social de la Justicia Ambiental. Si además se considera la distribución intrageneracional en términos internacionales, es decir, que las sociedades más ricas son las que usan y se benefician más del medio ambiente y los recursos naturales a expensas de las sociedades y países más pobres, entonces se plantea una escala global de la dimensión social de la Justicia Ambiental, que podría llamarse, de acuerdo con Bosselmann, justicia global.[134] Este principio, por lo tanto, comprende tanto la justicia dentro de una sociedad como la justicia global.

---

en Freeman, S. (Ed.) *John Rawls: Collected Papers* (Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, London, England, 1999), 656 pp.

[129] Gargarella, R., Ibid, p. 195.

[130] Ibid, pp. 196-197.

[131] Ibid, pp. 201-202.

[132] Cabe señalar que el derecho ambiental, por regla general, ha tenido un origen antropocéntrico (ver Bermúdez, J., *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, p. 34). Sin perjuicio de ello se pueden identificar diversas expresiones ecocéntricas en el derecho ambiental comparado. Un claro ejemplo de dicho enfoque se encuentra en la Constitución de Ecuador de 2008 que en su artículo 71 dispone: *La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.*

[133] Bosselmann, K., "Ecological Justice and Law…", ob.cit. (nº1), pp. 150-155.

[134] Bosselmann, K., "Justice and the Environment …", ob.cit. (nº1), p. 43. Ver también, en general todos los capítulos del libro de French, D. (Ed.), *Global Justice and Sustainable Development* (Martinus Nijhoff

Por su parte, el principio de *justicia intergeneracional*[135] alude ya no a la distribución del uso espacial del medio ambiente y los recursos naturales, sino que a la distribución temporal del mismo entre las generaciones de seres humanos. Esta perspectiva requiere, por lo tanto, ya no solo de un tope o una cuota en el uso de los recursos por parte de ciertas sociedades o grupos más ricos, sino que también de un tope en el uso que las generaciones pueden darle al medio ambiente. De acuerdo con Bosselmann este principio puede responder también a un enfoque ecocéntrico. En efecto, la justicia intergeneracional se podría interpretar no solamente respecto a la comunidad humana, sino que también incluyendo la esfera no humana o las comunidades ecológicas. Es decir, se puede extender el requisito de distribución equitativa en el tiempo entre las generaciones de especies y no solamente respecto de las generaciones humanas. La pregunta que plantea este enfoque es básicamente si las generaciones futuras pueden ser consideradas en términos ecocéntricos.

La discusión sobre la justicia intergeneracional, sin embargo, se ha dado tradicionalmente desde un enfoque antropocéntrico. Tres son las posibles miradas que han interpretado este principio según Bosselmann. La primera, la teoría liberal, considera que la justicia entre las generaciones es un acuerdo o un contrato, en que todas las generaciones se encontrarían en la posición original de Rawls y donde se insertaría como uno de los principios básicos del acuerdo, el principio del ahorro (*savings principle)* o principio que establece la obligación de preservar la naturaleza respecto de las futuras generaciones de seres humanos.[136] Esta es una mirada individualista de la justicia intergeneracional. Una segunda posibilidad, es considerar la distribución intergeneracional del medio ambiente desde un análisis costo-beneficio que se preocupa del bienestar general, por lo tanto difiere del enfoque individualista liberal. Desde este enfoque se busca medir los efectos futuros de las opciones presentes en términos monetarios, aplicando una tasa de descuento. Los problemas de este enfoque en materia ecológica son evidentes, ya que la valorización de la integridad ecológica en términos monetarios será siempre discutible. Por otro lado, el análisis costo-beneficio compara los valores de acuerdo con preferencias individuales, por lo que finalmente su mirada tampoco garantiza el bienestar general. Según Bosselmann, la única posibilidad de adoptar una perspectiva no antropocéntrica en relación con las generaciones futuras tiene como base la ética ambiental, que desarrolla la teoría del valor de la naturaleza en sí misma. Este enfoque de la justicia intergeneracional eventualmente convergiría con el tercer principio que postula Bosselmann.

Publishers, 2010, 416 pp.), donde se analiza precisamente el concepto de justicia global en relación con el medio ambiente.

[135] Bosselmann, K., "Justice and the Environment…", ob.cit. (nº1), pp. 44-49.

[136] Tal como se mencionó con anterioridad, Rawls alude a una posición original en que se encontrarían las personas al suscribir un contrato hipotético, posición en la que se respetaría su carácter de seres humanos libres e iguales. Este contrato tendría por objeto el establecimiento de ciertos principios básicos de justicia, que se aplican a la estructura básica de la sociedad.

Por último, el principio de *justicia inter-especies*[137] tiene como principal preocupación que las entidades naturales no sean consideradas como meros recursos para los seres humanos sino como seres con una significancia moral propia. Es este principio el que da una dimensión diferente a la Justicia Ambiental y se refiere a una de las preguntas más fundamentales de la filosofía consistente en determinar cuál es la libertad moral de acción que tienen los seres humanos en relación con la naturaleza. De aquí se deduce que si la respuesta es que esta libertad no es absoluta, se deben establecer cuáles son las restricciones. Las restricciones morales son precisamente el objeto de estudio de la ética y se traducen en una concepción determinada de la libertad individual. Uno de los aspectos que se debe considerar en este análisis es si esta libertad se limita exclusivamente por el contexto social o, adicionalmente, también por el contexto ecológico. Esta última visión es la que adopta el enfoque ecocéntrico lo que tiene amplias implicancias en materia de justicia.

De acuerdo con Bosselmann, la importancia de adoptar estos tres principios, en particular el de justicia inter-especies, a través de una idea más amplia de Justicia Ambiental es que permitiría establecer criterios para regular la relación entre la justicia intra e intergeneracionales. En efecto, para adoptar decisiones que conciernen el uso de los recursos naturales es necesario balancear estos dos principios, lo que requiere responder preguntas tales como ¿se debe dar prioridad a la distribución justa entre las sociedades actuales o entre las generaciones? o ¿es más importante la pobreza de los que ahora están vivos que la de las generaciones que vienen? La justicia ecológica presenta una teoría que permite responder estas preguntas y superar las limitaciones de otros conceptos como, por ejemplo, el del desarrollo sustentable.[138] En efecto, aun cuando los principios de justicia intra e intergeneracionales son también parte del contenido de este concepto,[139] el desarrollo sustentable no incluye el tercer principio de Bosselmann.[140] Y, por lo tanto, no se hace cargo del problema de priorizar entre las demandas

---

[137] Bosselmann, K., "Justice and the Environment …", ob.cit. (nº1), pp. 49-52.

[138] El concepto de desarrollo sustentable fue acuñado, como se sabe, por el "Informe Brundlandt" elaborado por distintas naciones en 1987 para la ONU. Originalmente, se llamó Nuestro Futuro Común (*Our Common Future*, en inglés). En este informe se utiliza por primera vez el término definiéndolo como aquel que "satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones". Implica un marco conceptual que en teoría da igual énfasis a la sustentabilidad ambiental y al contexto económico y social del desarrollo.

[139] Sands, P., *Principles of International Environmental Law* (Cambridge University Press, Segunda Edición, 2003), pp. 252-266.

[140] Los elementos que componen el principio del desarrollo sustentable, según Philippe Sands, son el principio de equidad intergeneracional (la necesidad de preservar los recursos naturales para las generaciones futuras); el principio de uso sustentable (el objetivo de explotar los recursos naturales de manera racional, apropiada, sabia o prudente); el principio de equidad intrageneracional (el uso equitativo de los recursos naturales, que implica que el uso por un Estado tome en consideración las necesidades de otros Estados); y el principio de integración (la necesidad de asegurar que las consideraciones ambientales sean integradas a los planes económicos y de desarrollo, y que las necesidades de desarrollo sean consideradas al aplicar los objetivos ambientales). Ibid, p. 253. Para Birnie, Boyle & Redgwell, se distinguen elementos sustantivos y

de la justicia intra e intergeneracional puesto que, en teoría, da la misma relevancia a los ámbitos social, económico y ambiental que lo componen, los cuales deben ser igualmente ponderados y equilibrados.

La incorporación del principio de justicia inter-especie permite entonces adoptar una posición respecto al concepto de desarrollo sustentable y adherir a un enfoque de "sustentabilidad fuerte" que establece la preferencia por la sustentabilidad ecológica o las necesidades de las futuras generaciones. Según Bosselmann la "integridad ecológica" debe ser el estándar con que se mida cualquier forma de desarrollo, y la justicia interespecie el estándar de cualquier concepto de justicia ecológica. Lo anterior implica el reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza y, por lo tanto, la adopción de un enfoque ecocéntrico.[141] Así, sostiene que su concepción de Justicia Ambiental "balancearía la justicia intergeneracional con la intrageneracional de manera que la primera fuera un prerrequisito de la segunda, pero sería la justicia intrageneracional la que determinaría las obligaciones provenientes de la equidad intergeneracional. En otras palabras, la brecha existente entre ricos y pobres determinaría quién debe financiar y cumplir con las obligaciones respecto a las futuras generaciones".[142]

Según Bosselmann estos principios, por lo tanto, no son inocuos en la medida que permiten contar con una mejor base para el diseño y aplicación de las políticas y normativas ambientales, y mejorar los procesos y los resultados en materia de adopción de decisiones.

---

procedimentales en el concepto del desarrollo sustentable. Los elementos sustantivos son: la integración de la protección ambiental al desarrollo económico; el derecho al desarrollo; la utilización sustentable de los recursos naturales; la asignación equitativa de los recursos tanto dentro de la generación actual como entre la actual y las futuras generaciones. Los elementos procedimentales, por su parte, son: la participación pública en la adopción de decisiones y en la evaluación de impacto ambiental; el acceso a la información; y la cooperación entre los Estados. Birnie, P., Boyle, A., & Redgwell, C., *International Law and the Environment* (Oxford University Press, Tercera Edición, 2009), pp. 116-123.

[141] En la misma línea cabe citar lo expuesto por Vicente Jiménez, T., en su artículo "El Nuevo Paradigma de la Justicia Ecológica", en: Vicente Jiménez, T. (coord.), *Justicia Ecológica y Protección del Medio Ambiente* (Editorial Trotta, Madrid, 2002), pp. 66-67. Dicha autora sostiene que "la determinación de lo justo o lo debido en cuanto objeto de la justicia ecológica (…) requiere la configuración del ecosistema como paradigma socio-cultural, capaz de describir el conjunto de límites a las necesidades del hombre y de la sociedad. Pero tales límites no significan un freno o una llamada a la resignación y el estancamiento respecto a la actividad humana, económica, social y cultural, sino que consiste en el reconocimiento de los condicionamientos y las resistencias de las realidades físicas y biológicas que han de constreñir los proyectos de desarrollo".

[142] Traducción propia de la frase "*…our conception of Environmental Justice would balance intergenerational justice and intragenerational justice in a way that the former is a prerequisite for the latter, but that intragenerational justice itself shapes the commitments coming from intergenerational equity. In other words, the existing rich poor gap determines who has to enforce and finance our obligations toward future generations.*" En Bosselmann, K., "Justice and the Environment…", ob. cit. (nº1), p. 44.

De esta manera, la dimensión de la justicia ecológica postula la necesidad de trabajar en un concepto que haga justicia tanto a los seres humanos como al resto del mundo natural.

Un caso nacional que puede analizarse desde esta perspectiva es el proyecto Hidroaysén. Éste consiste en la construcción de cinco centrales de generación hidroeléctrica en la Patagonia chilena, más la línea de transmisión continua de unos 1900 km para inyectar energía al Sistema Interconectado Central (SIC).[143] De acuerdo con el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto (y con la respectiva Resolución de Calificación Ambiental) éste generará impactos sociales y ambientales de gran magnitud, tanto en la etapa de construcción como en la de operación. Impactos que recaerían sobre un determinado ecosistema y sobre las futuras generaciones, con el objeto de satisfacer las crecientes demandas energéticas actuales del país. La dimensión ecológica de la Justicia Ambiental obligaría a plantearse preguntas tales como: ¿Tenemos el derecho, como comunidad humana, de destruir un determinado ecosistema? Si ese derecho no existe, ¿cómo se limita o restringe la libertad humana? ¿Cuál es el límite que como generación actual tenemos para utilizar el ecosistema de esa zona del país? ¿Quién debe asumir los costos de respetar ese límite? ¿Se deben basar esas limitaciones en el contexto ecológico de la Patagonia? ¿Tiene la Patagonia un valor en sí misma que debemos respetar? Las respuestas desde la dimensión ecológica de la Justicia Ambiental estarían dadas basándose en la mantención de la integridad ecosistémica en el tiempo y en la obligación de hacerse cargo de los costos por parte de quienes tienen más recursos económicos en la actualidad.

4. Elementos de la Justicia Ambiental

Las dimensiones analizadas de la Justicia Ambiental se caracterizan por priorizar alguno de los elementos constitutivos de esta idea. A continuación se analizarán todos los componentes del concepto de Justicia Ambiental con el objeto de comprender con precisión cuál es el contenido de esta idea y, luego, evaluar su reconocimiento por el ordenamiento jurídico ambiental.

La definición más conocida de Justicia Ambiental es la que da la EPA, que adhiere al enfoque que distingue dos elementos esenciales: distribución y participación. Así define Justicia Ambiental como:

> "El trato justo y participación significativa de todas las personas, sin importar su raza, color, nacionalidad, o nivel de ingresos, en el desarrollo, implementación y aplicación de las políticas, leyes y regulaciones ambientales".[144]

---

[143] Ver Universidad Diego Portales, Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2011. Hechos 2010. Capítulo de Medio Ambiente (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, Santiago, 2011), pp. 247-264.

[144] Traducción propia de la definición en inglés "*fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income with respect to the development, implementation, and*

Luego define en particular "trato justo" y "participación significativa".

> "Trato justo significa que ningún grupo de personas, incluyendo grupos raciales, étnicos o socioeconómicos deban soportar una cuota desproporcionada de las consecuencias ambientales negativas provenientes de actividades industriales, municipales y comerciales, o de la ejecución de programas y políticas federales, estatales, locales y tribales".[145]

> "Participación significativa, por otro lado, significa: 1) que los residentes de comunidades potencialmente afectadas tengan una oportunidad apropiada para participar en las decisiones respecto de cualquier actividad que vaya a afectar su ambiente y/o su salud; 2) que la contribución del público pueda influenciar la decisión regulatoria de la agencia pública; 3) que las preocupaciones de todos los participantes involucrados sean consideradas en el proceso de adopción de decisiones; y 4) que los que toman las decisiones busquen y faciliten que los potencialmente afectados se involucren en el proceso".[146]

De lo anterior se puede concluir que esta definición no incorpora la totalidad de las dimensiones de la Justicia Ambiental analizadas previamente. A continuación se identificarán los elementos que aquí se consideran esenciales para entender el concepto de Justicia Ambiental en sus diversas dimensiones.[147] El objetivo de esta sección es, por lo

---

enforcement of environmental laws, regulations, and policies". Definición extraída del documento elaborado por el National Environmental Justice Advisory Council, "Meaningful Involvement and Fair Treatment by Tribal Environmental Regulatory Programs" (November, 2004), p. 5.

[145] *"Fair treatment" means that no group of people, including racial, ethnic, or socioeconomic groups, should bear a disproportionate share of the negative environmental consequences resulting from industrial, municipal, and commercial operations or the execution of federal, state, local, and tribal environmental programs and policies.*

En: http://www.epa.gov/environmentaljustice/basics/index.html (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[146] *"Meaningful involvement" means that: 1) potentially affected community residents have an appropriate opportunity to participate in decisions about a proposed activity that will affect their environment and/or health; 2) the public's contribution can influence the regulatory agency's decision; 3) the concerns of all participants involved will be considered in the decision-making process; and 4) the decision makers seek out and facilitate the involvement of those potentially affected.*

En: http://www.epa.gov/environmentaljustice/basics/index.html (sitio *web* visitado con fecha 13 de febrero de 2014)

[147] Cabe, sin embargo, hacer una aclaración. Los elementos que a continuación se analizan no incorporan la dimensión correctiva de la Justicia Ambiental. Se justifica esta decisión puesto que el movimiento de la Justicia Ambiental surge en el contexto de la "justicia social", el mismo en el que se desarrollan los postulados de los teóricos de la justicia. Estos pensadores identifican los elementos de la justicia como estándares para evaluar la estructura básica de la sociedad y de las instituciones sociales. La justicia correctiva, en cambio, tiene su fundamento en la idea aristotélica de la compensación del daño ocasionado entre dos partes, materia de la que tradicionalmente se ocupa el derecho privado. Lo anterior no ha impedido, sin embargo, que algunos autores vinculen los fundamentos de la justicia correctiva con los de la justicia distributiva. Ver

tanto, revisar los componentes del concepto de Justicia Ambiental desde una perspectiva amplia. Cabe señalar que esta tarea toma como punto de partida aquellos elementos propios de la teoría de la justicia desarrollados por la teoría o filosofía política.[148] Se distinguirán, entonces, aquellos elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan a la Justicia Ambiental, de aquellos elementos propios de la Justicia Ambiental, que se agregan por parte de la doctrina especializada.

4.1. Elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan a la Justicia Ambiental

Los elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan a la Justicia Ambiental son la equidad, el reconocimiento, la participación y las capacidades.

4.1.1. La equidad en la distribución

La teoría política ha definido la idea de justicia casi absolutamente basada en el concepto de equidad en la distribución de los bienes. Se puede sostener que la mayoría de los filósofos que han abordado el tema de la justicia distributiva coinciden en que ésta implica dar a cada uno lo que le corresponde. El problema, por lo tanto, consiste más bien en definir qué le corresponde a cada uno, es decir cuáles son los criterios de equidad que permiten responder esta interrogante. Como ya se vio, para Aristóteles la equidad se basaba en el mérito. Para Rawls, en cambio, el concepto de equidad es completamente independiente de esta idea.

A continuación se analizará con más detención el pensamiento de Rawls dado que fue quien elaboró sistemáticamente el concepto moderno de justicia distributiva, marco teórico en el que se inserta la discusión sobre la idea de Justicia Ambiental. De acuerdo con Rawls, justicia es el estándar sobre el cual los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad deben ser evaluados.[149] En efecto, el objetivo de Rawls fue desarrollar los principios básicos de la justicia con el objeto de establecer criterios destinados a aplicarse en relación con la estructura básica de la sociedad.[150] Para encontrar

---

Dagan, H., "The Distributive Foundation of Corrective Justice" en *Michigan Law Review*, Volumen 98, 1999-2000, pp. 138-166.

[148] Bullard, Dobson, Kuehn, Schlosberg, Shrader-Frechette, entre otros, se refieren a la teoría de la justicia como el marco teórico en el que se debe analizar el concepto de Justicia Ambiental. De esta manera toman como punto de partida de su análisis lo que sostienen los teóricos de la justicia. En particular se repiten las referencias a los trabajos de John Rawls, Iris Young, Nancy Fraser, Amartya Sen, Martha Nussbaum y Ronald Dworkin. No es objeto de este trabajo analizar directamente lo planteado por los teóricos de la justicia, sino simplemente indicar su influencia en el debate en materia de Justicia Ambiental.

[149] Rawls, J., ob.cit. (nº56), p. 20. "El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales."

[150] Gargarella, R., ob.cit. (nº128), p. 35.

dichos principios, según él, hay que situarse en una posición de igualdad que él llama "posición original imaginaria" en la que los individuos se encuentran detrás de un "velo de ignorancia", lugar en el que no pueden orientar su decisión a su propio favor debido a que no se conocen las propias fortalezas y debilidades, ni la posición que se ocupa en la sociedad, ni las propias concepciones del bien. De esa manera se pueden desarrollar principios de justicia desde una posición imparcial. Cabe señalar que Rawls presupone que tales seres imaginarios se encuentran motivados para obtener cierto tipo particular de bienes, que él denomina "bienes primarios", que serían aquellos bienes básicos indispensables para satisfacer cualquier plan de vida.[151]

Desde esa posición, Rawls argumenta que los individuos, aplicando una regla de racionalidad –que implica adoptar la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor resultado de las otras alternativas–, se comprometerían con dos principios de justicia básicos:[152]

i) *Principio de la prioridad de la libertad*: cada persona tiene un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas (civiles y políticas) que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Es decir, cualquiera que sea la concepción del bien que adopte un individuo, las instituciones básicas no lo discriminarán. Todos tienen los mismos derechos políticos.

ii) *Principio de la diferencia*: la distribución de la inequidad social y económica debe beneficiar o ser ventajosa para todos. Este principio parte de la base que las mayores ventajas de los más beneficiados por la lotería natural son justificables sólo si ellas forman parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos aventajados de la sociedad. Este principio gobierna la distribución de los recursos de la sociedad y se asocia a la idea de igualdad (desconocimiento de la posición social, económica y talentos de cada uno). El esquema de justicia distributiva no se satisface, por lo tanto, con una mera igualdad de oportunidades, sino que las mayores ventajas de los más beneficiados por la lotería natural son justificables sólo si ellas forman parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos aventajados de la sociedad.

[151] Ibid, p. 37. Los "bienes primarios" de Rawls son de dos tipos: los de tipo social, que son directamente distribuidos por las instituciones sociales (como la riqueza, las oportunidades, los derechos); y los de tipo natural, que no son distribuidos directamente por las instituciones sociales (como los talentos, la salud, la inteligencia).

[152] Ibid, p. 39.

Estos dos principios básicos están ordenados de manera que la libertad no puede ser limitada a favor de mayores ventajas sociales y económicas, sino sólo si entra en conflicto con otras libertades básicas.[153]

Por lo tanto, la noción de Rawls de justicia como equidad implica entender a la justicia como las reglas que deben aplicarse a la distribución justa de los bienes sociales, económicos y políticos.[154] La importancia de la teoría liberal de la justicia es que el concepto de equidad o distribución justa se desliga de cualquier acuerdo sustantivo sobre qué es lo que se cree que es bueno. En palabras de Rawls, "lo correcto es anterior a lo bueno".[155] Lo relevante, por lo tanto, son las reglas de la distribución lo que hace que el concepto de justicia sea imparcial y más bien procedimental.[156]

Con posterioridad a Rawls, diversos teóricos de la justicia han criticado su planteamiento. Algunos de estos autores han continuado desarrollando los elementos y principios propuestos por Rawls, con el objeto de resolver los problemas que ellos identifican en su teoría. Cabe mencionar brevemente lo señalado por Ronald Dworkin, Amartya Sen y Gerald Cohen, que parten de la misma posición liberal igualitaria planteada por Rawls para la idea de justicia.[157]

Dworkin propone mejorar la propuesta de Rawls con un modelo que consta de dos partes y que permite hacerse cargo de lo que él considera la debilidad principal de la teoría de Rawls –que sería insensible a las dotaciones propias y a las ambiciones de cada persona y, por lo tanto, que no se haría cargo de la situación de los sujetos desaventajados por circunstancias que no controlan–.[158] Este modelo está compuesto por:

i) una *subasta hipotética*, en la que cada participante comienza con un idéntico poder adquisitivo. A través de esta subasta la sociedad pone a disposición del público todos sus recursos impersonales –los recursos personales como talentos, salud, etc., no se pueden poner en la subasta–. La subasta termina cuando cada uno queda satisfecho con los recursos que adquirió (este es el llamado "test de la envidia").

---

[153] Ibid, p. 40.

[154] Schlosberg, D., ob.cit. (nº1), p. 13.

[155] Dworkin, R. (citando a Rawls), "The Goodness of Justice", en *Revue Hellénique de Droit International*, Año 48, 1995, p. 11. Según Dworkin, esta expresión de Rawls significa que debemos satisfacer las demandas de la justicia aún si la sociedad que tenemos no es una sociedad tan buena como la que tendríamos si dejáramos de lado tales demandas.

[156] Gargarella, R., ob.cit. (nº128), p. 40. En efecto, la teoría de Rawls surge en oposición al concepto utilitarista de "justicia" que se fija más bien en el resultado del proceso distributivo.

[157] Ibid, pp. 69-85.

[158] Ibid, p. 73.

ii) Terminada la subasta se entrega una *porción adicional e igual de medios* para la adquisición de bienes, con el fin que se utilicen para dos objetivos: perseguir el plan de vida que cada uno ha elegido; y contratar seguros para enfrentar eventuales desventajas futuras, surgidas de las diferentes capacidades con que las personas están dotadas. De esta manera se supera la imposibilidad de adquirir recursos personales en la subasta.

En virtud de este modelo, "las personas deben tener la posibilidad de comenzar sus vidas con iguales recursos materiales y deben tener una igual posibilidad de asegurarse contra eventuales desventajas",[159] superando las debilidades de la teoría de Rawls. Dworkin, a su vez, busca de alguna manera vincular la idea de justicia con la idea de lo que es bueno para la sociedad, lo que desafía la concepción liberal de justicia.[160] Su posición sostiene que es responsabilidad de cada uno seguir adelante con su propio proyecto de vida y también preocuparse que los demás puedan desarrollarlo. En efecto, manteniendo su postura liberal, sostiene que el "liberalismo dice que debemos arreglar los recursos de la sociedad de manera que todos tengan una cuota igual de dichos recursos dedicados a su vida; y, una vez que dicha asignación ha sido efectuada, cada uno es libre moralmente de concentrarse en su propia vida".[161]

Sen, por su parte, critica que la propuesta igualitaria de Rawls se centre en la igualdad de bienes primarios. Para Sen la igualdad buscada en la sociedad debe darse en la "capacidad" de cada sujeto para convertir o transformar esos recursos en libertades. Cuando sostiene que se debe centrar la atención en las capacidades básicas de las personas, quiere decir que se debe prestar atención a los distintos desempeños (*functionings*) de los individuos. La capacidad de una persona viene a conjugar los distintos desempeños que alguien puede alcanzar –tener una cierta capacidad es ser capaz de alcanzar una serie de desempeños–.[162] Los desempeños posibles son muy variados y van desde algunos muy básicos –lograr un determinado nivel de nutrición o salud– hasta otros más complejos –autorrespeto, integración social–. Estos desempeños serán distintos de acuerdo con las personas y las sociedades, y su valoración también. Una política igualitaria debe ser sensible a estas diferencias. Sen dice que su enfoque busca reflejar la libertad de una persona para elegir entre formas de vida alternativas y su evaluación no presupone la unanimidad respecto de ningún conjunto específico de objetivos.[163]

---

[159] Ibid, p. 74.

[160] Dworkin, R., "The Goodness of Justice…", ob.cit. (nº155), pp. 11-20.

[161] Ibid, p. 20. "*Liberalism says we must arrange the resources of society so that everyone has an equal share of those resources dedicated to his or her life; and once that allocation is made, then we are each morally free to concentrate in our own lives*".

[162] Gargarella, R., ob.cit. (nº128), pp. 76-79.

[163] Ibid.

Cohen, a su vez, critica el principio de la diferencia de Rawls que asume que un esquema institucional apropiado puede tolerar ciertas desigualdades en nombre de la justicia. Su pregunta básica consiste en cuestionar ¿por qué Rawls considera legítimos ciertos incentivos económicos que vienen a recompensar a los sujetos más favorecidos por la lotería natural? De acuerdo con el principio de la diferencia, Rawls sostiene que son legítimos en la medida que favorezcan a los más desaventajados. Según Cohen para que una sociedad pueda considerarse justa no basta –como piensa Rawls– con que en ella se asegure la justicia de su estructura básica –la justicia de sus instituciones principales–. Una sociedad justa requiere de un cierto *ethos,* requiere que sean justas también las elecciones personales de quienes las componen. Por lo tanto, las exigencias de una sociedad justa no se terminan con la presencia de un Estado que fija reglas justas, procurando mejorar en todo lo posible la situación de los individuos más desafortunados. Los principios de justicia distributiva, esto es, los principios acerca de la distribución justa de beneficios y cargas dentro de la sociedad, se aplican también a las elecciones de las personas. Las exigencias de la justicia no se agotan con la justicia de la estructura básica de la sociedad.[164]

Como se verá más adelante, cuando se trate en particular el elemento ecológico de la Justicia Ambiental, la teoría liberal no parece ser suficiente para explicar el elemento de la equidad en la distribución de la Justicia Ambiental, en la medida que solamente apunta a un aspecto procedimental o formal de distribución, y no al contenido o sustancia de la misma. La demanda por una distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales, en cambio, parte de la base que dicha distribución es buena para la sociedad, cuestión que escapa a la teoría rawlsiana de justicia, a pesar que se podría argumentar que Dworkin ha hecho un intento por incorporarla.

Esta dicotomía entre el elemento de la equidad en la distribución de la Justicia Ambiental y el de la teoría liberal de la justicia se puede representar mediante el contenido de la orden ejecutiva norteamericana de 1994, en que se identifica a la equidad con una equidad formal, con un tratamiento justo, con igualdad de derechos. Es decir, este instrumento obedece a un enfoque en que la Justicia Ambiental se reduce a principios formales más que a una idea sustantiva de justicia. El movimiento social por la Justicia Ambiental, en cambio, se manifiesta comprometido con una idea sustantiva de Justicia Ambiental para todos los seres humanos.

4.1.2. El reconocimiento

El enfoque en el resultado distributivo de la justicia por parte de Rawls y otros teóricos posteriores ha sido impugnado fundamentalmente por Nancy Fraser e Iris Marion Young. Dichas autoras promueven la necesidad de realizar un examen de las causas de

[164] Ibid, pp. 79-85.

la mala distribución en la sociedad, cuestión que no puede realizarse a través de una posición original imaginaria, sino que debe basarse en la realidad. En otras palabras, la causa de la inequidad distributiva es la ausencia del reconocimiento social y político, manifestado a través de la desvalorización individual y cultural de ciertas personas y comunidades.[165] Según Young, la justicia social significa sobre todo la eliminación de la dominación y opresión institucionalizada, ampliando de esta manera la visión de los teóricos de la justicia que restringen el significado de justicia social a la distribución moralmente adecuada de las cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad.[166]

Esta afirmación apunta a un elemento distinto al distributivo, que debe ser incorporado en una teoría de la justicia. Tal elemento se ha llamado reconocimiento. Lo que se entiende por reconocimiento es objeto de discusión por diversos autores. Algunos consideran central en este concepto el aspecto sicológico del mismo, es decir, la valorización de una persona provendría del reconocimiento dado por los otros.[167] De esta manera, la ausencia de reconocimiento sería un daño y una causa de injusticia, de la misma manera que la ausencia de una distribución adecuada. Por otro lado, hay quienes consideran que la falta de reconocimiento es una práctica más bien institucional que una experiencia individual, de manera que la falta de reconocimiento consistiría en un daño al *status* social más que un daño sicológico. Fraser identifica tres procesos relacionados con el *status* basados en la ausencia de reconocimiento. Estos son: la práctica general de dominación cultural (el ser sometido a patrones de interpretación y comunicación correspondientes a otra cultura y ajenos u hostiles a la propia); un modelo de no reconocimiento equivalente a ser considerado "invisible" (invisibilización a través de las prácticas representacionales, comunicativas e interpretativas autorizadas de la propia cultura); y la falta de respeto (ser difamado o menospreciado de forma rutinaria en representaciones culturales públicas estereotipadas o en las interacciones cotidianas).[168] De acuerdo con esta autora, el objetivo de incorporar esta reivindicación consiste en lograr "un mundo que acepte la diferencia, en el que la integración en la mayoría o la asimilación de las normas culturales no sea ya el precio de un respeto igual".[169]

Sin perjuicio que, al menos para efectos de sistematización, aquí se considera el reconocimiento como un elemento independiente del elemento distributivo que compone el concepto de justicia, algunos autores se han preguntado si no se trataría más bien de un aspecto que constituye una condición previa a la situación de igualdad de la posición imaginaria de Rawls o, si por el contrario, se trataría de uno de los bienes que se van

---

[165] Schlosberg, D., ob.cit., (nº1), pp. 13-14.

[166] Young, I.M., *Justice and the Politics of Difference* (Princeton University Press, 1990), p. 15.

[167] Schlosberg, D., ob.cit. (nº1), pp. 16-17.

[168] Fraser, N., "La Justicia Social en la Era de la Política de la Identidad: Redistribución, Reconocimiento y Participación", en Fraser, N. & Honneth, A., *Redistribución o Reconocimiento: Un Debate Político-Filosófico* (Ediciones Morata y Fundación Paideia-Galiza, España, 2006), p. 22.

[169] Ibid, p. 17.

a distribuir.[170] Rawls al menos no parece dejarlo claro dentro de la formulación y evolución de su teoría, lo que ha implicado que diversos autores, con posterioridad, hayan elaborado distintas posiciones al respecto.[171]

En cuanto elemento de la Justicia Ambiental, el reconocimiento apunta a la valorización de ciertas comunidades o grupos vulnerables de la sociedad y, a su vez, a la valorización de la naturaleza y de los ecosistemas en sí mismos. Ambos enfoques serán tratados con más detención en la sección siguiente (4.2) relativa a los elementos propios de la Justicia Ambiental.

4.1.3. La participación

Brevemente se dirá que la participación es considerada como un elemento esencial de la justicia. En lo que dice relación con el derecho ambiental, el derecho a la participación y el acceso a la información es quizás uno de los aspectos más universalmente aceptados como un contenido propio de la disciplina.[172] La participación, en el contexto de la teoría de la justicia, consiste en el mecanismo o procedimiento necesario para lograr una mejor distribución y un mayor reconocimiento. En efecto, para diversos autores, una teoría de la justicia debe también focalizarse en el proceso político y democrático, que permite establecer estructuras institucionales para hacer frente tanto a los problemas de distribución como de reconocimiento.[173] Con respecto al análisis de este elemento, el trabajo se remite a lo expuesto en la dimensión política de la Justicia Ambiental.

4.1.4. Las capacidades

Por último, tal como se esbozó al plantear el elemento de la equidad, existen también autores –como Sen y Nussbaum– que postulan una teoría de la justicia que va más allá del enfoque distributivo y que sostiene que se debe evaluar si una distribución es justa considerando cómo ésta afecta las capacidades, el bienestar, la posibilidad de una persona de realizarse en la sociedad. Por lo tanto, la justicia no es sobre "cuánto" se tiene, sino que sobre "si" se tiene aquello que es necesario para llevar una vida conforme a las propias elecciones.[174]

En efecto, este enfoque en las capacidades apunta a determinar qué es lo que permitiría a las personas transformar los bienes básicos en los desempeños (*functionings*) de la vida humana. Por ejemplo, si leer es un desempeño, entonces la educación sería la

---

[170] Ver, por ejemplo, Honneth, A. "Redistribución como Reconocimiento. Respuesta a Nancy Fraser", en Fraser, N. & Honneth, A., ob.cit. (nº168), p. 91.

[171] Schlosberg, D., ob.cit. (nº1), pp. 16-17.

[172] Bermúdez, J., "El Acceso a la Información Pública…", ob.cit. (nº104), p. 572.

[173] Schlosberg, D., ob.cit. (nº1), pp. 25-28.

[174] Ibid, pp. 29-34.

capacidad necesaria para lograr ese desempeño. La distribución de estas capacidades, más que de los bienes primarios de Rawls, sería central para este enfoque. Sen ha sido bastante amplio en la definición de cuáles son estas capacidades. Nussbaum, en cambio, ha elaborado un listado más específico sobre cuáles son las capacidades básicas que se requieren en una sociedad justa.[175] Dentro del largo listado que confecciona, incorpora la capacidad de vivir con preocupación y en relación con los animales, plantas y el mundo de la naturaleza. Este enfoque de las capacidades y elaboración de listados de los mismos ha sido criticado por paternalista y perfeccionista, en la medida que determina cuáles son los desempeños que se deben lograr por los seres humanos.[176] Sin embargo, el aporte de Sen y Nussbaum a la teoría de la justicia consiste en que expanden el ámbito distributivo al focalizarse no solamente en los bienes que se requieren para la realización personal, sino también en los procesos de los que se depende para que los desempeños ocurran. La injusticia ocurre no necesariamente cuando se niega un bien, sino que cuando se limita la capacidad para lograr los desempeños deseados a partir de ese bien.[177] Este enfoque de las capacidades es inclusivo en el sentido que ve la justicia incorporando los demás elementos analizados, es decir, tanto el reconocimiento, como la participación y la equidad en la distribución.

Los elementos de la teoría de la justicia que se han tratado son esenciales en la noción de Justicia Ambiental, sin embargo, no son suficientes para entender completamente el concepto, por lo que se hace necesario recurrir a otros elementos que aquí se denominarán "elementos propios de la Justicia Ambiental".

4.2. Elementos propios de la Justicia Ambiental

Los elementos que aquí se consideran propios de la Justicia Ambiental son el elemento colectivo y el elemento ecológico.

4.2.1. Elemento colectivo

En general, la teoría de la justicia se ha elaborado desde una perspectiva liberal que considera la justicia respecto de los individuos, y no en relación con los grupos o comunidades. Sin perjuicio de ello, es evidente que muchas injusticias se cometen con respecto a ciertos grupos vulnerables, además de los individuos que los conforman.[178] A partir de esta realidad es razonable concluir que los propios grupos demandan justicia respecto

---

[175] Nussbaum, M.C., *Frontiers of Justice. Disabilities, Nationality, Species Membership* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2006), pp. 9-95. En un capítulo de este libro, titulado *Social Contracts and Three Unsolved Problems of Justice*, la autora desarrolla un listado de las capacidades que considera centrales para el ser humano (pp. 76-78).

[176] Schlosberg, D., ob.cit. (nº1), p. 32.

[177] Ibid, p. 33.

[178] Por ejemplo, la discriminación racial o étnica.

de sus respectivas comunidades como tales y no solamente respecto de las personas que las componen. De ahí que algunos autores hayan querido abordar este tema a través de una aproximación más amplia a la teoría de la justicia, en particular en relación con el contenido de los elementos del reconocimiento y de las capacidades ya analizados. Según este nuevo enfoque, también se debe incorporar dentro de un sistema de justicia el reconocimiento de las identidades y necesidades distintivas de los grupos.[179] En efecto, la pertenencia a un grupo o comunidad es un aspecto intrínseco de la condición humana y, por lo tanto, debe ser considerada como un bien primario de la sociedad. En cuanto al elemento de las capacidades, se sostiene que debe incluir no solo la forma de realización de los individuos, sino que también la de los grupos y comunidades.[180] Algunos incluso sostienen que habrían ciertas capacidades que sólo se pueden lograr dentro de un grupo.[181] Por ejemplo, Stewart señala que los grupos son importantes al menos en los siguientes tres sentidos:[182] afectan la sensación de bienestar de las personas –para bien o para mal– ; son relevantes desde una perspectiva instrumental, ya que –dependiendo del tipo de grupo de que se trate–, determinarán en su caso el acceso a ciertos recursos o la distribución de los mismos; y, por último, sin duda influyen también en las preferencias y los valores de las personas, y de esta manera en la elección que los individuos hacen –la que no sería completamente autónoma– respecto a las capacidades que quieren desarrollar para ellos mismos y los demás.

Algunos critican esta posición puesto que, por regla general, mantiene la visión liberal de la justicia, considerando los derechos de los grupos sólo en relación con el reconocimiento y las capacidades de los individuos, y no de las comunidades como tales.[183] Según Schlosberg, en cambio, no se trata solamente de que los grupos provean de capacidades individuales sino que, más bien, son las capacidades y el funcionamiento de los grupos los que se hacen absolutamente necesarios para una teoría de la Justicia Ambiental.[184] Por lo tanto, los grupos se deben considerar tanto como un marco en el que la justicia individual es experimentada, como un espacio de justicia en sí mismo.[185]

Sin dudas, para la Justicia Ambiental el elemento colectivo es una de las características claves. Las situaciones de injusticia ambiental se producen respecto de grupos y comunidades antes que individuos. El incluir un elemento colectivo en la idea de Justicia Ambiental trae, por cierto, implicancias jurídicas y de política pública, puesto que exige

---

[179] Schlosberg, D., ob. cit. (nº1), p. 35. Aquí el autor se refiere fundamentalmente al trabajo de Kymlicka quien sería el teórico que más ha abordado los derechos de los grupos como un elemento de la justicia, aun cuando lo hace desde un marco teórico liberal.

[180] Ibid, pp. 34-38.

[181] Stewart, F., "Groups and Capabilities" en *Journal of Human Development*, Volumen 6, Nº2, Julio 2005, pp. 185-204.

[182] Ibid, pp. 186-190.

[183] Schlosberg, D., ob.cit., (nº1), p. 35.

[184] Ibid, p. 37.

[185] Ibid.

abordar inequidades grupales y apoyar el reconocimiento de los grupos, promoviendo actividades que desarrollen las capacidades individuales y colectivas.[186]

4.2.2. Elemento ecológico

Hasta ahora los elementos de la Justicia Ambiental que se han explicado se refieren principalmente a una relación entre seres humanos. En cambio, aquéllos que consideran que la Justicia Ambiental incluye también la relación de los seres humanos con el mundo natural postulan la existencia de una dimensión más amplia de la Justicia Ambiental llamada "justicia ecológica". Estos autores sostienen que para conceptualizar una teoría que haga justicia con la naturaleza se debe ir más allá del enfoque distributivo y de justicia social que la mayor parte de los autores dan al concepto de justicia. De esta manera, extienden todos los elementos de la teoría de la justicia, esto es, la equidad en la distribución, el reconocimiento, las capacidades y la participación con el objeto de incorporar el mundo natural no humano.[187] A continuación se revisará brevemente la extensión de estos elementos, en lo que se podría englobar como el elemento ecológico de la Justicia Ambiental.

En cuanto a la *equidad en la distribución,* Schlosberg postula que centrar el análisis del elemento ecológico de la Justicia Ambiental en el aspecto distributivo –tal como se hace al analizar la teoría de la justicia liberal– limita e impide entender cabalmente la idea de justicia ecológica, por lo que sostiene se debe atender principalmente a los elementos del reconocimiento, las capacidades y la participación. Sin embargo, igualmente elabora el contenido de la equidad distributiva en la dimensión ecológica de la justicia. Para ello parte señalando que la justicia distributiva, entendida como la plantea Rawls, sólo es posible entre seres morales e iguales. Por lo que las relaciones humanas con la naturaleza, por lo tanto, no serían una cuestión de justicia en la medida que la comunidad de justicia estaría integrada exclusivamente por seres humanos.[188] De acuerdo con el análisis que hace Schlosberg, la mayoría de los autores liberales de la teoría de la justicia que buscan ampliar la comunidad de justicia al mundo natural lo hacen incorporando en tal comunidad a las futuras generaciones humanas. Es decir, no extienden la justicia directamente al mundo natural pero sí reconocen la obligación de preservar la naturaleza respecto de las futuras generaciones de seres humanos, dando lugar a un principio intergeneracional de igualdad de oportunidades.[189] Este enfoque fue incorporado por Rawls mediante su principio del ahorro, ya mencionado.[190] De acuerdo con este princi-

---

[186] Por ejemplo, mediante el establecimiento de acciones legales colectivas que permitan a un grupo determinado reclamar por sus derechos como tales.

[187] Schlosberg, D., ob.cit., (nº1), pp. 103 y ss.

[188] Ibid, p. 108.

[189] Ibid, p. 112.

[190] Rawls, J., ob.cit. (nº56), pp. 135-140. Rawls postula este principio al referirse a las restricciones a la información en la posición original, es decir, al "velo de la ignorancia" que permite que las personas evalúen

pio Rawls extiende su principio de la diferencia a los menos aventajados del futuro. Si los menos aventajados del futuro son menos aventajados en bienes ambientales (tales como acceso al aire y agua limpios) este principio permite establecer una forma de Justicia Ambiental con las futuras generaciones.[191] Sin embargo, esta posición no extiende la comunidad de justicia hacia la naturaleza, es decir, no reconoce a la naturaleza en sí misma sino que en función de los seres humanos.

Wissenburg es quien analiza esta idea sosteniendo que el principio del ahorro que Rawls agrega a su teoría de la justicia, permitiría incorporar al medio ambiente dentro de las razones públicas (*public reason arguments).*[192] En efecto, en la medida que dicho principio alude a la justicia intergeneracional como condición de la posición original en que se encuentran aquellos que distribuyen los bienes detrás del velo de la ignorancia, sin la existencia de este principio no podría existir justicia en una sociedad ya que habría privilegios para las generaciones actuales en desmedro de las generaciones futuras.[193] En la práctica, este principio se traduciría en lo que Wissenburg llama *principle of restraint,* que exige que los derechos deben ser distribuidos de tal manera que se mantengan disponibles para una futura redistribución. En otros términos, consiste en la obligación de no destruir bienes en aquellos casos en que sean irreemplazables.[194]

Sin perjuicio de lo importante que resulta la extensión del elemento de la equidad distributiva para hacer justicia con la naturaleza, la mayoría de los autores ecologistas va más allá. Su objetivo no consiste en hacer calzar sus demandas por justicia ecológica dentro de los sistemas ya elaborados de la teoría de la justicia, sino que por el contrario, pretenden modificar el sistema liberal imperante de justicia. Existen así algunos que han querido reconceptualizar la justicia desde su posición ecologista.[195] Es decir, buscan ampliar la comunidad de la justicia más allá del mundo humano. Cabe señalar que impor-

---

los principios de justicia sobre la base de consideraciones generales y no sobre cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares. Una de dichas restricciones supone que las personas pueden ser parte de cualquier generación y no necesariamente de la generación presente. Es decir, las personas en la posición original no tienen ninguna información respecto a qué generación pertenecen. "Estas amplísimas restricciones al conocimiento son apropiadas en parte porque entre las generaciones y dentro de ellas se plantean cuestiones de justicia social, por ejemplo, la cuestión de cuál es la cantidad de ahorros apropiada o la cuestión de la conservación de los recursos naturales y del medio natural…" "Para abordar la cuestión de la justicia entre generaciones he modificado el supuesto de la motivación añadiendo una restricción adicional. Con estos ajustes ninguna generación tiene la posibilidad de formular principios diseñados especialmente para promover su propia causa, pudiendo deducirse algunos límites significativos acerca de los principios del ahorro".

[191] Schlosberg, D, ob.cit. (nº1), p. 113.

[192] Wissenburg, M., "An Extension of the Rawlsian Savings Principle to Liberal Theories of Justice in General", en Dobson, A., (Ed.), *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability and Environmental Justice* (Oxford University Press, 1999), p. 174.

[193] Ibid.

[194] Ibid, pp. 190-196.

[195] Bosselmann, K., "Ecological Justice and Law…", ob.cit. (nº1), pp. 137-142.

tantes autores –dentro de los más populares Aldo Leopold– proponen la valoración de la naturaleza por sí misma, sin embargo, no desarrollan esta idea dentro de una teoría de la Justicia Ambiental.[196]

Para lograr dicho objetivo, según Schlosberg, es necesario analizar y extender los elementos del reconocimiento, capacidades y participación de la teoría de la justicia a una teoría de la justicia ecológica. Estos elementos permitirían incorporar al mundo natural en la comunidad de justicia tanto por su valor en sí mismo como por su importancia para el mundo humano.

En cuanto al *reconocimiento,* la pregunta que se plantea desde la perspectiva de la justicia ecológica, consiste en determinar qué es lo especial que se debe "reconocer" en la naturaleza para hacerle justicia. Schlosberg examina dos enfoques diferentes que permitirían expandir la comunidad de justicia a la naturaleza: en primer lugar, el de las similitudes y, luego, el del *status*.[197]

El enfoque de las *similitudes* se refiere a buscar las particularidades que comparten los seres humanos y los otros elementos o partes de la naturaleza. Postula como ejemplos de similitudes la existencia de necesidades, de sensibilidad, la potencialidad de desarrollo, o la integridad física. Esta línea argumentativa –se preocupa de aclarar el autor– no postula la igualdad entre seres humanos y naturaleza, sino que más bien la existencia de cualidades similares que por ser tales permiten reconocerlas e incluirlas en la esfera de la justicia. Es decir, el punto que se quiere plantear es que fácilmente se pueden encontrar similitudes entre los seres humanos y la naturaleza sobre los cuales construir una comunidad moral y a través del reconocimiento de esas similitudes construir una teoría de la justicia más inclusiva.[198] Una de las características comunes a la naturaleza y los seres humanos, que ha sido objeto de mayor atención, es la de la integridad y, en particular, la integridad de los sistemas. El reconocimiento tanto de los seres humanos como el de la naturaleza no humana se podría basar fundamentalmente en el respeto a la integridad física o corporal, ya que esta característica incluiría todas las demás: el potencial de desarrollo, la autonomía, la resiliencia y la posibilidad de autorregularse. De esta manera, el enfoque de las similitudes va más allá de los individuos y especies de la naturaleza, hacia un enfoque ecosistémico. Se trata del reconocimiento del potencial de un ecosistema de mantener su integridad y desarrollarse.[199]

El enfoque del *status* busca, por su parte, entender las barreras existentes para que se dé el reconocimiento. Es decir, la falta de reconocimiento o el "mal" reconocimiento

---

[196] Leopold, A., *A Sand County Almanac and Sketches Here and There* (Oxford University Press, 1949), 228 pp.

[197] Schlosberg, D., ob.cit. (nº1), pp. 133-142.

[198] Ibid, p. 136.

[199] Ibid, p. 137.

genera un perjuicio en el *status* de los sujetos de la comunidad de justicia. Este enfoque lo que pretende no es valorizar la identidad de un individuo o grupo, como el enfoque anterior, sino que superar la subordinación existente entre la naturaleza y los seres humanos. Si se entiende el reconocimiento en un sentido estructural, como la necesidad de inclusión del sujeto en todas las decisiones que lo impactan, no hay razón para excluir a la naturaleza no humana de una teoría de la justicia. El tratar a la naturaleza como un fin en sí mismo, con integridad y autonomía, permite que el reconocimiento sea a un *status* del mundo natural. Entonces, ¿en qué consiste una ausencia de reconocimiento del mundo natural? Tal como ya se mencionó, Fraser reconoce tres formas de ausencia de reconocimiento respecto de los seres humanos, los que se pueden extender también a la naturaleza. Estas son las siguientes: a) una práctica general de dominación cultural; b) un patrón de no reconocimiento, que es el equivalente a ser considerado invisible; y c) una falta de respeto sistemática o ser objeto de representaciones públicas estereotipadas. Este enfoque del status permite ir más allá del lenguaje individualista y liberal de la justicia y reconocer el potencial de la naturaleza, su integridad, en una escala mucho mayor.[200]

En cuanto a las *capacidades* Schlosberg sostiene que incluye todo aquello que sea necesario para el pleno desempeño tanto del mundo humano como del no humano. Es decir, dicho elemento se refiere a la plenitud del proceso de la vida en general. Amartya Sen y Martha Nussbaum, han explorado la extensión de este elemento a la naturaleza, aun cuando Sen en realidad lo ha realizado sólo desde la perspectiva de las futuras generaciones. Ha sido Nussbaum quien realmente ha analizado este elemento en relación con el mundo natural no humano, aun cuando lo ha hecho de manera restringida, al referirse exclusivamente a los animales, como seres individuales, incorporándolos a la comunidad de justicia.[201] Schlosberg es crítico de esta aproximación restringida puesto que sostiene que el elemento de las capacidades se puede llevar más allá de los animales a una noción más amplia de justicia ecológica.[202] En efecto, según Schlosberg, la teoría de Nussbaum –liberal e individualista– no se hace cargo de una característica esencial de la naturaleza: el daño a las especies ocurre, en la práctica, fundamentalmente a través de la pérdida de hábitat, de los ecosistemas de soporte, de las relaciones entre los diferentes elementos de la naturaleza. Es el pleno funcionamiento del sistema, no de los individuos, lo que se encuentra al centro del problema ecológico. Si el elemento de las capacidades se refiere a la plenitud del proceso de la vida debe tratarse del sistema en su conjunto tanto como de los individuos que lo componen.[203]

---

[200] Ibid, p.140.

[201] Nussbaum, M.C., *Frontiers of Justice. Disabilities, Nationality, Species Membership* ob.cit. (nº175), pp. 325-407. En un capítulo de este libro, titulado *"Beyond Compassion and Humanity. Justice for Nonhuman Animals"*, la autora desarrolla la idea de las capacidades como elemento de la justicia respecto de los animales.

[202] Schlosberg, D., ob.cit. (nº1), p. 144.

[203] Ibid, p. 148.

Por último, con respecto a la *participación* Schlosberg se pregunta cómo se puede enfrentar la ausencia de reconocimiento y capacidades respecto del mundo natural no humano. Para ello, sostiene, es clave la justicia procedimental y la participación. Los mecanismos que permiten implementar este elemento apuntan a extender la legitimación activa, el acceso a la información ambiental y, sobre todo, la consideración del mundo natural en el proceso humano de adopción de decisiones. Es decir, para este autor, el conceder participación paritaria a la naturaleza no significa otorgar "votos" a los animales, sino que se trata de un objetivo más amplio consistente en el reconocimiento de la consideración del mundo natural no humano en la adopción de decisiones. Por lo tanto, la justicia ecológica no se podría lograr sin una expansión de la justicia procedimental y política.[204]

5. Conclusión

Según lo expuesto en este capítulo, la Justicia Ambiental es un concepto amplio y difícil de definir en toda su magnitud. Esta amplitud no deriva exclusivamente de la complejidad de las diversas dimensiones de la justicia, sino que también de lo extenso del concepto del medio ambiente. En efecto, la idea de medio ambiente incorpora diversos elementos tanto naturales como culturales y artificiales.[205] Por lo tanto, la intersección entre la idea de justicia y medio ambiente da como resultado un concepto que es amplio y cuyos límites son discutibles (según lo ya analizado).[206]

Sin embargo, hay ciertos elementos que constituyen el núcleo de la justicia en su relación con el medio ambiente y que, por lo tanto, determinan el contenido mínimo de la Justicia Ambiental. Estos elementos, que la distinguen de otras ideas, son el de la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales y el de la participación significativa en la adopción de las decisiones ambientales. Con respecto al primero, vale la pena recordar que no se debe confundir la equidad simplemente con una distribución

---

[204] Ibid, pp. 157-158.

[205] En Chile, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley Nº19.300) de 1994 define "medio ambiente" en su artículo 2 letra ll) como *el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.* Esta definición jurídica refleja una concepción amplia de ambiente, que incorpora el entorno artificial o construido, y el cultural, además del entorno natural. Otras definiciones elaboran un concepto más restringido, tal como el que da el catedrático español Ramón Martín Mateo que reduce el medio ambiente a los tres medios ambientales a través de los que se desplaza o deposita la contaminación, esto es, agua, aire y suelo. Citado por Bermúdez, J., *Fundamentos…,* ob.cit. (nº132), p. 54.

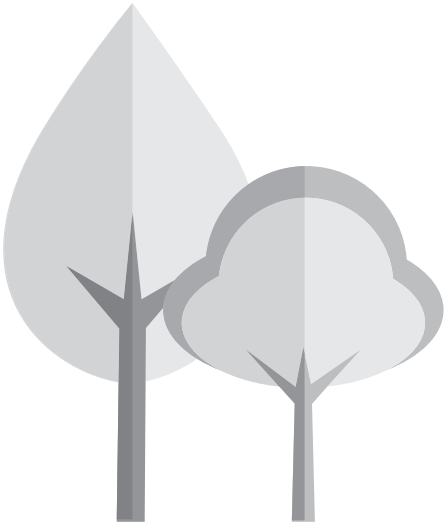
[206] En particular vale la pena resaltar en este punto lo señalado por Dobson, A., ob.cit. (nº35). El autor analiza las concepciones que derivan de la intersección entre las distintas dimensiones de la "sustentabilidad ambiental" y de la "justicia social". Concluye que, sin perjuicio que las agendas de la sustentabilidad ambiental y de la justicia social tienen objetivos diferentes, existen puntos en que se intersectan y que permiten la formulación de una idea de Justicia Ambiental que incluye la justicia respecto del mundo natural no humano.

matemática y proporcional de la "contaminación existente". Por el contrario, el objetivo de la Justicia Ambiental es lograr una disminución de la contaminación total, esto es, conseguir la protección de la calidad de vida y del medio ambiente de todas las personas y grupos de la sociedad. Como dice Barry Hill, "lo que finalmente se encuentra en juego en el debate sobre la Justicia Ambiental es la calidad de vida de cada uno. El objetivo es la igualdad en la protección, no la igualdad en la contaminación".[207] Por otro lado, la participación –como elemento de la Justicia Ambiental– se manifiesta en el trato justo e igualitario para todas las personas en el proceso de adopción de decisiones. Este elemento va más allá del resultado o de las consecuencias de una decisión y se focaliza en el proceso previo.

Sin perjuicio que exista un contenido mínimo de la Justicia Ambiental, también se han identificado otros elementos que permiten abordar íntegramente el objetivo que ésta persigue. En particular se puede resaltar el elemento ecológico que permite entender la Justicia Ambiental desde una perspectiva o dimensión diferente y novedosa.

De aquí, que la Justicia Ambiental sea un concepto complejo, que se puede abordar desde enfoques o dimensiones diferentes pero que cuenta con un núcleo conceptual conformado por la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales y por la participación significativa en las decisiones. Tales elementos serán los centrales en el análisis que sigue en los siguientes capítulos.

[207] Hill, B., ob.cit. (nº19), p. 4. *"What is ultimately at stake in the environmental justice debate is everyone's quality of life. The goal is equal protection, not equal pollution*".



LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Introducción

El capítulo anterior analiza el concepto de Justicia Ambiental desde su formulación histórica y teórica. Corresponde a continuación preguntarse acerca del lugar que esta idea ocupa en el ordenamiento jurídico. ¿Se trata de un derecho subjetivo de los individuos a la igualdad en materia ambiental? ¿Constituye un deber del Estado cumplir con los requisitos de la Justicia Ambiental en todas sus dimensiones? ¿Es posible exigir que el ordenamiento jurídico –nacional, comparado, internacional– incorpore los elementos de la Justicia Ambiental en sus normas? ¿Pueden los jueces aplicar un principio de Justicia Ambiental al momento de resolver un conflicto? ¿Corresponde a la autoridad administrativa incorporar criterios de Justicia Ambiental al momento de adoptar decisiones ambientales? En fin, ¿constituye – en el fondo– la Justicia Ambiental una norma jurídica?

Con el objeto de responder estas preguntas se identificarán, a continuación, algunas expresiones jurídicas de las dimensiones y elementos de la Justicia Ambiental. Para ello, se revisarán ejemplos concretos del derecho nacional, comparado o internacional en que estos elementos se plasman. Se han seleccionado aquéllos que han sido más analizados por la doctrina y jurisprudencia. Con posterioridad –en la sección siguiente de este capítulo– se analizará la naturaleza jurídica de la Justicia Ambiental, sobre la base de estos ejemplos, para finalmente terminar este capítulo afirmando la naturaleza jurídica normativa de la Justicia Ambiental.

2. Normas jurídicas que contienen elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental

2.1 El derecho a la igualdad y a la no discriminación

Este derecho constituye un derecho humano consagrado tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como por prácticamente todas las constituciones políticas nacionales.[1] Aquí se hará particular referencia al caso norteamericano puesto que es este país en donde el derecho a la igualdad se ha pretendido aplicar como norma jurídica que promueve los objetivos y el contenido de la Justicia Ambiental, en particular, los elementos de la equidad en la distribución y del reconocimiento.

2.1.1. "Equal Protection Clause"

En EE.UU. se ha invocado, desde el comienzo del movimiento por la Justicia Ambiental, el derecho a la igualdad y no discriminación como base jurídica para llevar adelante litigios judiciales en esta materia.[2] La principal fuente legislativa de este derecho se encuentra en la Enmienda Nº14 de la Constitución –adoptada con posterioridad a la Guerra Civil norteamericana, en 1868– que establece la "cláusula de igual protección" (*equal protection clause*) que expresamente provee que "los Estados no pueden negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes".[3] De acuerdo con el derecho norteamericano esta cláusula se aplica a actos discriminatorios provenientes de los Estados y también del gobierno federal –por lo tanto, no aplica a los actos discriminatorios privados– y requiere probar la "intención" de discriminar del demandado.[4] El estándar de revisión judicial aplicable respecto de actos impugnados a partir de esta cláusula se conoce como la "prueba de la base racional" (*rational basis test*) consistente en que las cortes, al revisar una determinada distinción regulatoria que se impugna como discriminatoria, procederán a validarla en la medida que tenga una base razonable.[5] Sin embargo, cuando la distinción se basa en la raza, o cuando una ley interfiere con derechos fundamentales como la libre expresión, existe un estándar de

---

[1] Nuestra Constitución Política consagra este derecho fundamental en el artículo 19 que asegura a todas las personas en su Nº2: *La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

[2] Hill, B., *Environmental Justice, Legal Theory and Practice* (Environmental Law Institute Press, 2009), p. 245.

[3] Weinberg, P. "Chapter One: Equal Protection", en Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008), p. 3. Traducción propia de la frase *"… the states may not deny to any person within their jurisdiction the equal protection of the laws"*.

[4] Ibid, p. 4.

[5] Ibid, p. 5.

revisión más riguroso. En estos casos es el gobierno el que debe probar que la distinción o la regulación en cuestión cumple con un interés gubernamental ineludible.

En el ámbito particular del medio ambiente y del ordenamiento territorial, es difícil encontrar la existencia de regulaciones expresamente discriminatorias contra minorías raciales, cuestión que sin dudas permitiría hacer valer la "cláusula de igual protección". El foco del conflicto en estas materias, en cambio, se dirige a aquellas leyes y regulaciones que –aparentemente neutrales– se aplican de manera discriminatoria. Es la aplicación de la norma la que puede implicar una discriminación, por lo que la impugnación se realiza contra la decisión de la autoridad.

La primera acción judicial que se basó en esta cláusula para reclamar por la Justicia Ambiental fue *Bean v. Southwestern Waste Management Corp*.[6] Los demandantes interpusieron una acción –solicitando provisoriamente una medida cautelar– contra una decisión de la autoridad sanitaria (*Texas Department of Health*) que autorizó, en 1979, la localización de un vertedero de residuos sólidos, a sólo 600 metros aproximadamente de un colegio predominantemente afroamericano, y que no contaba con aire acondicionado. De acuerdo a los demandantes la decisión habría estado motivada por una discriminación racial, en la medida que formaba parte de un patrón de conducta de la autoridad respecto a la localización de este tipo de instalaciones. La Corte rechazó esta teoría puesto que no encontró suficientes datos estadísticos que permitieran probar que la decisión habría sido adoptada con la intención de discriminar sobre la base de la raza.[7] Con posterioridad a este caso han existido otros con resultados similares.[8]

2.1.2. "Civil Rights Act"

Otra fuente legal del derecho a la igualdad y a la no discriminación en EE.UU. está dada por el Título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act*).[9] El Título VI prohíbe la discriminación por parte de programas que reciban financiamiento federal,[10] lo que incluye virtualmente a todas las agencias ambientales estatales. De la misma manera que la cláusula de igual protección, requiere probar la intención de discriminar. Sin embargo, el mismo Título VI autoriza a las agencias federales que otorgan financiamiento a

---

[6] Smith, K., "How the Legal System has failed the Environmental Justice Movement", en *Journal of Natural Resources and Environmental Law,* Nº12, 1996-1997, p. 334.

[7] Ibid.

[8] Los siguientes son los casos más citados: *East Bibb Twiggs v. Macon Planning and Zoning Commission* (1990); *R.I.S.E. v. Kay* (1991). Ambos se refieren a la localización de vertederos en zonas predominantemente afroamericanas, los que fueron rechazados por la misma razón, esto es, por no poder probar la intención de discriminar. Ver Weinberg, P., ob.cit. (nº3), pp. 10-12.

[9] Mank, B. "Chapter Two: Title VI", en Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), ob.cit. (nº3), p. 23.

[10] *"No person in the United States shall, on the ground of race, color, or national origin, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance*. (Section 601, Title VI)."

dictar regulaciones que prohíban al estado receptor o agencias locales involucrarse en prácticas que "causen efectos discriminatorios".[11] Como consecuencia de esta disposición, diversas agencias federales –incluida la *Environmental Protection Agency* (EPA)– han dictado regulaciones que prohíben a las agencias receptoras involucrarse en prácticas que causen impactos dispares o discriminatorios.[12] En estos casos, se ha establecido que la exigencia de probar la intención discriminatoria es menos relevante, puesto que la prueba del efecto discriminatorio en sí mismo sería suficiente para demostrar la existencia de una discriminación ilegal.[13] Sin embargo, al menos hasta 1993 la EPA no hizo cumplir el estatuto que implementaba el Título VI aduciendo que terminar con el financiamiento a las agencias locales impediría cumplir con el objetivo principal de la EPA consistente en la descontaminación ambiental. Con la dictación de la Orden Ejecutiva Nº 12.898 en 1994, la política de la EPA cambió, sin embargo, hasta el año 2005 no se había aceptado ninguna denuncia basada en las regulaciones que implementan el Título VI.[14]

La experiencia norteamericana en la aplicación de este derecho a causas de Justicia Ambiental no es auspiciosa, sin embargo, su aplicabilidad en cada país dependerá de los requisitos nacionales para establecer una situación de discriminación. En todo caso, de lo que no cabe duda es que el derecho a la igualdad incorpora el elemento de la equidad de la idea de Justicia Ambiental y las dimensiones distributiva y política analizadas en el capítulo anterior.

2.2 El derecho a la participación pública en la adopción de decisiones ambientales

La Convención de Aarhus *sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente,* de 1998,[15] es un tratado que fija estándares mínimos que se deben cumplir por los Estados para garantizar un adecuado acceso a los mecanismos que permiten exigir el cumplimiento de la normativa ambiental o para obtener los remedios adecuados en la solución de conflictos ambientales.[16] Es decir, esta convención parte de la base que las estructuras

---

[11] *"Each Federal department and agency which is empowered to extent Federal financial assistance to any program or activity, by way of grant, loan, or contract other than a contract of insurance or guaranty, is authorized and directed to effectuate the provisions of Section 2000d of this title with respect to such program or activity by issuing rules, regulations or orders of general applicability which shall be consistent with the achievement of the objectives of the statute authorizing the financial assistance in connection with which the action is taken."*

[12] Mank, B., ob.cit. (nº9), p. 24.

[13] Smith, K., ob.cit. (nº6), p. 338.

[14] Mank, B, ob.cit. (nº9), pp. 26-30.

[15] Esta Convención entró en vigencia en el año 2001 y sólo para el territorio de la UNECE (Europa). Sin embargo, constituye el referente internacional en la materia.

[16] Bell, S. & McGillivray, D., *Environmental Law* (Oxford University Press, Sixth Edition, 2006), p. 340.

institucionales y los procedimientos adecuados son fundamentales para obtener una decisión justa.[17]

De acuerdo con esta Convención, existen tres pilares fundamentales del derecho a la participación pública,[18] que se traducen en las siguientes tres normas:

2.2.1. El acceso a la información ambiental

El artículo 4 Nº1 de la Convención dispone:

> *"Cada Parte procurará que, sin perjuicio de lo expresado en los apartados siguientes del presente artículo, las autoridades públicas pongan a disposición del público, en el marco de su legislación nacional, las informaciones sobre el medio ambiente que les soliciten, en particular, si se hace tal petición y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) Infra, copias de los documentos en que las informaciones se encuentren efectivamente consignadas, independientemente de que estos documentos incluyan o no otras informaciones: (…)".*

El acceso a la información ambiental en el ámbito internacional se establece de tres maneras distintas:[19] el deber del Estado de disponer de información o intercambiarla con otros Estados; el deber de un Estado de poner información a disposición de una organización internacional; y el acceso a la información ambiental como un derecho subjetivo de los ciudadanos. La Convención de Aarhus es manifestación de esta última manera. En el derecho chileno este antecedente ha sido inspiración del contenido de la reforma a la LBGMA ocurrida en el 2010 mediante la Ley Nº20.417. En efecto, el nuevo artículo 31 bis[20] consagra este derecho de manera coherente con lo dispuesto por la Ley Nº20.285

---

[17] Siguiendo a aquellos autores que promueven la dimensión política de la Justicia Ambiental, que fue analizada en la sección 3.2 del primer capítulo.

[18] *El Principio 10 de la Declaración de Río también lo reconoce al señalar: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.*

[19] Bermúdez, J. "Acceso a la Información Pública y Justicia Ambiental. Interrelaciones de dos instituciones de Derecho Administrativo Ambiental", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXIV, 2010, p. 575.

[20] Artículo 31 bis): *Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.*

Se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre las si-

sobre Acceso a la Información Pública, estableciendo el deber del Estado de proporcionar toda la información ambiental que se encuentre en poder de la Administración.

El acceso a la información ambiental es condición de la Justicia Ambiental en sus diversas dimensiones.[21] Sin duda es requisito *sine qua non* de la Justicia Ambiental en su dimensión política, pero a su vez constituye "un aporte real para alcanzar una distribución de servicios y cargas ambientales equitativa".[22]

2.2.2. El acceso a la Justicia Ambiental

El artículo 9 Nº1 de la Convención dispone:

> *"Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, porque toda persona que estime que su solicitud de información en aplicación del artículo 4 no ha sido atendida, ha sido rechazada ilícitamente, en todo o en parte, no ha obtenido una respuesta suficiente, o que, por lo demás, la misma no ha recibido el tratamiento previsto en las disposiciones de dicho artículo, tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley. En el caso de que una Parte establezca tal recurso ante un órgano judicial, velará porque la persona interesada tenga también acceso a un procedimiento rápido establecido por la ley que sea gratuito o poco oneroso, con miras al reexamen de la solicitud por una autoridad pública o a su examen por un órgano independiente e imparcial distinto de un órgano judicial. Las decisiones finales adoptadas en virtud del presente apartado 1 serán obligatorias para la autoridad pública que posea las informaciones. Los motivos que las justifiquen se indicarán por escrito, por lo menos cuando se deniegue el acceso a la información en virtud de este apartado."*

---

guientes cuestiones: a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos. b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior. c) Los actos administrativos relativos a materias ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento. d) Los informes de cumplimiento de la legislación ambiental. e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la letra c). f) El estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o por cualquiera de los factores y medidas señaladas en las letras b) y c). g) Toda aquella otra información que verse sobre medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2º de la ley.

[21] Bermúdez, J., ob.cit. (nº19), p. 590.

[22] Ibid, p. 595.

Se ha sostenido que el acceso a la Justicia Ambiental tiene, a su vez, tres elementos principales: la "legitimación activa", que determina quién tiene el derecho a acudir a los tribunales; un "aspecto material", relacionado con los recursos necesarios para interponer una acción en esta materia; y los "remedios" que la legislación contempla para resolver los conflictos.[23] La Convención de Aarhus es particularmente relevante en torno al primero de dichos elementos, sin embargo, no constituye un gran aporte en relación con los otros dos.[24]

En el derecho nacional la creación de los Tribunales Ambientales mediante la Ley Nº20.600 de 2012 viene a reforzar el acceso a la Justicia Ambiental, aun cuando no reúna todas las condiciones necesarias para garantizar sus elementos principales. En efecto, en cuanto a la legitimación activa la ley no innova limitándose –por regla general– a los directamente afectados por algún acto administrativo o daño ambiental.[25] Tampoco establece disposiciones relativas a los recursos materiales necesarios para que la ciudadanía pueda interponer acciones ante los tribunales.

2.2.3. La participación pública

La Convención distingue entre la participación del público en las decisiones relativas a actividades específicas (artículo 6), en los planes, programas y políticas relativos al medio ambiente (artículo 7) y en la elaboración de disposiciones reglamentarias, o de instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general (artículo 8). Respecto de cada situación exige a los Estados una serie de requisitos que garantizan la participación informada y oportuna en las decisiones respectivas.

El ordenamiento jurídico nacional contempla diversos mecanismos de participación ciudadana en la adopción de decisiones ambientales.[26] Los principales ejemplos son las

---

[23] Holder, J. & Lee, M., *Environmental Protection, Law and Policy* (Cambridge University Press, Second Edition, 2007), p. 116.

[24] En efecto, dicha Convención amplía la interpretación tradicional de la Corte Europea respecto a la legitimación activa, otorgando a las organizaciones no gubernamentales (ONGs) el derecho a representar los intereses del público. Ver Crossen, T. & Niessen, V., "NGO Standing in the European Court of Justice-Does the Aarhus Regulation Open the Door?" en *RECIEL* 16 (3), 2007, p. 332.

[25] Ver artículo 18 de la Ley Nº20.600 de 2012. En particular, llama la atención que el Nº1 del artículo 18 –en cuanto a las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establecen normas de calidad o de emisión, zonas latentes o saturadas y planes de prevención o descontaminación– mantenga el requisito establecido en el artículo 50 de la LBGMA que exige acreditar perjuicio por parte del reclamante. Este requisito es difícil de cumplir, al menos respecto de las normas de calidad y las declaraciones de zona latente o saturada, si se interpreta perjuicio desde la perspectiva tradicional del derecho común. Ver Bermúdez, J. "El Control Judicial de las Normas Primarias de Derecho Ambiental. Déficit de Aplicación y Errores en el Diseño Legal", en Ferrada, J.C. (Coord.), *La Justicia Administrativa* (Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2005), pp. 295-296.

[26] Mirosevic, C., *Mecanismos de Participación Ciudadana en el Ordenamiento Jurídico* (Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2013), pp. 245-316.

etapas de participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental[27] y la de consulta a los organismos públicos y privados, en la elaboración de Normas de Calidad y de Emisión y en los Planes de Prevención y Descontaminación.[28] Con la reforma de 2010 se incorporó un nuevo instrumento de gestión ambiental, la Evaluación Ambiental Estratégica, que también incluye una etapa de participación.[29] Sin embargo, a pesar de la existencia de estos mecanismos en el ordenamiento jurídico nacional su regulación específica no contempla todos los requisitos que exige una dimensión política de la Justicia Ambiental, según lo ya analizado.

Cabe señalar, por último, que la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales contempla normas en materia de acceso a la información ambiental, acceso a la Justicia Ambiental y participación ciudadana en las decisiones sobre medio ambiente, aunque el rango de las garantías varía considerablemente.[30] Esto quiere decir, que se reconocen los elementos de la Justicia Ambiental referidos a participación y al elemento colectivo –en la medida que se amplíe la legitimación activa– en la mayoría de los ordenamientos jurídicos ambientales.

2.3. El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas

Este principio se basa en la equidad en la distribución, incorporando en particular los criterios de las "necesidades" y las "responsabilidades históricas" como métodos de asignación de cargas y beneficios entre los Estados.[31] La Declaración de Río reconoce este principio en diversas disposiciones. De particular importancia son las siguientes:

> *Principio 6: "Se deberá dar especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental. En las medidas internacionales que se adopten con respecto al medio ambiente y al desarrollo también se deberían tener en cuenta los intereses y las necesidades de todos los países."*
>
> *Principio 7: "Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe*

[27] Artículos 26 a 31 de la Ley Nº19.300 de 1994, modificada por la Ley Nº20.417 de 2010, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA).

[28] Artículo 32 de la LBGMA.

[29] Artículo 7 ter de la LBGMA.

[30] Ver Foster, S., "Chapter Seven. Public Participation", Weintraub, B., "Chapter Eight: Access to Information", y Chapnick, E. "Chapter Eleven. Access to the Courts", todos en: Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), ob.cit. (nº3).

[31] Shelton, D., "Equity", en Bodansky, D., Brunée, J., & Hey, E. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007), p. 657.

> *en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen."*

La búsqueda de la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales se refleja con fuerza en diversos tratados internacionales que tienen por objeto enfrentar los principales problemas ambientales globales. En particular, la Convención de Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto son ejemplos claros de normas ambientales que establecen obligaciones basadas en este principio.[32] En efecto, la asignación de los beneficios y las cargas en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y en las medidas de mitigación y adaptación a los impactos del cambio climático constituyen manifestaciones concretas de obligaciones basadas en la justicia distributiva entre los países desarrollados y en desarrollo.[33]

Sin perjuicio que la idea de equidad en la distribución de cargas y beneficios ambientales entre los países desarrollados y en desarrollo –que engloba el principio de la responsabilidad común pero diferenciada– constituye una manifestación clara de la dimensión distributiva de la Justicia Ambiental, es interesante señalar que para Dinah Shelton es la dimensión correctiva de la Justicia Ambiental la que en realidad fundamenta este principio, en la medida que obliga al mundo desarrollado a hacerse cargo de los daños pasados, presentes y futuros.[34]

2.4. Los principios de equidad intra e intergeneracional

Uno de los tres elementos o pilares del desarrollo sustentable es la equidad social, que se refleja en los principios de equidad intra e intergeneracional.[35] El primero tiene por objeto asegurar la justicia entre los seres humanos que se encuentran vivos en la actualidad. En virtud de este principio, los Estados y la comunidad internacional deben asignar equitativamente los recursos escasos para asegurar que sus beneficios, los costos asociados a su protección y cualquier degradación que ocurra, se comparta equita-

---

[32] Otros tratados que también se basan en el principio de la responsabilidad común pero diferenciada son, por ejemplo, la Convención de Viena para la protección de la Capa de Ozono (1985) y su Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (1987). Al respecto ver: Mickelson, K., "Competing narratives of justice in North-South environmental relations: the case of the ozone layer depletion", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, 2009), pp. 297-315.

[33] Brunee, J., "Climate Change, global environmental justice and international environmental law", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), ob.cit. (nº32), pp. 316-332.

[34] Shelton, D., "Describing the elephant: international justice and environmental law", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), ob.cit. (nº32), p. 67.

[35] Sands, P., *Principles of International Environmental Law* (Cambridge University Press, Segunda Edición, 2003), pp. 252-266.

tivamente por todos los miembros de la sociedad.[36] La equidad intergeneracional, por su parte, apunta a la equidad en la utilización de los recursos entre las generaciones humanas pasadas, presentes y futuras.[37] El primero de estos principios tiene un contenido directamente vinculado a lo que comúnmente se entiende por justicia distributiva, sin embargo, tal como se ha analizado con anterioridad la dimensión distributiva de la Justicia Ambiental incorpora la justicia con las futuras generaciones. De ahí que ambos principios se relacionan y son indispensables para el cumplimiento de los objetivos de justicia en materia ambiental.[38]

Sin perjuicio de ello, también se trata de principios que pueden entrar en conflicto. En efecto, la satisfacción de las necesidades de las generaciones actuales puede poner en riesgo opciones de sustentabilidad a largo plazo. En este contexto Edith Brown Weiss ha sugerido la aplicación de ciertos estándares que derivan del principio de la equidad intergeneracional y que se sitúan entre dos visiones extremas –la que obliga a preservar todos los recursos para las futuras generaciones y la que justifica un modelo de consumo y de maximización de la riqueza de las actuales generaciones–.[39] Según esta autora hay tres estándares que derivan del principio de equidad intergeneracional que se deben respetar: la "conservación de las opciones"; la "conservación de la calidad"; y la "conservación del acceso". El primero sostiene que "cada generación debe conservar la diversidad de la base de los recursos naturales y culturales de manera que no restrinja indebidamente las opciones disponibles para las futuras generaciones de resolver sus problemas y satisfacer sus propios valores".[40] La conservación de la calidad, por su parte, se refiere a que "cada generación debe mantener la calidad del planeta de manera de entregarlo en condiciones no peores a las que la generación presente lo recibió".[41] Y, por último, la conservación del acceso alude a que "cada generación debe proveer a sus

---

[36] Shelton, D., "Equity…", ob.cit. (nº31), p. 642.

[37] Maggio, G.F., "Inter/intra-generational Equity: Current Applications under International Law for Promoting the Sustainable Development of Natural Resources", en *Buffalo Environmental Law Journal*, Vol. 161, 1996-1997, p. 163.

[38] Esta posición –la de la necesidad de integrar la equidad intra e intergeneracional para lograr una verdadera Justicia Ambiental– es defendida explícitamente por Laura Westra en su libro *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations. Law, Environmental Harm and the Right to Health* (Earthscan, 2006), p. 140.

[39] Brown Weiss, E., "Intergenerational Equity in International Law", en *Proceedings of the Anual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 81, 1987, pp. 128-131. Con posterioridad, la autora ha desarrollado esta posición en diversos trabajos como, por ejemplo, "The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity" en *Ecology Law Quarterly,* Volumen 11, 1988, pp. 495-581.

[40] Ibid, p. 129. Traducción propia de *"Each generation should be required to conserve the diversity of the natural and cultural resource base, so that it does not restrict unduly the options available to future generations in addressing their problems and satisfying their own values."*

[41] Ibid, p. 130. Traducción propia de *"Each generation should be required to maintain the quality of the planet so that it is passed on in no worse condition than the present generation received it."*

miembros con derechos equitativos de acceso al legado de las generaciones pasadas".[42] Estos tres estándares permiten establecer límites a los dos modelos extremos ya mencionados y balancear las necesidades de las generaciones presentes con las de las generaciones futuras.

Algunos de estos estándares y principios son reconocidos en la práctica por una serie de normas de diversos tratados internacionales ambientales[43] y son planteados en términos más generales por la Declaración de Río en varias de sus disposiciones, tal como el principio 6 transcrito con anterioridad (equidad intrageneracional) y el principio 3 que se refiere a la equidad intergeneracional y que dispone lo siguiente:

> *"El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras."*

Por lo tanto, de lo dicho con anterioridad se deduce que las generaciones actuales tienen la obligación de mantener la integridad del planeta para las futuras generaciones. Tal como dice Dinah Shelton, "la equidad intergeneracional se basa en el reconocimiento de dos factores: 1. Que la vida humana surge y depende de los recursos naturales de la Tierra, incluyendo sus procesos ecológicos y, por lo tanto, es inseparable de las condiciones ambientales; y 2. Que los seres humanos tienen una capacidad única para alterar el medio ambiente del cual la vida depende".[44]

Este principio se refiere, entonces, tanto a la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales como también a la conservación de la integridad de los ecosistemas. Ambos aspectos fueron analizados con anterioridad al tratar el elemento de la equidad y el elemento ecológico de la Justicia Ambiental.

---

[42] Ibid. Traducción propia de *"Each generation should provide its members with equitable rights of access to the legacy from past generations."*

[43] Ejemplos: Numerosas disposiciones de la Convención de Diversidad Biológica aplican estándares de equidad intrageneracional (tales como las que regulan el acceso a los recursos genéticos, la distribución de beneficios provenientes de los recursos genéticos o la transferencia de tecnologías de países desarrollados a países en desarrollo). La Convención Marco sobre Cambio Climático también aplica estándares de equidad intrageneracional (en la distinción entre países desarrollados y en desarrollo para efectos de determinar su obligación de reducción de emisiones) e intergeneracional (al establecer la obligación de reducir emisiones de Gases de Efecto Invernadero con el objeto de revertir el fenómeno del cambio climático que puede generar en el futuro impactos mayores en los ecosistemas y en la vida en el planeta).

[44] Shelton, D., "Equity"… ob.cit. (nº36), p. 643. Traducción propia de "*Intergenerational equity is based on the recognition of two key facts: 1. That human life emerged from, and is dependent upon, the Earth's natural resource base, including its ecological processes, and is thus inseparable from environmental conditions; 2. That human beings have a unique capacity to alter the environment upon which life depends*".

2.5 El principio del uso equitativo de los recursos naturales

La utilización equitativa de los recursos naturales es un principio ampliamente aceptado en el derecho internacional en materia de repartición de cursos de agua, de pesquerías, y de la plataforma continental.[45] Se basa en la idea de equidad en la distribución de un recurso entre quienes lo utilizan. Es decir, cuando existen recursos naturales compartidos[46] entre dos o más Estados el derecho internacional reconoce que se deben respetar los intereses de todos ellos de acuerdo con estándares y procedimientos equitativos.[47] La aplicación más relevante de este principio tiene lugar a través del principio del uso equitativo de los lagos y ríos internacionales que conforman una frontera común entre países o que se ubican al interior de más de un Estado.[48] De acuerdo con este principio todos los Estados ribereños de un río o lago compartido tienen derecho a una parte equitativa y razonable de los usos de dichas aguas. En sentido inverso, ninguno de ellos puede usar las aguas de manera que interfiera con los intereses legítimos de los demás Estados ribereños.[49] Más de 300 tratados que regulan el uso de cursos de agua internacionales han recogido este principio.[50]

La Convención de Naciones Unidas sobre los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la Navegación (Convención sobre Cursos de Agua) de 1997[51] consagra este principio en su artículo 5, de la siguiente manera:

> *Artículo 5. Utilización y participación equitativas y razonables.*
>
> *1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional*

---

[45] Ibid, p. 647. Este principio se ha visto reafirmado por la Corte Internacional de Justicia en los siguientes casos: el del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría vs. Slovakia) en 1997 y los casos sobre la jurisdicción en las pesquerías (Reino Unido vs. Islandia; Alemania vs. Islandia) 1974.

[46] El alcance del término "recursos naturales compartidos" ha sido ampliamente discutido en el derecho internacional sin que se haya llegado a un consenso en torno a su definición. Las razones que justifican esta dificultad dicen relación con la posible limitación en la soberanía de los países. Sin embargo, el hecho evidente de la existencia de recursos que geográficamente se encuentran en más de un territorio nacional ha exigido la adopción de normas y decisiones judiciales en la materia. Rainee, J. "The Work of the International Law Commission on Shared Natural Resources: The Pursuit of Competence and Relevance", en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75, 2006, pp. 322-323. En el capítulo tercero se aborda este tema con mayor profundidad.

[47] Bilder, R., "International Law and Natural Resources Policies", en *Natural Resources Journal*, Vol. 20, 1980, p. 459.

[48] Ibid.

[49] Ibid.

[50] Ibid.

[51] Esta Convención no ha entrado todavía en vigencia ya que exige 35 ratificaciones, existiendo hasta la fecha sólo 24. Ver: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en#1 (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

> *con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate.*
>
> *2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención.*

Un aspecto interesante de esta Convención es que enumera los factores que se deben tener en cuenta para definir cuál es el uso equitativo y razonable del recurso. En primer lugar sostiene que ningún uso tiene prioridad sobre otro, salvo acuerdo o costumbre en contrario y que cuando exista conflicto entre varios usos se debe resolver sobre la base de los factores que se indican en la convención, teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales.[52] Esta disposición representa una clara afirmación de la prioridad que tienen los intereses públicos en la regulación de los recursos naturales, y se ha interpretado que las necesidades humanas vitales incluyen el acceso al agua para tomar y para la producción de alimentación, enfatizando el carácter socioeconómico de los factores que se individualizan en el artículo 6.[53]

El artículo 6 enumera cuáles son los factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable:

> *"1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros:*
>
> *a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales;*
>
> *b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate;*
>
> *c) La población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua;*
>
> *d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua;*
>
> *e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua;*
>
> *f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto;*

---

[52] Artículo 10 (2) de la Convención.

[53] Barnes, R., *Property Rights and Natural Resources* (Oxford and Portland, Oregon, 2009), p. 233.

> *g) La existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto.*
>
> *2. (…)*
>
> *3. El peso que se asigne a cada factor dependerá de su importancia en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se examinarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores."*

El principio del uso equitativo va unido –no sólo en la Convención sino que en el derecho internacional en general– a la obligación de no causar daño[54] y conforman la base sustantiva de la regulación en esta materia.[55]

Este principio es, por lo tanto, un principio de justicia distributiva que, aunque amplio e indeterminado, permite incorporar y balancear las circunstancias relevantes de cada caso en la determinación de la distribución de las cargas y beneficios provenientes del acceso y uso de recursos naturales compartidos.

2.6. Ordenamiento territorial

Como ya se ha mencionado en este trabajo, la distribución inequitativa de las cargas ambientales es, en gran parte, consecuencia de la regulación del ordenamiento territorial y de ciertas prácticas de zonificación.[56] Nuestra propia Constitución Política se hace cargo de esta dimensión al señalar en su artículo 3, inciso tercero, que:

> *Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.*

Algunos ejemplos de normas de derecho comparado que permiten hacerse cargo de los efectos distributivos del ordenamiento territorial son los siguientes:

---

[54] *Artículo 7. Obligación de no causar daños sensibles:*

[1.] Los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.

[2.] Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos perjuicios y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización.

[55] Rainee, J., ob.cit. (nº46), p. 325.

[56] Rechtschaffen, C., "Advancing Environmental Justice Norms", en *University of Californa Davis Law Review*, Vol. 37, 2003-2004, p. 117.

2.6.1. La anticoncentración

De acuerdo con esta norma se establecen límites procedimentales o sustantivos al número de instalaciones que se pueden localizar en una determinada área.[57] Algunos ejemplos de este tipo de norma se encuentran en estatutos específicos de Estados norteamericanos. Por ejemplo, en Arkansas existe una presunción en contra de la construcción y operación de cualquier instalación de manejo de residuos sólidos que sea de alto impacto, dentro de 12 millas de cualquier instalación similar existente.[58] En Alabama se prohíbe la localización de más de una instalación de tratamiento o disposición de residuos por cada condado.[59] En California la legislación territorial es aún más ambiciosa puesto que establece como objetivo general de los planes de desarrollo el lograr una distribución equitativa de servicios públicos beneficiosos (tales como parques, espacios de recreación, espacios abiertos) y el evitar la sobreconcentración de instalaciones industriales cerca de colegios y residencias.[60] En Nueva York, por su parte, existe una ordenanza que exige que la selección de sitios para las instalaciones urbanas promueva la distribución equitativa de las cargas y beneficios asociados a dichas instalaciones, entre las comunidades de la ciudad.[61] Por último, otros estatutos exigen que los llamados a adoptar decisiones en materia de zonificación consideren criterios como la situación socioeconómica de la comunidad involucrada, las percepciones comunitarias, costos sicológicos, el potencial cambio de valores en la propiedad, y los riesgos acumulativos en la salud.[62]

2.6.2. La compensación

Consiste en establecer una exigencia de compensar mediante beneficios concretos las cargas ambientales que afecten a una comunidad por la instalación de actividades no deseadas en su territorio (*LULUs*).[63] Tales beneficios pueden ser económicos, o en infraestructura y servicios comunitarios. Esta norma está contenida, por ejemplo, en el

---

[57] Ibid, p. 118.

[58] La norma en cuestión dice lo siguiente: "*There shall be a rebuttable presumption against permitting the construction or operation of any high-impact solid waste management facility as defined in this act within twelve miles of any existing high-impact solid waste management facility (…)… the presumption can be rebutted if any of the following is shown: 1) No other suitable site for such a facility is available within the region or service area because of the restraints of geology or any other factors listed at Arkansas Code (…)*". Ver Hill, B. ob.cit. (nº2), p. 162.

[59] Rechtschaffen, C., ob.cit. (nº56), p. 118.

[60] "*Over-concentration occurs when industrial facilities or uses do not individually exceed acceptable regulatory standards for public health and safety, but when considered cumulatively with other industrial facilities and uses, pose a significant health and safety hazard to adjacent residential and school uses*". Ibid, p. 119.

[61] Ibid, p. 120.

[62] Ibid.

[63] Hill, B., ob.cit. (nº2), p. 160.

Estatuto del Estado de Arkansas –el mismo que contempla la regla anticoncentración ya revisada–. Se trata de la ley 1263 sobre "*Environmental Equity in Siting High Impact Solid Waste Facilities".*[64] La compensación ha sido muy criticada –tal como se mencionó al analizar la dimensión distributiva de la Justicia Ambiental– puesto que se sostiene que la salud y el medio ambiente no son cuestiones negociables.[65] Sin embargo, cabe destacar que esta ley exige que la compensación sea "*ex ante*" –es decir, antes que se construya la instalación o se cause cualquier daño a la población– y "continua".[66] La compensación "*ex ante*" toma la forma de fondos que pueden permitir a la comunidad contratar evaluaciones independientes sobre los impactos que generaría la instalación, y la compensación "continua", se refiere a pagos periódicos, o servicios que se proporcionan a la comunidad como trabajos, clínicas médicas, o contribuciones de caridad.[67]

2.6.3. La concentración local de proyectos contaminantes

Esta norma, reconocida por el derecho ambiental alemán, consiste en promover la concentración territorial de ciertas actividades con una intensidad de impacto ambiental parecida.[68] Su justificación se encuentra en que tal concentración puede implicar un impacto global menor a aquel que se produciría si se dispersaran las fuentes de contaminación y, además, permite proteger otras áreas de dichos impactos.[69] Sin embargo, esto es así sólo respecto de ciertos impactos ambientales, por ejemplo los impactos sobre el paisaje o la contaminación acústica. En casos en que los impactos no sean lineales (sino exponenciales por ejemplo) la aplicación de esta norma es limitada.

2.6.4. La división o separación de usos en conflicto

---

[64] La transcripción de la regla de compensación contenida en esta ley, constituye otra excepción a la prohibición transcrita en la nota al pie nº58 de este capítulo. En efecto, la norma continúa de la siguiente manera: *"2) Incentives have prompted the host community to accept the siting of the facility. Such incentives may include without limitation: a. increased employment opportunities; b. reasonable host fees not to exceed the prevailing state average; c. Contributions by the facility to the community infrastructure (e.g. road maintenance, park development, litter control); d. compensation to adjacent individual landowners for any assessed decreased in property values; or e. Subsidization of community services."* Ibid, p. 163.

[65] Michael Gerrard sostiene que la compensación podría utilizarse cuando la actividad en cuestión genera cierto tipo de inconveniencias, por ejemplo, en el tráfico, o impactos estéticos, pero no cuando se trata de posibles impactos en la salud de las personas. Gerrard, M., "Chapter Fourteen: Stopping and Building New Facilities" en, Gerrard, M. & Foster, S., ob.cit. (nº3), p. 528.

[66] Ibid, p. 160.

[67] Ibid. Las compensaciones "ex post", en cambio, obedecen a figuras de justicia correctiva, relacionadas con juicios en que se acredite la responsabilidad por daños a la salud y al medio ambiente de una comunidad determinada.

[68] Schmehl, A., "La justicia distributiva ambiental. Los problemas y principios de una asignación territorial justa de la calidad ambiental y de las opciones de utilización del medio ambiente", en Bermúdez, J. & Hervé, D., *Justicia Ambiental, Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (LOM Ediciones, Chile, 2013), p. 75.

[69] Ibid.

Reconocida por el derecho ambiental y de planificación alemán, consiste en la división territorial de usos del suelo cuyas funciones no son compatibles.[70] Es decir, los usos que suponen un riesgo ambiental y los que otorgan un servicio ambiental deben ser separados.[71] Esta norma funciona en conjunto con la de concentración.

Cabe señalar que ambas normas, aplicadas aisladamente, podrían generar efectos contrarios a una distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales. Sin embargo, su aplicación en conjunto con otras normas –que puedan equilibrar los impactos desproporcionados que efectivamente causen– permitiría en ciertos casos cumplir objetivos de Justicia Ambiental y de protección del medio ambiente.

2.6.5. La reserva de espacios para protección

Esta norma restringe el uso de ciertos espacios, los que quedan reservados para la preservación o conservación de los elementos ambientales que allí se encuentran.[72] La mayor parte de los ordenamientos jurídicos contempla un estatuto aplicable a las áreas protegidas, el que siempre dice relación con la norma de la división y de la concentración. La determinación de reservas puede implicar la anulación de una repartición ambiental territorial equitativa para el área en cuestión, pero se justifica en la medida que la protección del ambiente exige la preservación de ciertas áreas según su función.[73]

2.6.6. La apreciación de la sustentabilidad de planes territoriales

En Inglaterra, la discusión sobre la Justicia Ambiental se ha vinculado con el concepto del desarrollo sustentable, en la medida que se la considera parte de este último.[74] En este contexto, las normas de planificación territorial (*planning law*) han establecido dentro de sus objetivos de desarrollo sustentable el promover un desarrollo que cree comunidades socialmente inclusivas y que reduzca las inequidades sociales.[75] Para determinar la localización de sitios destinados al manejo y disposición de residuos, por ejemplo, se establece que las autoridades deben evaluar los efectos acumulativos de instalaciones anteriores y el bienestar de la comunidad. En particular, la *"Planning and Compulsory Purchase Act 2005"* exige que las autoridades que elaboran los planes deben realizar una apreciación de sustentabilidad (*sustainability appraisal*) de cada plan, que, además de

---

[70] Ibid.

[71] Bermúdez, J. "Elementos y principios de la Justicia Ambiental", en Bermúdez, J. & Hervé, D., ob. cit. (nº68), p. 52.

[72] Ibid.

[73] Schmehl, A., ob.cit. (nº68), p. 79.

[74] Pedersen, O., "Environmental Justice in the UK: uncertainty, ambiguity and the law", en *Legal Studies*, Vol. 31 Nº2, Junio 2011, p. 292.

[75] Ibid, p. 301.

las evaluaciones ambientales, debe incluir los impactos sociales y económicos del plan, lo que permite incorporar preocupaciones de justicia social ambiental.[76]

2.7. Evaluación de impacto ambiental

Otra causa de la distribución inequitativa de las cargas ambientales dice relación con que los métodos de evaluación ambiental de políticas, planes, regulaciones y proyectos no examinan adecuadamente los efectos distributivos de los mismos.[77] Algunas normas que apuntan a hacerse cargo de éstos son las siguientes:

2.7.1. La exigencia del análisis de distribución de los impactos ambientales y en la salud

En Estados Unidos, la Orden Ejecutiva Nº12.898, sobre Justicia Ambiental, dictada en 1994 por el Presidente Clinton, es quizás la normativa más relevante para evaluar la distribución de los impactos ambientales de una determinada política, programa o actividad. Esta norma, titulada *"Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-Income Populations",* exige a todas las agencias federales identificar y hacerse cargo de los efectos ambientales y en la salud de sus políticas, programas y actividades, que sean desproporcionadamente altos, en poblaciones minoritarias o de bajos ingresos.[78] La implementación de esta norma ha permitido fortalecer los procedimientos existentes de evaluación de impacto ambiental consagrados en la *National Environmental Policy Act* (NEPA) de 1969.[79]

En efecto, a raíz de esta Orden Ejecutiva, el Consejo de Calidad Ambiental (*Council on Environmental Quality, CEQ*) creado por NEPA para asesorar a las agencias federales en la implementación de la legislación de impacto ambiental, dictó en 1997 una Guía para

---

[76] Sin perjuicio de su relación con la Justicia Ambiental, se considera que este instrumento no cumple con un rol relevante en el análisis de la distribución de los impactos ambientales. Ver Walker, G., Fay, H. & Mitchell, G., *Environmental Justice Impact Assessment. An evaluation of requirements and tools for distributional analysis*, Report for Friends of the Earth, UK, 2005. Disponible en:

http://www.foe.co.uk/resource/reports/ej_impact_assessment.pdf (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

[77] Ibid, p. 6.

[78] "*Section 1-1. Implementation. (…) each Federal Agency shall make achieving environmental justice part of its mission by identifying and addressing, as appropriate, disproportionately high and adverse human health or environmental effects of its programs, policies, and activities on minority populations and low-income populations in the United States and its territories and possessions (…).*" Disponible en:

http://www.epa.gov/compliance/environmentaljustice/resources/policy/exec_order_12898.pdf (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

[79] Foster, S., "Chapter Nine: Impact Assessment", en Gerrard, M. & Foster, S., ob.cit. (nº3), p. 295.

incorporar la Justicia Ambiental a este proceso de evaluación.[80] Esta guía introduce tres principios que se deben seguir por las agencias federales. Estos son: consideración de la composición del área afectada por la actividad propuesta para determinar si existen en ella poblaciones vulnerables (minorías raciales, tribus indígenas, comunidades de bajos ingresos) y si pueden existir efectos desproporcionadamente altos en su salud y el ambiente; consideración de la información disponible respecto a los patrones históricos y a la potencialidad de que dicha población pueda verse expuesta a efectos acumulativos sobre la salud o riesgos ambientales; y, reconocimiento de los factores culturales, sociales, ocupacionales o económicos que pueden amplificar los efectos sobre el medio ambiente físico de la acción propuesta.[81]

Por otro lado la EPA, siguiendo las recomendaciones del CEQ, dictó, en 1998, una guía que tiene por objeto incorporar la Justicia Ambiental a NEPA (*Final Guidance for Incorporating Environmental Justice Concerns in EPA's NEPA Compliance Analysis*).[82] Esta guía desarrolla aspectos tales como la recolección de información, el análisis de impactos socioeconómicos, impactos acumulativos e indirectos, medidas de mitigación y la evaluación de alternativas.[83]

Sin perjuicio que la Orden Ejecutiva no genera un derecho subjetivo para exigir el cumplimiento de la misma,[84] existen decisiones administrativas y judiciales que demuestran la relevancia que esta norma ha tenido en la incorporación de consideraciones de Justicia Ambiental en la evaluación de impacto ambiental.[85]

Por otro lado, en Inglaterra, también existen procedimientos relevantes en materia de análisis de distribución de impactos. Dentro de los más importantes se encuentran los procedimientos de evaluación de impactos sociales –que a pesar de no tener una fuente legal, se trata de mecanismos bastante utilizados en políticas públicas–. El más efectivo y que ha logrado realizar un análisis de los efectos distributivos en salud de varios pro-

---

[80] Disponible en: http://www.epa.gov/compliance/environmentaljustice/resources/policy/ej_guidance_nepa_ceq1297.pdf (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

[81] Foster, S., "Chapter Nine: Impact Assessment" ob.cit. (nº79), pp. 304-305.

[82] Disponible en: http://www.epa.gov/compliance/environmentaljustice/resources/policy/ej_guidance_nepa_epa0498.pdf (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

[83] Foster, S., ob.cit. (nº), pp. 305-309.

[84] "*Section 6-609. General Provisions. Judicial Review. This order is intended only to improve the internal management of the executive branch and is not intended to, nor does it create any right, benefit or trust responsibility, substantive or procedural, enforceable at law or equity by a party against the United States, its agencies, its officers or any person. This order shall not be construed to create any right to judicial review involving the compliance or noncompliance of the United States, its agencies, its officers, or any other person with this order.*"

[85] Foster, S., "Chapter Nine: Impact Assessment", ob.cit. (nº79), pp. 309-314.

yectos y programas, ha sido el *Health Impact Assessment.* Además se pueden nombrar como mecanismos importantes al *Health Equity Audit* y el *Equality Impact Assessment*.[86]

La legislación nacional no exige expresamente el análisis distributivo de los impactos ambientales y sobre la salud humana que ocasione un proyecto que es sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Sin embargo, como se verá en los siguientes párrafos, la exigencia de proponer medidas de mitigación, reparación y compensación para los titulares de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) –respecto de los efectos, características o circunstancias que enumera el artículo 11 de la LBGMA– permite realizar algún análisis sobre la distribución de los impactos ambientales de una actividad. Tal análisis, sin embargo, no será exigible respecto de aquellos proyectos que ingresen por la vía de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

2.7.2. La exigencia del análisis de impactos socio-económicos

La NEPA de Estados Unidos exige la revisión y evaluación ambiental de actividades federales que causen impactos significativos en el medio ambiente. Dentro de las exigencias que establece se encuentra la evaluación de los impactos sociales y económicos de dichas actividades.[87] En los impactos sociales se incluyen los efectos en las características de la población, en las estructuras comunitarias, en recursos sociales y políticos, en recursos comunitarios y, también, cambios individuales y familiares.[88] Los impactos económicos incluyen variables tales como la creación o pérdida de trabajos, impactos sobre servicios urbanos, impactos favorables o adversos sobre el valor de las propiedades, e impactos en la base impositiva local.[89] Una guía elaborada por la EPA para evaluar reclamaciones de injusticia ambiental[90] señala que, entre otros, son impactos sociales los efectos en la distribución de ciertas poblaciones raciales o étnicas, en la densidad poblacional (rural y urbana), o limitaciones en el acceso a modos de vida tradicional (como la pesca o la caza). A pesar que la evaluación de impactos sociales y económicos no es el objetivo principal de NEPA sí tienen relevancia en tres etapas del proceso: en la etapa de determinación del umbral (es decir, en la determinación de si la actividad en cuestión impacta significativamente el ambiente humano); en la preparación del Estudio

---

[86] Walker, G., Fay, H. & Mitchell, G., ob.cit. (nº76), p. 13.

[87] Foster, S., "Chapter Nine: Impact Assessment" ob.cit. (nº79), p. 296.

[88] Ibid. La misma autora cita una definición de impacto social elaborada por el Comité Asesor de las agencias estatales en esta materia, que sostiene lo siguiente: *"consequences to human populations of any public or private actions that alter the ways in which people live, work, play, relate to one another, organize to meet their needs and generally cope as members of society."*

[89] Ibid.

[90] Se trata de una guía indicativa, titulada *"Toolkit for Assessing Potential Allegations of Environmental Injustices"* y que busca ayudar a las oficinas de la EPA a resolver cuestiones de injusticia ambiental en diversos contextos regulatorios. Disponible en:

http://www.epa.gov/compliance/environmentaljustice/resources/policy/ej-toolkit.pdf (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

de Impacto Ambiental (EIA) que pretende identificar los impactos que serán evaluados (*scoping*); y en la revisión judicial de la adecuación del EIA. A pesar que los impactos socioeconómicos en sí mismos no pueden dar lugar a un proceso de evaluación ambiental, la definición de impactos sobre el ambiente humano es lo suficientemente amplia como para incluir impactos socioeconómicos en la medida que estén vinculados directamente con los impactos sobre el medio ambiente físico.[91]

Junto con la dictación de la Orden Ejecutiva Nº12.898, el Presidente Clinton dictó un *Memorandum* con el objeto de enfatizar aquella legislación existente que puede ayudar a asegurar el cumplimiento de los objetivos de la Justicia Ambiental.[92] Dentro de las leyes mencionadas se encuentra la NEPA y señala que las agencias federales deberán en conformidad con dicha ley, analizar los efectos ambientales de sus actividades, incluyendo los efectos en la salud humana y los efectos sociales y económicos, en particular en las comunidades minoritarias y de bajos ingresos.[93]

La legislación chilena no establece tal exigencia en términos similares, en el sentido de relacionarla expresamente con comunidades vulnerables –con la única excepción de los pueblos indígenas, que sí son considerados de manera especial–.[94] Sin embargo, sí exige expresamente la evaluación de los impactos ambientales que una actividad pueda generar en la salud humana[95] y en el reasentamiento, sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.[96] A su vez, el Reglamento del SEIA detalla los elementos de la línea de base que debe contemplar un Estudio de Impacto Ambiental, entre los cuales incorpora el medio humano, y en particular, su dimensión socio-económica y de bienestar social básico.[97] Mediante estas disposiciones se puede exigir la evaluación de los efectos sociales y económicos que una determinada actividad genere sobre la población.

---

[91] Algo similar se podría postular respecto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno que se basa en una definición amplia de medio ambiente que incluye aspectos sociales y culturales. Tanto es así que dentro de los efectos, características o circunstancias que justifican la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental se encuentran las letras a) y c) del artículo 11 de la LBGMA que señalan: *a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; y c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.*

[92] Hill, B., ob.cit, (nº2), pp. 193-194.

[93] Ibid, p. 194.

[94] Ver artículos 2, letra h); 5, inciso final; 6, inciso final; 7; 8, inciso tercero; 9, inciso final; 10; 18, letras e.10 y h; 19 letra b.6; 27; 61; 85; 86; y 92; todos del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), Decreto Supremo Nº 40 de 2012, del Ministerio de Medio Ambiente. Publicado en el Diario Oficial con fecha 12 de agosto de 2013.

[95] Artículo 11 letra a) LBGMA; y artículos 5 y 18 letra h), del Reglamento del SEIA.

[96] Artículo 11 letra c) LBGMA; y artículo 7, del Reglamento del SEIA.

[97] Ver artículo 18, letra e.10, del Reglamento del SEIA.

2.7.3. La exigencia del análisis de impactos acumulativos e indirectos

La NEPA también exige que las agencias evalúen los impactos acumulativos e indirectos de los proyectos propuestos. Se entiende por impactos acumulativos, de acuerdo con la Guía de EPA sobre Justicia Ambiental y NEPA, a la "suma de los impactos adicionales de una acción que se agregan a otras acciones pasadas, presentes y futuras".[98] Esta exigencia es relevante desde la perspectiva de la Justicia Ambiental en la medida que permite a las agencias incluir en la evaluación ambiental la consideración de la concentración existente de instalaciones nocivas en las comunidades afectadas y las condiciones y riesgos de salud y ambientales posibles en una determinada comunidad.[99] Los impactos indirectos, de acuerdo con la guía de EPA para incorporar consideraciones de Justicia Ambiental a NEPA, se refieren a aquellos impactos que son predecibles y derivan de una actividad determinada pero que se producen más tarde en el tiempo o en otros espacios geográficos.[100] De acuerdo con EPA la consideración de este tipo de impactos permite incorporar los efectos que se producen a partir de determinadas actividades sobre comunidades minoritarias o de bajos ingresos.[101]

La exigencia de evaluar impactos acumulativos e indirectos es parte del SEIA nacional.[102] En efecto, la LBGMA incorporó –en la reforma del 2010– el concepto de "efectos acumulativos" a través de su artículo 11 ter.[103] Y, también, el de "efectos indirectos" en lo dispuesto por el nuevo Reglamento del SEIA, que en su artículo 18 letra f), señala que dentro de los contenidos mínimos de un Estudio de Impacto Ambiental se incluye:

> *…Una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad.*
>
> *La predicción de impactos consistirá en la identificación y estimación o cuantificación de las alteraciones directas e indirectas a los elementos del medio ambiente*

---

[98] Traducción propia de: *"The incremental impact(s) of the action when added to other past, present, and reasonably foreseeable future actions..."*. En: *Final Guidance for Incorporating Environmental Justice Concerns in EPA's NEPA Compliance Analysis, Section 2.2.2.*

[99] Rechtschaffen, C., ob.cit. (nº56), p. 125.

[100] *"(…) those that are caused by the action and are reasonably foreseeable, but that occur later in time and/or at a distance. Indirect effects include growth effects related to induced changes in the pattern of land use; population density and/or changes to infrastructure; or growth rates and related effects to the air, water and other natural systems, including ecosystems."*

[101] Foster, S., "Chapter Nine: Impact Assessment" ob.cit. (nº79), p. 308.

[102] Chávez, R. & Soto, I., "Efectos sinérgicos y acumulativos de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Reconocimiento legal y propuesta para una adecuada aplicación", en Durán, V., Montenegro, S., Moraga, P., Ramírez, D., & Uriarte, A.L. (Eds.), *Derecho Ambiental en tiempos de reforma*s, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (LegalPublishing Chile, 2010), pp. 511-532.

[103] Artículo 11 ter: *En caso de modificarse un proyecto o actividad, la calificación ambiental deberá recaer sobre dicha modificación y no sobre el proyecto o actividad existente, aunque la evaluación de impacto ambiental considerará la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existente para todos los fines legales pertinentes.*

> *descritos en la línea de base, derivadas de la ejecución o modificación del proyecto o actividad para cada una de sus fases…*

Por último, la reforma también introdujo el concepto de "efecto sinérgico", que se define en el artículo 2 letra h bis) de la LBGMA como:

> *Aquel que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente.*

2.7.4. La exigencia de la evaluación de alternativas, incluyendo la de no realizar el proyecto

NEPA exige que en el proceso de evaluación de impacto ambiental se identifiquen un número razonable de alternativas a la acción propuesta, incluyendo la alternativa de no realizar el proyecto.[104] La selección de alternativas debe realizarse al comienzo de la evaluación y, si hay consideraciones de Justicia Ambiental involucradas, entonces las alternativas identificadas –de acuerdo con la guía de EPA– deben permitir una evaluación de la magnitud y de la naturaleza desproporcionada de los efectos en las comunidades respectivas. Por lo tanto, todas las alternativas deben incorporar este análisis, cuyo objetivo será más que la distribución proporcional de tales impactos entre las comunidades, la disminución y mitigación de tales impactos en general. Es decir, "el objetivo de desarrollar alternativas razonables no consiste en trasladar los impactos en el espacio sino en identificar acciones alternativas viables que reduzcan o eviten los efectos ambientales, socioeconómicos, ecológicos y en la salud humana asociados con la actividad en cuestión".[105]

El SEIA nacional no incorpora esta regla que exige evaluar alternativas, incluyendo la de no realizar el proyecto. Sin embargo, cabe señalar que durante el proceso de elaboración del nuevo Reglamento del SEIA se contempló una norma que exigía tal requisito, dentro de los contenidos mínimos del EIA, norma que fue eliminada con posterioridad. En efecto, el proyecto de Reglamento aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, con fecha 28 de mayo de 2012,[106] incluía la siguiente disposición, dentro de los contenidos mínimos del EIA:

---

[104] EPA, Final Guidance for Incorporating Environmental Justice Concerns in EPA's NEPA Compliance Analysis, Sección 3.2.5.

[105] Ibid. Traducción propia de: "*In other words, the goal of developing reasonable alternatives is not to move the impacts around, but to identify viable alternative actions that meet program goals and avoid or reduce the environmental, socioeconomic, human health and/or ecological effects associated with the preferred action.*"

[106] Acuerdo Nº8/2012 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad del Ministerio del Medio Ambiente.

> *Artículo 18, letra c.8: La descripción de las alternativas consideradas en el proyecto o actividad, incluyendo alternativas tecnológicas, de localización, de métodos de construcción, operación o cierre u otras alternativas que podrían tener impactos distintos al del proyecto o actividad, indicando someramente la razón por la que fueron desechadas.*

2.7.5. La exigencia de la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)

La EAE consiste en "aplicar los principios de la evaluación de impacto ambiental a políticas gubernamentales (ambientales y no ambientales), planes (sectoriales y territoriales) y programas de acción."[107] Este instrumento está contenido en NEPA, y fue también incorporado en el sistema jurídico europeo a través de la Directiva 2001/42/EC que entró a regir en 2004. Dentro de sus objetivos resaltan algunos que son especialmente relevantes para la Justicia Ambiental, tales como la evaluación de los impactos acumulativos y sinérgicos, y la consideración de las alternativas posibles para el desarrollo de un determinado sector o territorio.

En Inglaterra, esta Directiva se está implementando mediante la *Sustainability Appraisal* –ya mencionada en la sección anterior sobre Ordenamiento Territorial– que es definida por el *Department for Environment, Food and Rural Affairs,* DETR (2000) como "un proceso sistemático y reiterativo llevado a cabo durante la preparación de un plan o estrategia, que identifica e informa sobre el grado en que la aplicación del plan o estrategia permitiría alcanzar los objetivos ambientales, económicos y sociales por los cuales puede ser definido el desarrollo sustentable, con el objeto de mejorar el desempeño de la estrategia o plan".[108]

La legislación nacional incorporó recientemente el instrumento de la EAE a través de la reforma a la LBGMA. El artículo 2 letra i bis la define como:

> *El procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales.*

---

[107] Clark, B.D., "Alcance y objetivos de la Evaluación Ambiental Estratégica", en *Estudios Públicos* 65 (verano 1997) Santiago, Chile, p. 2.

[108] Traducción propia de: *"…a systematic and iterative process undertaken during the preparation of a plan or strategy, which identifies and reports on the extent to which the implementation of the plan or strategy would achieve the environmental, economic and social objectives by which sustainable development can be defined, in order that the performance of the strategy and policies is improved*". Walker, G., Fay, H. & Mitchell, G., ob.cit. (nº76), p. 95.

Por su parte, el artículo 7 bis, inciso primero, señala:

> *Se someterán a evaluación ambiental estratégica las políticas y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que el Presidente de la República, a proposición del Consejo de Ministros, señalado en el artículo 71, decida.*

La EAE es un instrumento adecuado para hacerse cargo de los distintos elementos de la Justicia Ambiental.[109] En efecto, el sometimiento de políticas, planes y programas a una EAE podría evitar la generación de impactos ambientales desproporcionados, velando por la participación y el reconocimiento de la situación particular de ciertas comunidades.

2.7.6. La exigencia de participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental

En Estados Unidos, la *NEPA* exige la participación pública significativa en el proceso de evaluación ambiental. Se han postulado diversos criterios de Justicia Ambiental para que la participación pública sea significativa,[110] algunos de los cuales han tenido acogida en el sistema jurídico. Por ejemplo, en California, EE.UU., un fallo judicial –*El Pueblo para el Aire y Agua Limpio v. County of Kings, 1991*– exigió la traducción al español de un resumen extenso de un Estudio de Impacto Ambiental y la realización de audiencias públicas en ese idioma debido a que el 40% de los residentes de la comunidad afectada sólo hablaban español. La Corte consideró que la participación no podía ser significativa sin el cumplimiento de esos requisitos.[111]

Cabe mencionar que un particular reconocimiento a la Justicia Ambiental se incorporó en el SEIA chileno mediante la reforma a la LBGMA, que considera la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) a través del concepto de "carga ambiental". En efecto, de acuerdo con el artículo 30 bis de la Ley, las Direcciones Regionales del Servicio de Evaluación Ambiental podrán abrir un proceso de participación ciudadana en las DIA que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que

---

[109] Hervé, D., "El desarrollo sustentable y la Justicia Ambiental en la Ley 19.300 y en el Proyecto de reforma a la institucionalidad ambiental" en Hervé, D., Guiloff, M. & Pérez, R., *Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y Fundamentos*, Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales (Ediciones UDP, Santiago, 2010), p. 284.

[110] Tales como: la solicitud de comentarios públicos respecto de documentos ambientales a través de servicios sociales u organizaciones religiosas; realización de reuniones en horas y lugares adecuados para la comunidad; la provisión de asistencia técnica para la interpretación de documentos técnicos; la traducción de informes al idioma propio de la comunidad afectada. Ver, Rechtschaffen, C., ob.cit. (nº56), p. 121.

[111] Ibid.

generen cargas ambientales para las comunidades próximas. El inciso sexto de este mismo artículo dispone:

> *Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.*

Esta definición de carga ambiental, sin embargo, no resulta muy clara, según lo han señalado algunos autores.[112] A su vez, es cuestionable el hecho que sea facultativo para la autoridad abrir o no esta etapa de participación. Algunos señalan, a partir de esta realidad, que la formulación normativa en cuestión no configura *"un derecho de la comunidad, sino una facultad de la autoridad",* y por ello, *"lo que a primera vista parecía innovador, al efectuarse una lectura detenida, resulta en una expectativa y no necesariamente en lo que esperaban las comunidades".*[113]

2.8. El acceso a los recursos genéticos

Los recursos genéticos han adquirido gran relevancia económica y política en las dos últimas décadas, a raíz del desarrollo de la industria biotecnológica.[114] Lo anterior ha llevado al establecimiento de algunas reglas que tienen por objeto determinar los requisitos que se exigen para el acceso y uso de tales recursos. A nivel internacional han sido la Convención de Diversidad Biológica (CDB), de 1992, y su reciente Protocolo de Nagoya, de 2010, los instrumentos que con mayor amplitud han abordado este tema.[115] Las cuestiones discutidas en estos foros internacionales reflejan preocupaciones de Justicia Ambiental

---

[112] Costa, E. & Fuentes, P. *"La Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental",* en: *Justicia Ambiental*, Revista de Derecho Ambiental, Año III, No. 3 (Fiscalía del Medio Ambiente, 2011), pp. 83 -106. Respecto a los beneficios sociales, luego de un análisis etimológico y económico concluyen que en la práctica *"los proyectos que podrían no reunir las características de generar un beneficio social, serían más bien casos de laboratorio"*. Por otro lado, respecto a las externalidades negativas, los autores nuevamente proponen un análisis principalmente económico, y después de identificar su relevancia y funcionalidad en el SEIA, su relación tanto con las Declaraciones como con los EIA, y la diferencia que presenta con la noción de "impacto ambiental", concluyen que si bien en principio las externalidades negativas son inmanentes a los proyectos que ingresan al SEIA, estás podrían en el caso concreto no generarse o ser mitigadas, compensadas o reparadas, por lo cual podría presentarse el caso de un proyecto o actividad que finalmente no genere externalidades negativas, lo cual debería ser probado por su proponente.

[113] Correa, C. "Nueva Institucionalidad Ambiental y Participación Ciudadana ¿Es Suficiente?" En: *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión Ambiental Global: Presente y Futuro*. Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile (LegalPublishing, Santiago, 2012), p. 580.

[114] Cullet, P., "Environmental Justice in the use, knowledge and exploitation of genetic resources", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), ob.cit. (nº32), p. 371.

[115] Sin perjuicio de ello, hay otros instrumentos internacionales que también han abordado algunos aspectos de esta cuestión. Tales como el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y Agricultura de la FAO de 2001, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología

en la medida que se busca abordar la distribución equitativa de los beneficios provenientes del uso de tales recursos entre quienes, por un lado, los han protegido y usado tradicionalmente y, por el otro, quienes los investigan y aprovechan industrialmente. Además, estos instrumentos promueven la Justicia Ambiental en su dimensión política puesto que reconocen las particularidades culturales y comunitarias de quienes han utilizado tales recursos tradicionalmente y sus capacidades para desenvolverse y realizarse en la sociedad. Las siguientes son las principales expresiones de Justicia Ambiental que se consagran en estos instrumentos.

2.8.1. El consentimiento fundamentado previo

El artículo 15 Nº5 de la CDB dispone:

> *"El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa."*

Este mecanismo otorga el derecho soberano de controlar tanto el acceso al recurso genético propiamente tal como al conocimiento tradicional asociado al mismo.[116]

2.8.2. La distribución equitativa de los beneficios

El artículo 15 Nº7 de la CDB señala:

> *"Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, (…), para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y de desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la parte contratante que aporta estos recursos. Esta participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas."*

Este mecanismo, por su parte, tiene por objeto establecer una compensación por el acceso otorgado a los recursos genéticos y al conocimiento asociado, por parte de sus titulares.

Sin perjuicio que ambas disposiciones constituyen un reconocimiento de elementos propios de la Justicia Ambiental, se sostiene que el régimen jurídico de acceso a los recursos genéticos continúa planteando problemas de equidad en la medida que la protección

---

de 2000, las Actas de 1978 y 1991 de la Unión de Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV) y algunos acuerdos en el contexto de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

[116] Cullet, P., ob.cit. (nº32), pp. 373-374.

de los intereses envueltos en esta actividad –en particular los de aquellos que aportan los conocimientos asociados al recurso– se encuentra desbalanceada en relación con la protección que brinda el régimen jurídico de la propiedad intelectual respecto de procesos y productos industriales generados por quienes acceden y usan tales recursos y conocimientos.[117]

2.9. Los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales es el instrumento internacional vigente que tiene por objeto reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas en general. Dentro de estos derechos se encuentran aquellos referidos a las tierras, territorios y recursos naturales, que tienen por objeto proteger la vida, el sustento y la identidad colectiva de estos pueblos. Algunos de estos derechos incorporan los elementos clave de la Justicia Ambiental, tales como el elemento colectivo, el de reconocimiento, el de participación, el de las capacidades y el de equidad en la distribución.

El texto del artículo 15 del Convenio –que se transcribe– es el que contiene tales elementos de los que se extraen los derechos que se identifican a continuación.

> *1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*
>
> *2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.*

De aquí se pueden extraer los siguientes derechos:[118]

---

[117] Ibid, pp. 387-388.

[118] Hervé, D. & Pérez, S., "Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales", en Contesse, J. (Ed.) *El Convenio de la OIT y el Derecho Chileno* (Ediciones UDP, Santiago, Chile), pp. 15-101.

2.9.1. Derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes dentro de sus tierras y territorios

En virtud de este derecho se debe respetar la participación de los pueblos indígenas en la administración, utilización y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios. Sin perjuicio que la aplicación de este derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales puede adoptar diferentes fórmulas más o menos adecuadas –en Chile, un buen ejemplo es la Ley Nº20.249 de 2008 que Crea el Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios[119]– su reconocimiento apunta principalmente a la dimensión política de la Justicia Ambiental.

2.9.2. Derecho a consulta antes de la prospección o explotación de aquellos recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, y que sean de dominio público

La aplicación del derecho a consulta de los pueblos indígenas ha sido ampliamente discutida a nivel nacional.[120] El artículo 15 Nº2 del Convenio reconoce un derecho especial de consulta antes de la prospección o explotación de los recursos naturales existentes en tierras y territorios indígenas. Se ha interpretado que la consulta no puede constituir un veto a la medida o actividad en cuestión pero tampoco puede limitarse a una mera participación sin consecuencias.[121] Es decir, se trata de una consulta de buena fe en que los pueblos indígenas pueden manifestar su opinión y ésta ser debidamente sopesada por la autoridad y, de ser necesario, permitir un cambio de opinión en la materia.[122] En todo caso –y para lo que interesa en este trabajo– este derecho reconoce, sin lugar a dudas, la dimensión política de la Justicia Ambiental, y en particular los elementos de participación y reconocimiento.

2.9.3. Derecho a beneficiarse de las ganancias y beneficios que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, y que sean de dominio público

Este derecho, de acuerdo con el artículo 15 Nº2, existe "siempre que sea posible". Estas palabras han sido interpretadas en "el sentido que esta referencia no es establecer un permiso al Estado para negar la participación alegando algún tipo de "imposibilidad",

---

[119] De acuerdo con esta ley se crea una nueva figura jurídica en el ordenamiento jurídico nacional con el objetivo de resguardar el uso consuetudinario de ciertos espacios que han sido utilizados por los pueblos indígenas y, de esa manera, mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero.

[120] Ver Contesse, J., "El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile", en Contesse, J., ob.cit. (nº118), pp. 189-228.

[121] Organización Internacional del Trabajo (OIT), Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, 2009, pp. 58-80.

[122] Contesse, J., ob.cit. (nº118), p. 196.

sino que ésta debe fundarse en la falta de organización indígena para llevarla a cabo o en la voluntad indígena libremente manifestada en contrario". [123]

El Tribunal Constitucional chileno, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta norma, sostiene que se trata de una norma programática.[124] Lo anterior implica el deber del Estado de adoptar medidas para su cumplimiento.[125] Estas medidas debieran implicar un reconocimiento a la dimensión distributiva de la Justicia Ambiental –en particular respecto a los pueblos indígenas– en la medida que establecerán la repartición de los beneficios provenientes de la utilización de los recursos naturales entre quienes ejercen derechos sobre los mismos.

2.9.4. Derecho a indemnización por los daños que se ocasionen a raíz de la prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, y que sean de dominio público

Este derecho se refiere a los daños causados por la prospección y explotación de los recursos naturales existentes en las "tierras" indígenas sobre los cuales el Estado tenga dominio u otros derechos. En términos del Convenio 169 la indemnización debe ser "equitativa". Esta norma apunta principalmente a la dimensión correctiva de la Justicia Ambiental.

---

[123] Salgado, JM & Gomiz, MM, *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Su aplicación en el derecho argentino* (Neuquén, Argentina, 2010), pp. 223-224.

[124] Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 309, de 4 de agosto de 2000. En su Considerando 73 señala que el "verbo rector de esta disposición es la que señala el Convenio, al usar las expresiones "siempre que sea posible", lo que debe entenderse en el sentido de que su aplicación ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera. Siendo así, esta disposición, al ser en su esencia programática y al confirmar el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional no existiendo reproche que hacerle en este sentido".

[125] La legislación sectorial nacional aplicable a los recursos naturales no incorpora, hasta ahora, mecanismos que exijan la distribución de beneficios y ganancias entre el titular de la actividad económica que utiliza los recursos naturales –y que genera utilidades– y las comunidades o asociaciones indígenas que tienen derechos sobre las tierras y territorios donde se encuentran dichos recursos y donde se realizan las actividades económicas. Sin embargo, hay autores que han sostenido lo contrario en la medida que distinguen entre beneficios ambientales y económicos. Respecto de los primeros indican que éstos están debidamente resguardados en la legislación ambiental y respecto de los segundos, más que indicar que la legislación nacional no contemple mecanismos que exijan la distribución de beneficios, los autores plantean que los mecanismos que deben utilizarse son el gasto social focalizado, lo que permitiría la utilización de criterios en la distribución de los recursos, en lugar de traspasos directos entre empresas y comunidades, lo que ha demostrado en muchos casos un quiebre del tejido social. Fernández, A. y de la Piedra, C., "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT Nº169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias", *Estudios Públicos* 121 (verano 2011), pp. 48 y 49.

2.10. El enfoque ecosistémico

El enfoque ecosistémico constituye un principio central de la Convención de Diversidad Biológica (CDB).[126] Las Decisiones V/6 y VII/11 de la Conferencia de las Partes elaboran el contenido de este enfoque, que se basa en la definición de ecosistema que da la propia CBD, en su artículo 2:

> *Por "ecosistema" se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.*

Esta definición comprende a una unidad funcional a cualquier escala. En efecto, la escala de análisis y de acción se determinará por el caso concreto que se enfrente. El enfoque ecosistémico se basa, por lo tanto, en la aplicación de metodología científica apropiada y focalizada en los distintos niveles de organización biológica, que comprende tanto la estructura esencial como los procesos, funciones e interacciones entre los organismos y su ambiente, reconociendo a los seres humanos, con su diversidad cultural, como un componente integral de muchos ecosistemas.[127] Este enfoque requiere una mirada adaptativa y flexible para la gestión de los ecosistemas, donde muchas veces existe incertidumbre o ausencia de suficiente conocimiento sobre su funcionamiento. Por lo tanto, no existe una única forma de implementar este enfoque, sino que dependerá de las condiciones locales, regionales o globales de los distintos ecosistemas.

En cuanto a la implementación nacional de este enfoque, un buen ejemplo es la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), que fue modificada en el 2013 incorporando expresamente este enfoque para la regulación y gestión de las pesquerías. En efecto, el nuevo artículo 1B dispone:

> *El objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos.*

El artículo 1C, por su parte, establece la obligación de tener en consideración este enfoque al momento de adoptar las medidas de conservación y administración y, al interpretar y aplicar la ley. Y, en particular señala, en su letra c):

---

[126] Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *The Ecosystem Approach*, 2004, p. 3. Disponible en: https://www.cbd.int/doc/publications/ea-text-en.pdf (sitio web visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

[127] Ibid, p. 6.

> *Aplicar el enfoque ecosistémico para la conservación y administración de los recursos pesqueros y la protección de sus ecosistemas, entendiendo por tal un enfoque que considere la interrelación de las especies predominantes en un área determinada.*

Para finalizar, cabe concluir que aun cuando en esta sección no se ha realizado una enumeración exhaustiva de los ejemplos de normas jurídicas que reconocen elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental, el listado elaborado permite establecer que tales dimensiones y elementos son parte del derecho ambiental internacional, comparado y nacional. A continuación se analizará la naturaleza jurídica de la Justicia Ambiental, sección en la que se adherirá a la consideración de la Justicia Ambiental como un principio jurídico.

3. La Justicia Ambiental como principio jurídico

Según se vio en la sección anterior, existen manifestaciones expresas de los distintos elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental en el ordenamiento jurídico nacional, comparado e internacional. Lo que esta parte del capítulo persigue es sostener que dichas expresiones de Justicia Ambiental –entre otras que se puedan identificar– permiten afirmar la existencia de un principio jurídico que se estructura y formula sobre la base de normas que incorporan y aplican los diversos elementos de la Justicia Ambiental. El enfoque que aquí se adopta para establecer esta hipótesis es uno pragmático, que tiene por objeto dar sentido dentro del ordenamiento jurídico a las normas que reconocen elementos de Justicia Ambiental. Es decir, más que justificar y acreditar la existencia de un principio de Justicia Ambiental, lo que esta sección busca es sostener que en la medida que el derecho contempla normas que contienen estos elementos, se puede entender que ellos forman parte de un principio que informa, subyace o explica diversas disposiciones de derecho ambiental.[128]

Para comprender esta afirmación se debe analizar qué se entiende por un principio jurídico y cuáles son sus funciones, cuestiones que han sido abordadas latamente por los teóricos del derecho.[129] Aunque sobre estas cuestiones los autores adoptan, como veremos, muy diferentes posiciones, todos concuerdan en que los principios constituyen estándares que entregan razones o criterios generales para adoptar una determinada decisión frente a un caso particular. Lo que aquí se sostiene es que la Justicia Ambiental

---

[128] Sobre un enfoque pragmático en materia de principios ver: Coleman, J., *The Practice of Principle: in Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford University Press, 2003), 248 pp.

[129] Con esta expresión se hace alusión a aquellos autores que han elaborado –durante las últimas cinco décadas– una teoría respecto al contenido del derecho y a los diferentes tipos de normas y obligaciones jurídicas. En particular se hará referencia aquí a los trabajos de los ingleses H.L.A Hart y Joseph Raz, del norteamericano Ronald Dworkin, del alemán Robert Alexy y del finlandés Aulis Aarnio.

es precisamente eso: un principio que proporciona argumentos, razones y criterios para adoptar decisiones ambientales.

En este trabajo –por lo tanto– se afirma que la Justicia Ambiental es un principio jurídico que se estructura sobre la base de normas de derecho ambiental que incorporan y aplican los diversos elementos de la Justicia Ambiental. Dicho de otra manera, la Justicia Ambiental es parte del ordenamiento jurídico en la medida que mediante un proceso inductivo de razonamiento se puede formular un principio general de Justicia Ambiental sobre la base de la existencia de ciertas normas jurídicas específicas que incorporan los distintos elementos que componen el concepto de Justicia Ambiental. Es decir, lo que se busca finalmente plantear es que la Justicia Ambiental es más que una mera obligación moral o un objetivo en el ámbito de la política ambiental.

Con el fin de demostrar tal afirmación a continuación se analizarán los principios jurídicos y su rol en el derecho ambiental, con el objeto de ilustrar la función que la Justicia Ambiental puede cumplir en el ordenamiento jurídico.

3.1. Los principios en el ordenamiento jurídico

3.1.1. Los principios jurídicos como un estándar normativo diferente de las reglas

En un primer sentido, los principios son entendidos como estándares normativos cuyas características permiten distinguirlos, con más o menos fuerza, de los estándares normativos que, en cambio, se denominan reglas. Es difícil exagerar la importancia que esta distinción tiene y ha tenido en los debates de los teóricos del derecho a partir del último tercio del siglo XX, y la influencia que dichos debates han ejercido en la comprensión de lo que cuenta como derecho.

El punto de partida en la discusión doctrinaria acerca de las diferencias entre reglas y principios lo dio Ronald Dworkin y su primera exposición del tema en el artículo *"The Model of Rules"* publicado en 1967.[130] Dworkin incorpora los principios al ordenamiento jurídico y desafía la concepción del positivismo jurídico –en particular aquella propuesta por H.L.A. Hart en su "El Concepto del Derecho" publicada en 1961– que sostiene que el Derecho es un sistema compuesto exclusivamente por reglas.[131]

Lo que Hart plantea –y Dworkin critica– es la completa separación conceptual entre moral y derecho que existiría en el ordenamiento jurídico. Según el primero, el Derecho está compuesto sólo por reglas –primarias y secundarias– que deben su validez formal a

[130] Dworkin, R., "The Model of Rules" en *University of Chicago Law Review*, Volumen 35, 1967-1968, pp. 14-46. Este trabajo fue luego desarrollado en el capítulo segundo de su obra *Los Derechos en Serio* (Editorial Ariel, Barcelona, 2010), pp. 61-101.

[131] Hart, H.L.A, *El Concepto de Derecho* (Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 2009), 332 pp.

una regla de reconocimiento última. Junto con ello sostiene que el ordenamiento jurídico no es necesariamente un sistema completamente cerrado sino que postula la "textura abierta" del derecho, que permite por lo tanto, la existencia de cierta discrecionalidad por parte de los jueces en lo que se conoce como los "casos difíciles", es decir, aquellos donde no hay una regla clara que aplicar. Según Dworkin, en cambio, el Derecho contempla no solo reglas, sino que también principios lo que permite sostener que se trata de un sistema cerrado, que se vincula con la moral y en el que la discrecionalidad judicial no existe –puesto que si no hay regla que aplicar siempre habrá un principio jurídico–.[132]

A partir del trabajo de Dworkin numerosos autores han continuado con el análisis de la distinción entre reglas y principios en el ordenamiento jurídico. Uno de los objetivos de estos trabajos ha sido ciertamente poner en entredicho la comprensión positivista del derecho. De hecho, entre los argumentos antipositivistas, el "principalista" ha desempeñado y sigue desempeñando un papel destacado.[133] No obstante, es preciso aclarar que no todas las elaboraciones doctrinarias en torno a las distinciones entre reglas y principios se dirigen a este objetivo así como tampoco a la del objetivo contrario, esto es, la defensa del positivismo.

Con el propósito de ordenar la discusión, Aulis Aarnio, reduce las opiniones de los teóricos del Derecho en torno a la distinción entre reglas y principios, a dos tesis principales.[134] La tesis de la *demarcación fuerte*, en que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa. Y la tesis de la *demarcación débil,* que sostiene que existe entre reglas y principios una diferencia de grado, no una diferencia cualitativa. De acuerdo con la tesis de la demarcación débil, ambos tipos de normas representarían un papel similar en el discurso jurídico, la única diferencia sería que los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero no hay otras especiales características para distinguirlos.

En este trabajo se seguirá la clasificación de Aarnio con el objeto de analizar las distinciones entre reglas y principios que han sido sugeridas por los principales teóricos del derecho.

---

[132] Una explicación clara y detallada de las diferencias entre las concepciones del Derecho de Hart y Dworkin se encuentra en Pérez-Járaba, M.D., "Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart", en *Revista de Estudios Jurídicos* nº10/2010, (segunda época), Universidad de Jaén, España.

Versión electrónica disponible en http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543 (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

[133] García Figueroa, A., *Principios y Positivismo Jurídico* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998), pp. 33-37.

[134] Aarnio, A., "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", en *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidad de Coruña, Nº4, 2000, pp. 593-602.

Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

a. La tesis de la demarcación fuerte

De acuerdo con esta tesis la diferencia entre reglas y principios es cualitativa, ya que se trata de normas pertenecientes a categorías jurídicas diferentes. Para Dworkin, el ordenamiento jurídico está compuesto –además de las reglas– por principios, "directrices políticas" (*policies*), y otros tipos de pautas.[135] Distingue principios en un sentido amplio y en un sentido estricto. En sentido amplio, los principios incluyen todas las directivas o estándares generales que no son reglas. En sentido estricto, distingue más precisamente entre principios y directrices políticas. Llama directrices a aquel tipo de estándar que asigna un fin a alcanzar, generalmente algún mejoramiento en algún aspecto económico, político o social de la comunidad. Un principio, por el otro lado, apunta a un estándar que es observado no porque haya de promover o asegurar una situación económica, política o social considerada como deseable, sino porque es un requerimiento de la justicia o la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad.[136]

La diferencia entre reglas y principios, según Dworkin, es de carácter lógico y estructural. Ambos tipos de normas apuntan a decisiones particulares sobre obligaciones jurídicas en determinadas circunstancias, pero se diferencian en el carácter de la orientación que entregan. Las reglas son aplicables como disyuntiva, es decir, en una manera del "todo o nada". Así, sostiene que "si los hechos que estipula una norma están dados, entonces, o bien, la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien, no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión".[137] Los principios, en cambio, no establecen consecuencias jurídicas que se aplican automáticamente cuando las condiciones de hecho se cumplen. Lo que hacen los principios es establecer razones que permiten argumentar en una determinada dirección, es decir, se utilizan como criterios que permiten inclinar la decisión en uno u otro sentido.[138] Pueden, por lo tanto, respecto de un caso determinado existir principios o directrices que argumenten en direcciones contrarias, en cuyo caso un principio finalmente puede que no se aplique, pero ello no significa que tal principio se excluya del sistema jurídico.[139] Todo lo que se quiere decir cuando se sostiene que un principio es jurídico es que tal principio se debe tener en cuenta al tomar una decisión pública en que éste sea relevante.[140]

La distinción lógica que hace Dworkin entre reglas y principios –esto es, que las primeras son aplicables como disyuntiva y las segundas no– implica la existencia de una segunda diferencia consistente en que los principios tienen "peso" o "importancia", dimensión de la que carecen las reglas. Cuando los principios se intersectan en un caso, el

---

[135] Dworkin, R., *Los Derechos en Serio,* ob.cit. (nº130), p. 72.
[136] Ibid.
[137] Ibid, p. 75.
[138] Ibid.
[139] Ibid, p. 77
[140] Ibid.

que toma la decisión debe considerar el peso relativo de cada uno. En cambio, cuando dos reglas entran en conflicto, una de ellas no puede ser una regla válida para el caso. La determinación de cuál regla es válida en estos casos puede efectuarse recurriendo a otra regla establecida en el ordenamiento jurídico (tales como la regla de especialidad, temporalidad o especificidad) o también, a ciertos principios más importantes.[141] Se han presentado reparos a esta segunda distinción lógica de Dworkin entre reglas y principios.[142] En primer lugar, se sostiene que es posible pensar en la existencia de principios contradictorios, de manera que aceptar uno implica necesariamente rechazar el otro –por lo que no se trataría sólo de una cuestión de peso–. Por otro lado, también se señala que en los casos de conflictos entre reglas, no siempre será necesaria la declaración de invalidez de una de las reglas. Por ejemplo, esto ocurre en los casos en que se confiere ámbitos de validez (temporal, espacial) distintos a reglas que pueden ser contradictorias.[143]

Cabe señalar que la importancia de considerar la existencia de principios dentro de un ordenamiento jurídico tiene que ver –para Dworkin– con qué se entiende por discrecionalidad judicial. Según este autor, el concepto de discrecionalidad es relativo y se utiliza específicamente en el contexto en que alguien deba tomar decisiones sujeto a normas establecidas por una autoridad determinada.[144] Para clarificar las posibles situaciones en que se ejerce discrecionalidad, distingue entre discreción en un sentido débil y en un sentido fuerte.[145] Existe discreción en un sentido débil cuando por alguna razón las normas que debe aplicar un funcionario no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que exigen un razonamiento en función de ciertos parámetros dados por la norma. Otra interpretación débil de la discrecionalidad existe cuando una persona decide sin que otra pueda revisar su decisión. Es decir, tiene la autoridad final para tomar una decisión.[146] Un sentido fuerte de la discrecionalidad existe, en cambio, cuando se sostiene que un funcionario no está obligado a seguir ciertos estándares o normas para adoptar una decisión.[147]

La anterior clasificación de la discrecionalidad que hace Dworkin para la función judicial también se podría aplicar para explicar el ámbito de la discrecionalidad administrativa. En efecto, en la discrecionalidad fuerte, la Administración tendría que tomar una decisión –como, por ejemplo, disponer el trazado de una autopista– basada en sus propias

---

[141] Ibid, p. 78.

[142] Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Cuadernos y Debates Nº 40 (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992), pp. 41-42.

[143] Ibid.

[144] Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, ob.cit. (nº130), p. 84.

[145] Ibid.

[146] Ibid.

[147] Ibid, p. 85. Este último sentido no significaría, en todo caso, que la decisión pueda ser arbitraria, o que no deba ser razonable, justa o efectiva.

facultades de apreciación.[148] En la discrecionalidad débil o atenuada, por su parte, el margen de actuación estaría acotado por la norma, tal como la posibilidad que tiene una autoridad administrativa para aplicar una sanción entre un máximo y mínimo preestablecido.[149]

Para Dworkin, los positivistas sostienen que cuando un caso no es regulado por una regla establecida el juez debe decidir usando su discreción en el sentido fuerte.[150] El autor se opone a esta afirmación ya que según él implicaría una "total ausencia de limitaciones jurídicas" en la adopción de la decisión.[151] Dworkin sostiene, en cambio, que en los casos difíciles, cuando existen lagunas o contradicciones, el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Es decir, tiene la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho.[152] La alternativa de Dworkin a la discrecionalidad judicial de los positivistas se conoce como la tesis de la "única respuesta correcta", para lo cual asume una visión objetivista de los principios en la medida que el juez no ofrece su versión personal de los principios, sino que el juez debe descubrir la versión verdadera de los principios, la dictada por la mejor teoría justificatoria de todo el material jurídico vigente.[153] Es decir, la respuesta al caso concreto se encuentra en algún lugar del ordenamiento jurídico y el juez debe hacer explícito lo que ya está implícito.[154]

De acuerdo con el alemán Robert Alexy se pueden formular tres tesis diferentes sobre la distinción entre reglas y principios.[155] Aquella que dice que todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y la de los principios es vano debido a la pluralidad realmente existente. La segunda que sostiene que la distinción entre reglas y principios es sólo de grado, y el grado de generalidad sería el criterio decisivo. Y, por último, aquélla que sostiene que no existe sólo una diferencia gradual entre reglas y principios sino que una cualitativa.

Tomando partido por la última de las tesis mencionadas y adhiriendo, en consecuencia, a la tesis de la demarcación fuerte, Robert Alexy sostiene que existe un criterio que permite distinguir con precisión a los principios de las reglas. Éste consiste en que los

---

[148] Aguilar Valdez, O., "Técnicas del Control Judicial de las Decisiones de la Administración Económica", en De la Cuétara, J.M., Martínez, J.L., &Villar, F., *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz* (Editorial La Ley, Argentina, 2011), p. 590.

[149] Ibid.

[150] Dworkin, R., ob.cit. (nº130), pp. 87-88.

[151] Pérez-Jaraba, M.D., ob.cit. (nº132), p. 17.

[152] Ibid.

[153] Ibid, p. 18.

[154] Aarnio, A., "¿Hay respuestas correctas para los casos difíciles? Observaciones sobre el razonamiento jurídico racional", en *Revista de las Cortes Generales*, Nº 53, Madrid, 2001, p. 200. Según este autor no existe una única respuesta correcta en el ordenamiento jurídico.

[155] Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993), pp. 85-86.

principios son "mandatos de optimización", a diferencia de las reglas que son "mandatos definitivos". Formula tres aspectos principales como distintivos de este criterio:[156]

El primero consiste en la *tesis de la optimización*, según la cual los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Por lo tanto, los principios se pueden cumplir en grados diferentes, dependiendo de las posibilidades jurídicas y reales.[157] Por el otro lado, las reglas son normas que solo pueden cumplirse o no, es decir, se trata de normas que se aplican binariamente. Solo caben dos posibilidades en torno a su eficacia, por lo que se trata de mandatos definitivos. La diferencia entre principios y reglas es, por lo tanto, una diferencia cualitativa, no solamente de gradación. Para Alexy, toda norma es un principio o una regla y una de sus diferencias, según este primer criterio, radica en el tipo de obligación que generan – las reglas imponen obligaciones absolutas, en cambio los principios imponen obligaciones *prima facie*, que pueden no ser consideradas a raíz de otros principios que se le contrapongan.[158]

Otro aspecto, que según Alexy, permite distinguir entre reglas y principios es la *ley de colisión*, que sostiene que la diferencia entre ambas se manifiesta más claramente cuando existe colisión de principios o conflicto de reglas. En los dos casos se trata de situaciones en que si se aplican separadamente dos reglas o dos principios se producen resultados incompatibles. Sin embargo, la solución a este problema será diferente cuando se trate de una regla o de un principio. Un conflicto entre reglas sólo se puede resolver introduciendo una excepción a una de las reglas o declarando al menos a una de ellas como inválida. Tal es el objetivo de reglas de conflicto como "ley posterior deroga la ley anterior" o "ley superior deroga la ley inferior". En el caso de colisión de principios, en cambio, existe una cierta prioridad de uno de los principios sobre el otro, atendiendo las circunstancias del caso.[159] Es decir, existe una relación de precedencia condicionada entre los principios. Esto es, las relaciones de prioridad entre los principios no son absolutas sino que condicionales o relativas. La tarea de "optimizar" consiste precisamente en determinar las relaciones correctas de prioridad condicional, que darán lugar a una regla específica aplicable al caso concreto.[160] Por lo tanto, reglas y principios se encuentran conectadas, de manera que los principios constituyen necesariamente razones de las reglas.

---

[156] Alexy, R., "On the Structure of Legal Principles", en *Ratio Juris*, Volumen 13, Nº3, September 2000, pp. 294-298.

[157] El campo de las posibilidades jurídicas está determinado por la existencia de principios y reglas contrarias. El campo de las posibilidades reales, en cambio, se refiere a que el contenido de los principios como normas de conducta sólo puede ser determinado cuando se enfrenta a ciertos hechos particulares. Avila, H. *Theory of Legal Principles* (Springer, The Netherlands, 2007), p. 10.

[158] Ibid.

[159] Alexy, R., Teoría de los Derechos Fundamentales, ob.cit. (nº155), p. 92.

[160] Alexy, R., "*On the Structure of…", ob. cit. (nº156), p. 297. "The conditions under which one principle takes priority over another constitute the operative facts of a rule giving legal effect to the principle deemed prior.*"

Por último, Alexy se refiere a la *ley de ponderación* que sostiene que la tesis del mandato de optimización se relaciona con la máxima de la proporcionalidad.[161] Esto significa que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales: la de adecuación –postulado del medio más adecuado, esto es, la posibilidad jurídica de realización del principio depende de las posibilidades fácticas–; la de necesidad –postulado del medio más benigno, aquí también la posibilidad jurídica de realización del principio depende de las posibilidades fácticas–; y la de proporcionalidad en sentido estricto –postulado de ponderación propiamente dicho, esto es, la posibilidad jurídica de realización del principio depende del principio opuesto–.[162] Según Alexy, la ley de ponderación se puede formular de la siguiente manera: "Mientras más intensa la interferencia con un principio, más importante el cumplimiento del otro principio".[163]

A partir de lo argumentado por los autores que adhieren a la tesis de la demarcación fuerte, Aarnio concluye que, según esta posición, los principios tienen una naturaleza vinculante cualitativamente distinta a la de las reglas, que se puede caracterizar de la siguiente manera:

> "1. los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, sino sólo razones *prima facie*; 2. los principios tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no tienen; 3. los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en la mayor medida posible; y 4. los principios guardan una profunda afinidad con los valores y también con objetivos políticos y morales".[164]

b. La tesis de la demarcación débil

Existen diversos exponentes de esta tesis. Quizás el más conocido sea Joseph Raz puesto que se opuso directamente a la teoría de Dworkin.[165] Sus críticas son fundamentalmente dos. En primer lugar critica la distinción cualitativa que el autor norteamericano hace entre reglas y principios y afirma que la diferencia es sólo una de generalidad, es decir, las primeras son más específicas que las segundas. Y en segundo lugar, afirma que Dworkin está equivocado al negar la discrecionalidad judicial basado en el argumento que los principios son parte del Derecho, ya que tal posición llevaría a concluir –erradamente– que los jueces estarían siempre obligados a aplicarlos en caso de ausencia de reglas.

---

[161] Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob.cit. (nº155), p. 111.

[162] Ibid, p. 112.

[163] Alexy, R., "On the Structure of…", ob. cit. (nº156), p. 298. Traducción propia de la frase: "The more intense the interference in one principle, the more important the realization of the other principle."

[164] Aarnio, A., "Reglas y principios…", ob.cit. (nº134), p. 593.

[165] Raz, J., "Legal Principles and the Limits of Law", en *Yale Law Journal*, Volumen 81, 1971-1972, pp. 823-854.

Respecto a su primera crítica, Raz sostiene –a diferencia de Dworkin– que las reglas pueden entrar en conflicto y tener peso al igual que los principios. Para llegar a esta conclusión, Raz se basa en que las reglas también interactúan entre sí, por lo que pueden modificarse y calificarse unas a otras.[166] Es decir, tanto las reglas como los principios tienen peso, la diferencia radica en que ambos tipos de normas se comportan de manera diferente en caso de conflicto entre ellas. Los conflictos entre reglas se determinan solamente en razón de su importancia relativa. Los conflictos entre principios, en cambio, se determinan mediante la evaluación de su importancia relativa en conjunto con las consecuencias que para sus objetivos tendrían los diversos cursos de acción que se consideran.[167] Esta diferencia entre reglas y principios –sostiene Raz– no es una diferencia lógica ni una característica distintiva de los principios, sino que es el resultado de la consideración de una determinada política u objetivo jurídico.[168] Para este autor no todas las reglas ni todos los principios obedecen a un mismo tipo lógico. De hecho –sostiene– tanto reglas como principios pueden ser invalidados en ciertas circunstancias por otras reglas o principios, o también por otras razones. La diferencia entre reglas y principios por lo tanto no es cualitativa ni lógica, sino que tiene que ver con la función que cumplen en el razonamiento práctico. Los principios sirven para justificar las reglas, cuestión que no ocurre en el sentido contrario, y esto se puede explicar por que las reglas prescriben actos específicos, en cambio los principios prescriben acciones generales.[169]

Hart, en su *Post scriptum* del *Concepto del Derecho*, también responde a las críticas de Dworkin.[170] En particular, respecto a la distinción entre reglas y principios sostiene que su regla de reconocimiento no solamente reconoce las reglas válidas sino que también puede reconocer los principios del Derecho.[171] Tal afirmación se deriva de la argumentación de Hart en torno a "la penumbra" que puede rodear a ciertas reglas, lo que implica una zona de incertidumbre similar a la de los principios de Dworkin. Así, señala:

> "Esta incoherencia que resulta de sostener que un sistema jurídico se compone tanto de reglas de todo o nada y principios no concluyentes puede superarse si admitimos que esta distinción es una cuestión de grado. Ciertamente, un contraste razonable puede establecerse entre reglas casi concluyentes, en que la satisfacción de sus condiciones de aplicación es suficiente para determinar el resultado jurídico, excepto en pocas ocasiones (donde sus términos pueden entrar en conflicto con otra regla considerada de mayor importancia) y generalmente con un

[166] Ibid, p. 832.

[167] Ibid, p. 833.

[168] Ibid, p. 834.

[169] Ibid, p. 839.

[170] Hart, H.L.A., *Post scriptum al Concepto de Derecho*, Penélope A. Bulloch y Joseph Raz (Editores), Rolando Tamayoy Salmorán (Estudio Preliminar, traducción, notas y bibliografía), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos Nº13, Mexico, 2000, 110 pp.

[171] Pérez-Járaba, M.D., ob.cit. (nº132), p. 21.

> principio no concluyente, el cual, meramente señala hacia una resolución pero, con frecuencia, puede no lograr determinarla".[172]

Con respecto a la segunda crítica que hace Raz –esto es, en lo que dice relación con la discrecionalidad judicial– Dworkin sostiene que no es posible delimitar el Derecho mediante una regla última de reconocimiento como propone Hart. Raz argumenta a favor de la construcción de una regla que permita distinguir lo que es Derecho de lo que no lo es.[173] Con ese objetivo busca demostrar que el razonamiento de Dworkin está equivocado cuando sostiene que los jueces nunca ejercen discrecionalidad en sentido fuerte debido a que el Derecho incorpora principios además de reglas. Es decir –señala Raz– de acuerdo con esta posición toda decisión judicial estaría siempre basada en el Derecho pero, a su vez, no sería posible delimitar precisamente el contenido del mismo. Según Raz la existencia de principios en el Derecho no excluye la discrecionalidad judicial, sino que por el contrario, la afirma, en la medida que son los mismos principios los que la dirigen y la guían. En efecto, el peso que se atribuye por Dworkin a los principios constituye precisamente una fuente de discrecionalidad judicial, ya que exige la determinación de la importancia relativa de los mismos, determinación que hace el juez en ejercicio de dicha discrecionalidad.

Según Aarnio –que también adhiere a esta posición– no existe una diferencia lingüística ni estructural entre reglas y principios, sino que la distinción se manifiesta en cuanto a sus funciones en el razonamiento jurídico. En este sentido, señala lo siguiente:

> "1. Solo las reglas pertenecen al área de la lógica deóntica, mientras que los principios se emplean de acuerdo con la lógica de la preferencia; y 2. Las reglas jurídicas son objeto de interpretación, los principios jurídicos lo son de ponderación".[174]

3.1.2. Los principios jurídicos más allá del binomio "reglas y principios"

Sin perjuicio de la importancia que ha tenido y sigue teniendo el binomio "reglas y principios", este punto de vista es a todas luces insuficiente para dar cuenta, por una parte, de la complejidad del derecho y, por otra parte, de la complejidad de los principios jurídicos.

Que la distinción entre reglas y principios no hace justicia a la complejidad del derecho es evidente desde el momento en que, por ejemplo, algunos autores advierten que, para lograr este objetivo, no basta distinguir a las reglas de los principios sino que tam-

---

[172] Hart, H.L.A., *Post scriptum al Concepto de Derecho*, ob.cit. (nº170), p. 42.

[173] A esta posición Raz la llama la tesis de "Los Límites del Derecho", ver Raz, J., ob.cit. (nº165), pp. 842-848.

[174] Aarnio, a., "Reglas y principios…", ob.cit. (nº134), p. 598.

bién es necesario considerar a los valores.[175] Para los objetivos de este trabajo resulta, no obstante, más relevante concentrar la atención en la mayor complejidad de los principios jurídicos, particularmente en el hecho de que aquellos son mucho más que un estándar normativo cuya comprensión solamente es posible si se lo mira desde el punto de vista de sus diferencias con las reglas.

Por de pronto, y con independencia de la discusión acerca de las características que debe reunir un estándar para ser considerado un principio y no una regla, los autores reconocen que hay diferentes tipos de principios.

Así por ejemplo, Luis Díez-Picazo distingue entre "principios en sentido estricto" y "normas principiales". Los primeros son "juicios de valor que inspiran e informan una normativa o la disciplina de una institución", es decir, no se trata de normas sino de un conjunto de bases o convicciones del grupo social en que se apoyan las normas; y las segundas son "normas jurídicas de carácter básico en la organización del grupo social o en la disciplina de instituciones que a su vez son básicas para el grupo social", las que pueden ser legales o simplemente consuetudinarias. Su carácter normativo deriva de su propia fuente de producción, pero su carácter principial deriva de la comunidad entera, de sus convicciones, creencias o juicios de valor.[176] El objetivo de Díez-Picazo al hacer esta distinción tiene que ver con establecer entre las normas de un ordenamiento jurídico una relación de jerarquía diferente de la puramente formal "que resulta de los puros criterios sobre distribución de competencias entre los órganos del Estado".[177] Para ello busca una jerarquía interna y sustancial basada en el peso específico de las normas.[178]

Por su parte, Genaro Carrió logra identificar once usos de la expresión "principio jurídico".[179] Según este autor, la mencionada expresión se emplea:

(i) Para designar pautas de segundo grado que presuponen la existencia de otras reglas (de primer grado) y se refieren a ellas. Se dirigen a quienes se encuentran en situación de justificar en concreto decisiones, reclamos o defensas con base en reglas de primer grado; proporcionan una guía acerca de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que versan; y exhiben cierto grado de neutralidad tópica.

---

[175] Ver por ejemplo, Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho* (Editorial Ariel, Barcelona, 1996), pp.123 y 142; Peces-Barba, G., *Los valores superiores* (Editorial Tecnos, Madrid, 1984), pp. 47-114; y Santa María, J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político* (Editorial Dykinson, Madrid, 1997), pp. 95-148.

[176] Díez-Picazo, L., *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho* (Editorial Ariel, Barcelona, 1973), p. 207.

[177] Ibid, p. 199.

[178] Esta posición es similar a la de Dworkin, en el sentido que el autor norteamericano basa su distinción entre reglas y principios, no en el origen de las mismas, sino que en su contenido.

[179] Carrió, G., *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994), pp. 204-205 y 209-212.

(ii) Para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él (por ejemplo, el principio de la separación de poderes, el de la inamovilidad de los jueces, o el de la indisolubilidad del matrimonio).

(iii) Para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema.

(iv) Para referirse a la *ratio legis* de una norma, es decir, a su propósito, objetivo o meta.

(v) Para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca o manifiestamente justo (por ejemplo, el principio que prohíbe discriminar entre los seres humanos por motivos raciales o religiosos o el que proscribe la esclavitud).

(vi) Para identificar ciertos requisitos formales o externos que –se dice– todo orden jurídico debe satisfacer (por ejemplo, que las normas deben ser generales, no retroactivas, suficientemente claras, etcétera).

(vii) Para hacer referencia a guías dirigidas al legislador que sólo tienen un carácter meramente exhortatorio (por ejemplo, algunas cláusulas constitucionales no operativas).

(viii) Para aludir a ciertos juicios de valor que recogen exigencias básicas de la justicia y moral positivas y que se dicen sustentados por la "conciencia jurídica popular".

(ix) Para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica.

(x) Para designar una misteriosa fuente generadora que se encuentra, por así decirlo, por debajo de grupos de reglas del sistema y que, tal como engendró a éstas, sigue engendrando reglas nuevas. Este uso acusa la influencia de la escuela histórica del derecho.

(xi) Para aislar enunciados que, según se pretende, derivan de una enigmática ciencia de los conceptos jurídicos considerados como entidades (por ejemplo, el principio de que no hay patrimonio sin sujeto ni sujeto sin patrimonio). Este uso acusa la influencia de la jurisprudencia de conceptos.

Entre estos usos merece especial atención el tercero, referido a generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema, tales como el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, el de que no hay responsabilidad penal por hechos ajenos y el

de la buena fe en las transacciones.[180] Este uso corresponde a los comúnmente llamados "principios generales del derecho", un sentido mucho más antiguo pero no por ello menos vigente de la expresión principios jurídicos.

Al respecto una primera cuestión relevante es advertir que aunque la expresión principios generales del derecho da a entender que éstos son comunes a todos los sectores del ordenamiento, los autores reconocen que junto a aquellos que son generales en este sentido[181] hay principios que son generales en un sentido más restringido. Por lo mismo es que, por ejemplo, el derecho civil reconoce principios como el de la autonomía de la voluntad, de la seguridad jurídica o de la buena fe[182] y el derecho administrativo reconoce principios tales como el de legalidad, el de la reserva legal, el de protección de la confianza legítima o el de cooperación.[183]

También es importante que se advierta que los principios generales del derecho cumplen diferentes funciones. Por ejemplo, según Díez-Picazo, cuando se habla de "principios generales" del derecho se hace referencia a los criterios que permiten resolver la inexistencia de ley o la falta de previsión por una ley de un punto controvertido.[184] Es decir, se trata de principios que cumplen una función específica, la de integración del derecho.[185] En esta misma línea, pero atribuyendo a los principios generales del derecho una función más amplia, Luciano Parejo Alfonso sostiene que ellos cumplen "la doble función interpretativa de las normas imprecisas o no claras y de integración de lagunas del ordenamiento.[186] También señala que los principios generales tienen gran importancia para el derecho administrativo en particular debido a que no existe en esta disciplina una codificación pero sí un conjunto de disposiciones del "más variado contenido y rango, que por eso mismo, requiere de unos elementos que, como los principios generales, sirvan de criterios de vertebración del sistema".[187]

---

[180] Ibid, pp. 210-211.

[181] Guastini, R., *Distinguiendo estudios de teoría y metateoría del derecho* (Editorial Gedisa, Barcelona, 1999), pp. 152-153.

[182] Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I. Introducción, Teoría del Contrato* (Sexta Edición, Thomson, Civitas, 2007), pp. 53-72.

[183] Bermúdez, J., *Derecho Administrativo General* (Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Segunda Edición Actualizada, 2011), p. 64.

[184] Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas*… ob.cit. (nº176), pp. 201-202.

[185] Estos criterios pueden ser positivistas si se sostiene que la laguna se resuelve acudiendo a las mismas normas, mediante la aplicación de la analogía o, por otro lado, pueden existir criterios no positivistas, lo que implica acudir a criterios extralegales –lo que, según el mismo autor, no quiere decir que sean extrajurídicos– Ibid.

[186] Parejo Alfonso, L., *Derecho Administrativo. Instituciones Generales* (Editorial Ariel, Barcelona, España, 2003), p. 235.

[187] Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. & Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo* (Editorial Ariel, Barcelona, 1990), p. 117.

En la doctrina administrativista nacional, Jorge Bermúdez señala que "los principios tienen como función servir de elementos de interpretación, concretización y desarrollo de la propia ley y del ordenamiento en general. Mientras del legislador emana una ley que debe estar ajustada a la Constitución, el juez debe aplicar la misma, procurando concretizarla y desarrollarla, pero no corregirla. Entre la frialdad de la norma positiva y la contingencia del caso concreto que se debe regular, los principios generales del Derecho Administrativo, actúan como una especie de bálsamo o engrase entre ambos, permitiendo una mayor pulcritud y fineza en la aplicación del ordenamiento jurídico al caso en concreto".[188]

De lo dicho hasta ahora se deduce que cuando se habla de principios generales del derecho no se hace referencia a estándares normativos explícitamente formulados en los textos normativos. En consecuencia, también es importante notar que se trata de principios implícitos, esto es, principios que no estando explícitamente formulados en ninguna disposición, son elaborados o construidos por los intérpretes, quienes asumen que el principio está implícito o latente en el discurso de las fuentes.[189]

Si los principios generales tienen que ser, de alguna manera, extraídos de las disposiciones de los textos normativos en los que se encuentran implícitos, la pregunta pertinente dice relación con el método a través del cual estos principios son obtenidos. En general se considera que los principios implícitos se construyen por los intérpretes a través de la "inducción" (abstracción, generalización, universalización) a partir de normas particulares, de suerte que un principio implícito sería una norma muy general de la que podrían ser inferidas lógicamente (deducidas) diversas normas particulares (explícitas).[190] Aunque atendidos los problemas que suscita aceptar la idea de que es posible obtener normas a partir de otras normas,[191] también se precisa que, en la mayoría de los casos,

---

[188] Bermúdez, J. "Análisis de cuatro principios jurídicos desde la perspectiva de las fuentes del Derecho Administrativo", artículo inédito, 2010.

[189] Guastini, R., ob.cit. (nº181), pp. 156-157.

[190] Ibid, pp. 157-158.

[191] De acuerdo con Wróblewsky, los "principios implícitos de derecho" son reglas que se consideran premisa o consecuencia de otras normas. Cuando el principio es considerado una premisa, se llega a él por medio de un razonamiento reductivo, mientras que cuando el principio es considerado una consecuencia de normas se llega a él a través de una deducción. En opinión de este autor, la validez lógica del razonamiento que se utiliza para obtener los principios implícitos a partir de normas es problemática; concretamente, se plantea el problema de si la lógica formal como tal puede resolver la cuestión de las premisas o consecuencias de las normas, o si este no es más bien campo de la retórica o argumentación no formalizada y no formalizable. Wróblewsky, J., *Sentido y hecho en el Derecho* (Editorial Fontamara, México DF, 2001), pp. 205-211. En la misma línea, Prieto Sanchís plantea que la aceptación de los principios implícitos depende de que se acepte que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener normas a partir de normas. A su juicio, el problema se presenta por varias razones: (i) Lo común es que al hacer esto no se tengan en cuenta todas las normas del sistema. Y aun cuando así ocurriera, el resultado sería tan contradictorio como el propio sistema atendido que no existe un legislador racional que diseñe un orden jurídico pleno y coherente; (ii) El razonamiento analógico –muy semejante al que se usa para la obtención de principios implícitos– no tiene una

construir un principio consiste más bien en avanzar una conjetura acerca de las razones (finalidades, intenciones, valores) del legislador, y que tales conjeturas son obviamente opinables. Por otra parte, hay quienes sostienen que los principios generales no sólo se extraen de textos de derecho positivo sino que también de decisiones de justicia, de la costumbre o de la doctrina.[192]

3.1.3. Ordenando el panorama de los principios jurídicos

Frente a la comprobación de que hay múltiples formas de caracterizar a los principios jurídicos, los teóricos del derecho han intentado clarificar el panorama proponiendo su clasificación en categorías.

Así por ejemplo, tras admitir que existen muchas diferencias en torno a qué entienden los distintos autores por principios, Aarnio propone clasificarlos en dos categorías:[193]

i. *Principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico*. Rara vez son mencionados como razones públicas para las decisiones jurídicas. Un ejemplo de este tipo de principios es el de la propiedad privada en el ordenamiento jurídico de las sociedades que constituyen economías de mercado.[194] Estos principios pueden estar expresamente contemplados como norma jurídica.

ii. *Principios jurídicos positivos*, que están expresamente recogidos en las normas legales o se encuentran presupuestos en ellas como razones para la toma de decisiones jurídicas. Dentro de esta categoría se distinguen los *principios formalmente válidos* que se recogen expresamente en los textos legales;[195] las *generalizaciones jurídicas*, que no se encuentran generalmente especificadas en los textos legales sino que se fundan en inducciones a partir de varias normas individuales;[196]los *principios relativos a la*

---

naturaleza estrictamente lógica en el sentido formal; (iii) Las relaciones entre los principios y sus respectivas normas expresas no pueden reducirse a un esquema único, por ejemplo, del tipo general-particular, pues a veces los principios son los fines que persiguen las normas, los intereses que tutelan, los valores en que se inspiran, o sus consecuencias lógicas. Finalmente, a lo anterior agrega que la aceptación de los principios implícitos no sólo depende de que sea posible obtener normas a partir de otras normas sino también que la regla así obtenida representa de verdad una regla nueva y distinta de las que constituyen su origen. Prieto Sanchís, L., *Apuntes de Teoría del Derecho* (Editorial Trotta, Cuarta Edición, Madrid, 2009), pp. 208-212.

[192] Bermúdez, J., *Derecho Administrativo General*… ob.cit. (nº183), pp. 58-64.

[193] Aarnio, a., "Reglas y principios…", ob.cit. (nº134), p. 595.

[194] Aarnio, A., "Taking rules seriously", en *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Supplement 42, 1990, p. 183.

[195] Da como ejemplos a los principios que regulan derechos humanos básicos, como la libertad de expresión o la igualdad.

[196] Por ejemplo, el principio de *pacta sunt servanda* en el derecho civil. Estos principios cuentan con apoyo institucional pero no han sido expresamente formulados como tales en la legislación (son los principios

toma de decisiones, que han sido tácitamente aceptados en la comunidad jurídica y por lo tanto han sido institucionalizados en la tradición jurídica occidental;[197]y los *principios extra-sistémicos* que sin ser normas jurídicas, pueden ser relevantes en el razonamiento jurídico, cuando un argumento moral extra jurídico se convierte en jurídicamente relevante si se utiliza para elegir, por ejemplo, entre distintas alternativas del significado de una norma.[198]

Por su parte, Prieto Sanchís clasifica a los principios distinguiendo el origen o respaldo institucional con que ellos cuentan. Desde esta perspectiva, considera la existencia de tres categorías de principios con valor o fuerza normativa, los principios explícitos, los implícitos y los extrasistémicos.[199]

i. Los *principios explícitos* son aquellos recogidos en alguna disposición normativa, aun cuando no aparezcan reconocidos expresamente como tales. Como se encuentran respaldados por la norma que los consagra y constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores, en el caso que exista una disposición contraria a estos principios, no se tratará de una excepción sino que de una infracción del mismo (aquí caben los principios constitucionales tales como el de libertad, igualdad, legalidad y otros principios extra constitucionales como los de autonomía de la voluntad del Código Civil o culpabilidad penal del Código Penal).

ii. Los *principios implícitos* son aquellos que se obtienen por deducción o inducción a partir de alguna norma o grupo de normas. El procedimiento que da vida a los principios implícitos es el propio de la analogía que permite construir una norma general atribuyéndole un significado por parte del intérprete, de modo que la discrecionalidad del jurista tiene en estos principios un papel destacado.

---

generales del derecho o los principios implícitos de Prieto Sanchís).

[197] Como ejemplos indica el principio de legalidad de la ley penal o el de la buena fe en el derecho de los contratos.

[198] Ibid, p. 184.

[199] Prieto Sanchís, L., ob.cit. (nº142), pp. 131-149. Cabe señalar en relación con los principios extrasistémicos que una visión positivista del derecho como la de Hart sostendría que estos principios no forman parte del Derecho. En efecto, se trata precisamente de lo que sostiene Hart al referirse a los casos difíciles en donde los jueces deben recurrir a elementos externos al sistema jurídico con el objeto de crear una norma nueva para resolver el conflicto, ejerciendo su discrecionalidad en sentido fuerte, según la clasificación de Dworkin. Una teoría del derecho más realista, en cambio, podría considerarlos, quizás no como normas válidas pero sí como eficaces en la medida que pueden resultar relevantes en la actuación de un operador jurídico. La teoría del derecho de Dworkin, por último, no admite la existencia de principios extrasistémicos como tales, sino que considera que los principios son parte del Derecho y corresponde al juez identificarlos, y justificar su aplicación al caso concreto.

iii. Los *principios extrasistémicos* se forman a partir de la constitución material o de alguna filosofía moral o política que se supone inspira el ordenamiento en su conjunto.

Por último, vale la pena referirse a la clasificación que hace Franck Moderne, administrativista francés, que sostiene que sólo las siguientes tres primeras categorías producen efectos de derecho[200] –categorías que incluyen las características fundamentales de los principios de derecho ambiental–:

i. Los *principios positivos del derecho*: normas explícitamente formuladas en los textos de derecho positivo o al menos construidas a partir de los elementos contenidos en estas disposiciones.

ii. Los *principios implícitos del derecho:* reglas tratadas como premisas o consecuencias de las disposiciones del derecho positivo, sin estar ahí expresamente enunciadas.

iii. Los *principios extrasistémicos del derecho*: reglas consideradas como principios, pero que no pueden ser ordenadas en las dos primeras categorías, pues son exteriores al derecho positivo.

iv. Los *principios-nombres del derecho*: denominaciones sin carácter normativo que caracterizan los rasgos esenciales de una institución jurídica.

v. Los *principios-construcciones del derecho*: instrumentos conceptuales propuestos en la elaboración dogmática del derecho o en la aplicación y la interpretación jurídica.

De todo lo expuesto se puede deducir que independiente de la posición que se adopte en torno a la distinción entre reglas y principios, todos los autores reconocen la existencia de la función de los principios en el ordenamiento jurídico y su importancia en la adopción de decisiones legislativas, administrativas y judiciales. A su vez, se puede concluir que la determinación de la existencia de un principio en el ordenamiento jurídico puede derivar de un proceso inductivo a partir de normas específicas o también de criterios y razones provenientes –en palabras de Dworkin– de la justicia o la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. La Justicia Ambiental, tal como se ha expuesto en este trabajo, se compone de elementos y dimensiones de la justicia en general y se expresa en reglas y principios específicos consagrados en el ordenamiento jurídico nacional, comparado e internacional.

---

[200] Moderne, F., *Principios Generales del Derecho Público* (Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 26-27.

Su formulación como principio jurídico se ajusta, como se verá a continuación, con las características del derecho ambiental en que los principios han cumplido una función creadora, argumentativa y evolutiva.

A continuación se entrará de lleno al análisis de los principios jurídicos de derecho ambiental con el objeto de entender la función y lugar que la Justicia Ambiental, como principio, puede ocupar en el ordenamiento jurídico ambiental.

3.2. Los principios jurídicos en el derecho ambiental

Tal como se dijo antes, los principios tienen gran relevancia en el desarrollo del derecho ambiental, tanto nacional[201] como internacional. Esta característica "principalista" del derecho ambiental ha generado, por una parte, que diversos autores hayan estudiado específicamente el tema[202] y, por la otra, ha permitido que el derecho ambiental se haya constituido en una disciplina jurídica con un listado de principios propios.[203]

3.2.1. Identificación de los principios de derecho ambiental

El contenido específico del listado de los principios de derecho ambiental y su valor jurídico es discutido por los diversos autores que han escrito sobre este tema. En todo caso, existe consenso en torno a incluir dentro del listado al principio de la soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al medio ambiente de otros Estados o áreas más allá de la jurisdicción nacional (Principio 21/2, aduciendo a la numeración del mismo en las Declaraciones de Estocolmo y de Río, respectivamente); el principio preventivo; el principio de cooperación; el principio contaminador-pagador; el desarrollo sustentable (que, según Sands, incluye a su vez, los siguientes subprincipios: equidad intergeneracional, equidad intrageneracional, el uso sustentable de los recur-

---

[201] Al respecto ver los ejemplos nacionales analizados en Verschuuren, J. *Principles of Environmental law. The Ideal of Sustainable Development and The Role of Principles of International, European and National Environmental Law* (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Alemania, 2003), pp. 109-127. Se mencionan en particular los casos de Australia, Alemania, Bélgica y Finlandia como países que han codificado ciertos principios ambientales, los que también han sido desarrollados por la judicatura; y Holanda como un país que a pesar de no haber incorporado los principios legislativamente, sí se han aplicado a través de la función administrativa y judicial. En el derecho ambiental chileno también se recogen expresamente algunos principios, tales como el de "desarrollo sustentable" o el de las "mejores técnicas disponibles" (artículo 2, letras g) y mbis) de la Ley Nº19.300, LBGMA).

[202] Se puede nombrar, entre otros, a Philippe Sands, Nicolas De Sadeleer, Winfried Lang, Ulrich Beyerlin, Rüdiger Wolfrum, Ludwig Kramer y Jonathan Verschuuren.

[203] Wolfrum, R., "International Environmental Law: Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance", en: Morrison, F. & Wolfrum, R. (Eds.), *International, Regional and National Environmental Law* (Kluwer Law International, 2000), p. 6.

sos naturales, y el principio de integración);[204] y, por último, el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas.[205]

Sin perjuicio que no exista total consenso en torno a la identificación de los principios ambientales ni respecto a su fuerza jurídica, sí hay acuerdo por parte de la mayoría de los autores en conferirles un papel clave en el desarrollo e interpretación del derecho ambiental. En efecto, cualquiera sea la definición que se dé o la distinción que se aplique a los principios de derecho ambiental, nadie puede negar que los principios constituyen herramientas importantes para esta rama del ordenamiento jurídico.[206]Aún más, el derecho ambiental se ha caracterizado por basarse en principios jurídicos de contenido altamente político, que inician su recorrido como principios de *soft-law*, pero que rápidamente van adquiriendo un carácter jurídico más fuerte.[207]

A continuación se analizarán específicamente algunas clasificaciones que han dado los autores en torno a los tipos de normas y, en particular, los tipos de principios que se pueden encontrar en la disciplina del derecho ambiental. Luego se analizará el valor jurídico de los mismos y las funciones que cumplen.

3.2.2. Tipos de principios en el derecho ambiental

La discusión en torno a la distinción entre reglas y principios (y el valor y función de estos últimos) también se encuentra presente en el derecho ambiental. En particular esto se debe a que los principios jurídicos han jugado un rol central en la evolución de esta disciplina, quizás como en ninguna otra rama del derecho.[208] Tal característica tiene su origen en diversas particularidades del derecho ambiental. Por ejemplo, su directa influencia en diversos aspectos relacionados con el desarrollo, de manera que en muchas ocasiones –al menos en el ámbito internacional– los Estados prefieren adherir a ciertos principios antes que asumir obligaciones específicas y directas para proteger el medio ambiente, en temas que son política y económicamente sensibles. En el mismo sentido, el recurrir a principios generales permite llegar a transacciones y compromisos que no

---

[204] Sands, P., ob. cit. (nº35), p. 253.

[205] De Sadeleer es más restrictivo y confiere especial fuerza jurídica a los siguientes tres principios –al menos en el ámbito europeo–: el precautorio, el preventivo y el contaminador pagador. Su selección dice relación con que estos tres principios se encuentran expresamente incorporados en el Tratado de la Comunidad Europea (artículo 174.2) como los principios que deben guiar la política ambiental de esa organización. De Sadeleer, N., *Environmental principles. From Political Slogans to Legal Rules* (Oxford University Press, 2002), p. 1.

[206] Lang, W., "UN Principles and International Environmental Law", en *Max Planck Yearbook of United Nations*, volumen 3, 1999, p. 159.

[207] Ibid, p. 162.

[208] De Sadeleer, N., ob.cit. (nº205), p. 1.

exigen la adopción de reglas estrictas o rígidas y facilita, a su vez, una evolución más dinámica del derecho ambiental.[209]

El alemán Ulrich Beyerlin utiliza la terminología de Dworkin para referirse a los distintos tipos de normas que se pueden encontrar en el derecho ambiental. Así distingue entre directrices políticas, principios y reglas[210] y sostiene que para evaluar y definir el tipo de norma que constituye un determinado concepto –y, por lo tanto, determinar sus efectos– se deben responder dos preguntas.[211] En primer lugar, si el concepto se encuentra estructurado de manera que pueda tener cualidad normativa, esto es, tener la capacidad directa o indirecta de conducir o guiar la conducta de sus destinatarios; y, en segundo lugar, si se encuentra diseñado y establecido de manera que constituya una norma jurídicamente obligatoria. Si las dos preguntas se responden afirmativamente, entonces, el concepto se trata de una regla o principio jurídico específico. Si sólo la primera pregunta se responde afirmativamente, el concepto constituye una directriz política. Si ninguna de las respuestas es afirmativa, entonces se trata de una directriz política "no normativa".[212]

Continúa Beyerlin señalando cuál es su propia visión de los principios y de las reglas. Para este autor, los principios se pueden entender como normas que están diseñadas tanto para orientar o guiar a sus destinatarios en los procesos de elaboración de reglas como para interpretar y aplicar reglas ya existentes. De esta manera, reglas y principios se pueden distinguir unas de otras por cuanto las primeras son normas cuyo objetivo es que los destinatarios realicen acciones, dejen de realizarlas u obtengan un resultado determinado. Los principios, en cambio, tienen por objeto influenciar la adopción de decisiones por los Estados.[213] La fuerza legal de los principios en el derecho (internacional) ambiental dependerá de si se encuentran incorporados en un tratado o si son parte de la costumbre internacional. Pero –y quizás esto es lo más interesante de la posición de Beyerlin– el que los principios no tengan fuerza legal obligatoria no les quita necesariamente efectividad. Según este autor los principios de *soft-law* no son inferiores a los principios jurídicos propiamente tales y existen buenos argumentos para sostener que

---

[209] Beyerlin, U., "Different Types of Norms in International Environmental Law. Policies, Principles and Rules", en Bodansky, D., Brunée, J., & Hey, E. (Eds.), ob.cit. (nº31), p. 427. Este mismo autor sostiene, sin embargo, que el aspecto negativo de esta tendencia es la existencia de tratados ambientales sin gran fuerza legal, a menos que se acuerde un sistema de solución de controversias que permita otorgar un significado más claro a los principios a través de la adjudicación.

[210] Ibid.

[211] Ibid, p. 428.

[212] De acuerdo con la teoría de Dworkin la calificación de un concepto determinado en alguna de estas categorías es clave, puesto que los jueces al momento de decidir solamente pueden recurrir a principios jurídicos, y no a directrices políticas o a principios no normativos. Estos últimos podrán tener relevancia para el legislador o administrador, pero no para el juez.

[213] Beyerlin, U., ob.cit. (nº209), p. 437.

un principio que se basa en la moral o en directrices políticas, tiene en términos prácticos la misma fuerza que un principio jurídico.[214]

Aun cuando la relevancia de la tradicional distinción entre reglas y principios de los teóricos del derecho es evidente en esta disciplina, no parece suficiente para explicar la complejidad de su contenido. De ahí que sea necesario profundizar un poco más en torno al contenido y características de los principios de derecho ambiental. Una característica que parece necesario resaltar –por su importancia en el desarrollo del derecho ambiental– es la existencia de principios que consagran objetivos, determinan metas a lograr, y reconocen valores a proteger. Es decir, junto con la existencia de reglas que imponen obligaciones precisas y determinadas existen otras normas o principios que permiten incorporar al derecho ambiental ciertos conceptos y elementos de contenido más flexible. Esta distinción no obedece necesariamente ni a una posición de "demarcación fuerte" ni a una de "demarcación débil" entre reglas y principios, sino que se refiere más bien al contenido de los principios de derecho ambiental.

Así, por ejemplo, Verschuuren distingue entre reglas, principios e ideales. Esta última categoría, los "ideales", son definidos por el autor como "valores que se encuentran implícitos en la ley o en la cultura pública y moral de una sociedad o grupo, que no pueden ser realizados completamente y que trascienden las formulaciones contingentes e históricas y las diferentes implementaciones en términos de reglas, políticas y principios".[215] Según este autor, la forma mediante la cual se pueden concretizar estos ideales es precisamente a través de la formulación de principios legales y de reglas todavía más específicas. Verschuuren sostiene, específicamente, que en el ámbito del derecho ambiental el desarrollo sustentable es el paradigma de "ideal", que se concretiza a través de diversos principios jurídicos –tales como el principio preventivo, precautorio, contaminador/pagador– y de reglas específicas. Los principios jurídicos serían, por lo tanto, el vínculo necesario entre los valores y las reglas.[216] A su vez, analiza las principales diferencias entre los ideales y los principios, y los principios y las reglas. En cuanto a la diferencia entre principios jurídicos e ideales, señala que los primeros son normas que aunque diferentes de las reglas, se pueden aplicar en conjunto con ellas en la práctica legal. Los ideales en cambio no pueden ser aplicados ya que son tan vagos y abstractos que la forma de concretizarlos y aclararlos es precisamente a través de los principios y las reglas.[217] Respecto a la diferencia entre reglas y principios jurídicos, Verschuuren señala –junto con Aar-

---

[214] Ibid, p.438. Esta posición de Beyerlin seguramente obedece a las características propias del derecho ambiental que se ve claramente influenciado por elementos extrajurídicos (como, por ejemplo, políticos y económicos).

[215] Traducción propia de "*values that are implicit or latent in the law, or the public and moral culture of a society or group that usually cannot be fully realized, and that partly trascend contingent, historical formulations, and implementations in terms of rules and principles and policies*", Verschuuren, J., ob.cit. (nº201), p. 20.

[216] Ibid, p. 25.

[217] Ibid, p. 27.

nio– que no es posible realizar una demarcación fuerte entre ellos, pero que se pueden situar en una escala decreciente partiendo por principios generales y abstractos, con un alto contenido moral, hasta principios más concretos y precisos. De esta manera cubren todo el espectro existente entre un ideal y una regla.[218] En todo caso, se diferencian de las reglas en su mayor contenido moral y en su rol y funciones en el ordenamiento jurídico. Los principios sólo pueden funcionar y tener significado jurídico en conjunto con las reglas. Es decir, los principios casi se confunden con las reglas en el proceso de su aplicación. Una regla se aplica a la luz de un determinado principio y de esta manera el principio influencia el significado de la regla. Aplicar principios implica aplicar reglas.[219]

Adhiriendo a este enfoque, Vaughan Lowe sostiene que el concepto del desarrollo sustentable consiste en realidad en un término "paraguas" que reúne a un grupo de normas congruentes, pero que no constituye en sí mismo una norma en el sentido prescriptivo de la palabra.[220] Incluso va más allá al señalar que los elementos que componen el concepto de desarrollo sustentable tampoco tienen un carácter normativo tradicional. Este autor critica, sin embargo, la insistencia en un tipo de normatividad que dice relación sólo con la exigencia de conductas o acciones determinadas por parte de los destinatarios. Señala que también existen otros tipos o aspectos de la normatividad como, por ejemplo, aquellas normas que cumplen una función en la adopción de decisiones o razonamiento de los jueces, antes que establecer reglas de conducta.[221] Es este el tipo de norma que puede constituir un concepto como el del desarrollo sustentable. En efecto, sostiene el autor, "el desarrollo sustentable puede tener un carácter normativo como elemento del proceso de razonamiento judicial. Se trata de un meta-principio, que actúa sobre otras reglas y principios, un concepto jurídico que ejerce una especie de normatividad intersticial, tirando y aflojando los límites de reglas primarias verdaderas cuando pueden superponerse o entrar en conflicto entre ellas".[222]

Por su parte, Lang distingue entre tres categorías de principios, en una escala decreciente de fuerza obligatoria:[223] principios existentes, principios emergentes y principios potenciales de derecho (internacional) ambiental. Los primeros son aquellos en los que no hay duda que tienen fuerza obligatoria ya que han sido reiteradamente incluidos en tratados, declaraciones de principios y decisiones de tribunales. Incluye en esta categoría sólo al principio de responsabilidad por daño ambiental, ya sea a nivel doméstico o

---

[218] Ibid, p. 33.

[219] Ibid, p. 38.

[220] Lowe, V., "Sustainable Development and Unsustainable Arguments", en Boyle, A. & Freestone, D. (Eds.), *International Law and Sustainable Development* (Oxford University Press, 1999), p. 26.

[221] Ibid, p. 31.

[222] Traducción propia de la frase: "Sustainable development can properly claim a normative status as an element of the process of judicial reasoning. It is a meta-principle, acting upon other legal rules and principles, a legal concept exercising a kind of intersticial normativity, pushing and pulling the boundaries of true primary norms when they threaten to overlap or conflict with each other". Ibid.

[223] Lang, W., ob.cit. (nº206), p. 171.

internacional. En la segunda categoría, que considera mucho más amplia, incluye a la equidad intergeneracional, el derecho a un ambiente saludable, y algunas obligaciones procedimentales, tales como acceso a la información, obligación de comunicación y notificación, obligación de realizar evaluaciones de impacto ambiental, entre otros. En la última categoría incluye al principio precautorio, al de responsabilidades comunes pero diferenciadas y al principio de integración de las consideraciones ambientales en los procesos de desarrollo.

Nicolas De Sadeleer, por último, distingue entre dos tipos de principios de derecho ambiental, los principios generales y los principios "directores", que obedecen a dos modelos o paradigmas diferentes de sistemas jurídicos. Para efectos de este trabajo es de especial interés profundizar en esta clasificación. En efecto, el autor considera los siguientes dos modelos de sistemas jurídicos: el modelo del "derecho moderno", en que se enfatiza el rol de los principios generales y del razonamiento inductivo-deductivo; y el modelo del "derecho postmoderno", caracterizado por un tipo de razonamiento jurídico diferente al anterior.[224]

El modelo del derecho moderno refleja el sistema legal vigente desde el siglo XVIII, basado en el concepto de racionalidad material y formal, y que confía en la ciencia, en el progreso y en el individuo como centro de la sociedad. Este modelo se basa en la aplicación de principios y reglas generales a un sinnúmero de casos específicos. Se trata de un sistema legal compuesto por leyes generales y abstractas, jerarquizadas y autónomas.[225] En el derecho postmoderno, en cambio, el énfasis no se encuentra en los principios generales que aseguran coherencia al sistema legal, sino que más bien en principios directores que actúan como estímulo de las políticas públicas en un mundo dinámico y cambiante como el actual, en particular en lo que dice relación con el medio ambiente. El razonamiento en el derecho postmoderno pretende, por lo tanto, obtener un balance de intereses mediante la aplicación de principios jurídicos directores. Estos principios serían preferibles a las normas rígidas en la medida que su flexibilidad permitiría la coexistencia de intereses y valores contrapuestos. Los principios directores proveen de esta manera flexibilidad conceptual al trabajo práctico del legislador, administrador o juez.[226] Según De Sadeleer, la postmodernidad se ha dejado sentir con mayor énfasis en el terreno del medio ambiente que en otras disciplinas.[227] La amplitud del fenómeno, la multiplicidad de actores involucrados, la cantidad de regulaciones diferentes, la nueva relación entre política pública y ciencia, la incertidumbre científica, los riesgos asociados a nuevas actividades, exigen del derecho una flexibilidad que le impone límites inciertos,

[224] De Sadeleer, N., ob.cit. (nº205), pp. 233-261.
[225] Ibid, p. 234.
[226] Ibid, p. 230.
[227] Ibid, p. 251.

estructuras no establecidas y apertura a disciplinas no jurídicas.[228] En este contexto, la existencia de principios directores juega un rol esencial.[229]

De acuerdo con este enfoque postmoderno, el contenido del derecho es más complejo y no deriva necesariamente de la pirámide normativa propuesta por el positivismo estatal. Es decir, en una sociedad como la actual el derecho debe obedecer a una lógica de flexibilidad, multiplicándose los modos de regulación, admitiendo lo informal tanto como lo formal. "La certificación, la directiva, la negociación, o incluso la contractualización revestirían una importancia creciente, engendrando a la larga un derecho "blando" (*soft law*), utilizando la persuasión, la "gobernabilidad", la "guía", la conducción, de preferencia a la sanción *strictu sensu* (…) las "políticas públicas" serían el sitio privilegiado de estas nuevas fórmulas, desde ahora orientadas al cumplimiento de objetivos de más o menos largo plazo en un contexto global de apertura, de compromiso y de negociación".[230]

A partir de la existencia de principios directores en el derecho ambiental, De Sadeleer –criticando la utilidad de la distinción tajante entre reglas y principios de Dworkin– propone una distinción entre los siguientes tipos de normas: normas de contenido determinado y normas de contenido indeterminado.[231] Las primeras son las normas precisas, que determinan el contenido de una obligación en detalle, en cambio las segundas constituyen normas más generales, flexibles y abstractas y no permiten deducir una obligación específica. Según el autor, ambos tipos de normas se interconectan de manera gradual, dando lugar a normas con distintos niveles de precisión.[232]

En esta misma línea argumentativa Jonas Ebbeson distingue entre obligaciones ambientales definidas por "normas de balance" (*balancing-norms*), por "normas objetivo" (*goal-oriented norms*) y por "normas fijas" (*fixed-norms*).[233] Las primeras coinciden con la idea de los principios directores ya que se trata de "meta-normas" que permiten la interpretación de otras normas, la conjugación de intereses que se contraponen y la configuración de un marco dentro del cual el destinatario de la norma debe balancear

---

[228] Ibid. Dentro de tales disciplinas destacan la economía, las ciencias naturales y la ética. Los principios "directores" son precisamente reflejo de esta interdisciplinariedad. El autor especialmente se refiere al principio contaminador-pagador y su relación con la economía, y al principio precautorio y su relación con la ciencia. A su vez, ambos tienen un vínculo fuerte con la ética.

[229] De Sadeleer analiza los principios precautorio, contaminador-pagador, y preventivo, como claros ejemplos de "principios directores" del derecho ambiental.

[230] Moderne, F., ob.cit. (nº200), p. 58.

[231] De Sadeleer, N., ob.cit. (nº205), p. 308.

[232] Ibid, p. 310. "…*the generality of principles implies that subsidiary principles, and following from that even more precise norms, make their use more concrete*".

[233] Ebbeson, J., *Compatibility of International and National Environmental Law* (Iustus Forlag, 1996), p. 85.

las posibilidades existentes para el cumplimiento de la obligación (un ejemplo, según este autor, sería el principio de la "mejor técnica disponible").[234]

Por lo tanto, aun cuando el contenido de los principios de derecho ambiental no calza completamente con los principios de Dworkin, comparte el enfoque de un derecho u ordenamiento jurídico compuesto por normas que no se reducen exclusivamente a reglas de conducta o de competencia –como sostienen los positivistas– sino que reconocen la existencia de normas que orientan, direccionan y ayudan al operador jurídico a adoptar decisiones y a determinar obligaciones ambientales aun cuando éstas no estén expresamente detalladas en la legislación positiva.

A su vez, cabe señalar que las características mencionadas de los principios del derecho ambiental no son completamente extrañas para los teóricos del derecho ya que éstos reconocen diversas categorías de principios jurídicos en los que estas particularidades se pueden ver reflejadas. Por ejemplo, los principios de derecho ambiental son muy cercanos a los principios que Prieto Sanchís denomina *principios implícitos* o *principios generales del derecho* –que son aquellos que se obtienen por deducción o inducción a partir de alguna norma o grupo de normas– y de los *principios extrasistémicos*, que se forman a partir de la constitución material o de alguna filosofía moral o política que se supone inspira el ordenamiento en su conjunto.[235] Al respecto se considera especialmente el hecho de que el procedimiento que da vida a los principios implícitos es el propio de la analogía que permite construir una norma general atribuyéndole un significado por parte del intérprete, de suerte que la discrecionalidad del jurista tiene un papel destacado. Por otra parte, los principios extrasistémicos cumplen el importante rol que, en la protección de ciertos valores promueve el derecho ambiental.[236] Del mismo modo, se puede observar que los principios de derecho ambiental se pueden ver reflejados en las generalizaciones jurídicas y en los principios extra sistémicos, de acuerdo con la clasificación de Aarnio.[237]

3.2.3. Valor jurídico de los principios de derecho ambiental

Sobre este punto, es decir, sobre el carácter normativo y los efectos jurídicos de los principios de derecho ambiental no existe acuerdo en la doctrina.[238] La pregunta que surge

---

[234] Ibid, pp. 86-89. Las "normas objetivo", por su parte, consisten en aquellas normas que definen el objetivo que se debe cumplir pero no identifican el mecanismo específico para lograrlo (por ejemplo, las normas de calidad). Y las "normas fijas" se refieren a las normas tradicionales, prescriptivas, que permiten identificar una obligación específica mediante un razonamiento deductivo (por ejemplo, las normas de emisión).

[235] Prieto Sanchís, L., ob.cit. (nº142), pp. 131-149.

[236] Ibid.

[237] Ver Aarnio, a., "Reglas y principios…", ob.cit. (nº134), p. 595 y "Taking rules seriously", en *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Supplement 42, 1990, pp. 183-184.

[238] Beyerlin, U., ob.cit. (nº209), p. 433.

al analizar la fuerza jurídica de un principio dice relación con la posibilidad de los mismos de establecer obligaciones jurídicas –en el derecho internacional para los Estados y en el derecho nacional principalmente para las autoridades públicas que tienen a su cargo la adopción de decisiones en materia ambiental–. La respuesta que se da es que hay principios con mayor capacidad vinculatoria que otros, lo que deriva, entre otros factores, del contexto en el que se apliquen.[239]

Según De Sadeleer, para evaluar si los principios en cuestión producen efectos jurídicos se debe atender a un enfoque formal y a un enfoque sustantivo.[240] El primero apunta a determinar si los principios se encuentran incorporados a algún texto normativo y, el segundo, a si están formulados de manera suficientemente prescriptiva. Philippe Sands, por su parte, señala que el valor jurídico de los principios de derecho internacional ambiental se debe evaluar caso a caso, ya que son precisamente los casos específicos los que permitirán determinar la fuerza que un principio tiene para aplicarse al mismo.[241]

En el derecho ambiental doméstico o nacional, De Sadeleer distingue entre principios contenidos en instrumentos de política pública o en instrumentos jurídicos. Los primeros, aun cuando carecen de efectos jurídicos directos y muchas veces son presentados como principios "rectores" o "guías", cumplen un rol importante al exigir coherencia en los actos de las administraciones públicas.[242] En cuanto a los segundos, el autor destaca que desde un enfoque formal, se aprecia un proceso importante de codificación de los principios de derecho ambiental –especialmente en países europeos como Francia, Bélgica o Alemania– y, desde una perspectiva sustantiva, sostiene que a pesar que muchas veces se encuentran formulados en leyes marco y de manera vaga, esto no impide su carácter normativo ya que precisamente los ordenamientos jurídicos ambientales exigen apertura en sus normas para incorporar elementos de otras disciplinas y para evolucionar frente a situaciones dinámicas.[243]

Por último, cabe referirse a algunos ejemplos recientes de aplicación de los principios en el derecho ambiental, lo que permite argumentar en torno a su valor jurídico en la

---

[239] Para Wolfrum, la fuerza jurídica de los principios en el derecho internacional ambiental –y también de los objetivos que persiguen– va a depender de si son parte de documentos de política, del preámbulo o de la parte operativa de un tratado. Los documentos de política tienen por objeto guiar la acción de los Estados, canalizar las negociaciones internacionales en una determinada dirección o influenciar el desarrollo de la costumbre internacional. Los preámbulos de los tratados tienen por finalidad influir en la interpretación de un tratado en particular en lo que dice relación con su objeto y finalidad. Por último, la parte operativa de los mismos, comprende estándares legales, aun cuando se trate de normas generales. Wolfrum, R., ob.cit. (nº203), pp. 6 y 7.

[240] De Sadeleer, N., ob.cit. (nº205), p. 311.

[241] Los factores a considerar en esta evaluación son: la fuente del principio; su contenido textual y su lenguaje; la actividad particular a la que se quiere aplicar; y las circunstancias del caso (incluyendo actores y región geográfica. Sands, P., ob.cit. (nº35), p. 231.

[242] De Sadeleer, ob.cit. (nº205), pp. 329-330.

[243] Ibid, p. 332.

práctica. La opinión separada del Juez Cancado Trindade en el fallo del año 2010 de la Corte Internacional de Justicia sobre las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay) es clara al sostener que los principios jurídicos forman parte del derecho aplicable al caso en cuestión.[244] En particular se refiere a los principios de prevención y precaución, incluyendo también a la equidad intergeneracional y al desarrollo sustentable, indicando que todos debieran haber sido reconocidos en el fallo como fuente de las obligaciones de las partes.[245] Expresamente señala que "los principios generales del derecho han inspirado no solo la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, sino también el propio proceso de elaboración del derecho (…) Esos principios marcan presencia en los niveles nacional e internacional. Hay principios fundamentales del derecho que se identifican con los fundamentos mismos del sistema jurídico, revelando los valores y los fines últimos del orden jurídico internacional y respondiendo a las necesidades de la comunidad internacional".[246] Por otra parte, en la jurisprudencia nacional, se ha recurrido cada vez más a los principios como fuente interpretativa de la normativa aplicable.[247] Por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema de agosto del 2012, en el caso de la Central Termoeléctrica Castilla, se basa en un principio de derecho ambiental para argumentar y fundar jurídicamente la decisión.[248] En efecto, la Corte se remite al principio preventivo en diversos considerandos de su sentencia.[249]

3.2.4. Funciones de los principios en el derecho ambiental

El suponer que la Justicia Ambiental constituye un principio jurídico significa asignarle la función de tal. De esta manera, la Justicia Ambiental podría constituir –en palabras de Dworkin– una limitación a la discrecionalidad judicial o –en palabras de Alexy– una razón para la argumentación jurídica de una autoridad que deba adoptar alguna decisión en materia ambiental.

---

[244] Sentencia de 20 de abril de 2010 disponible en: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=5&p3=-1&y=2010 (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

[245] Opinión separada del Magistrado Cancado Trindade, en "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia", Nº177, Causa Relativa a las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay, pp. 37-41.

Disponible en: http://legal.un.org/ICJsummaries/documents/spanish/177_s.pdf (sitio *web* visitado con fecha 4 de marzo de 2014)

[246] Ibid, p. 40.

[247] Ver Bermúdez, J. & Hervé, D., "La Jurisprudencia Ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas" en *Anuario de Derecho Público Nº4*, Ediciones UDP, Santiago 2013, pp. 237-255.

[248] Sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 1960-2012 de fecha 28 de agosto de 2012.

[249] Ver considerandos vigésimo octavo, trigésimo tercero, quincuagésimo letra e) y quincuagésimo primero.

En efecto, según Dworkin, la función esencial de los principios tiene que ver con el rol de los jueces en el Derecho.[250] Y a partir de esta premisa es que postula la tesis –enunciada ya en este trabajo– de la única solución justa o la única respuesta correcta a la que se debe llegar en un caso concreto.[251] Según esta tesis el juez no crea normas sino que desarrolla la mejor teoría que explique el derecho vigente.[252] Prieto Sanchís, sin embargo, advierte que adherir al principialismo del comportamiento judicial no necesariamente significa compartir la tesis de la única solución justa a que el modelo de Dworkin conduce.[253]

Para Alexy, la función de los principios consiste –en cambio– en proporcionar razones para la argumentación jurídica.[254] Los principios, por lo tanto, constituyen fundamentalmente un tipo de argumentación. Es decir, bajo el nombre de principios no se alude necesariamente a una clase o estructura de normas sino que más bien a un tipo de razonamiento jurídico. Prieto Sanchís llama a esta función "las argumentaciones de principio" y se refiere en particular a ciertos métodos o razones que proporcionan los principios para la argumentación jurídica.[255]

---

[250] Prieto Sanchís, L.., ob.cit. (nº142), p. 95.

[251] Pérez-Jareba, M.D.,ob.cit. (nº132), pp. 16-20.

[252] Para ello, Dworkin sostiene que los jueces deben guiarse por principios y no por directrices políticas, ya que los primeros tienen por objeto garantizar derechos y los segundos, en cambio, persiguen objetivos de política pública. Esta "tesis de los derechos" sostiene que los principios deben ser aplicados por los jueces en los "casos difíciles", esto es, cuando no existe una norma clara que los resuelva. La determinación de los principios aplicables y su peso o importancia específica es objeto del razonamiento del juez, pero no de su discreción. Es decir, no se trata de seguir las convicciones personales del juez, sino de establecer cuál es el derecho existente, cuál es la solución correcta de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Lo anterior, sin embargo, no quiere decir que el juez no se pueda equivocar. Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, ob.cit. (nº130), pp. 146-208.

[253] Prieto Sanchís, L., ob.cit (nº142), p. 99.

[254] Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob.cit. (nº155), p. 101. Para Alexy las reglas y los principios constituyen razones de tipo diferente. "Los principios son siempre razones *prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, razones definitivas".

[255] En particular, el autor analiza los métodos de la universalización, de la exigencia de coherencia con el sistema jurídico en su conjunto y, el de las consideraciones consecuencialistas. El argumento *de la universalidad* es una exigencia esencial de racionalidad para la argumentación jurídica y es formulada por Alexy –de acuerdo con Prieto Sanchís– de la siguiente manera: "todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones relevantes". La *argumentación sistemática* tiene por objeto, de acuerdo a la posición más común, analizar la adecuación lógica de una norma al sistema jurídico, por lo tanto busca excluir una interpretación que resulte lógicamente incompatible con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, se sostiene, este argumento también puede comprender la adecuación "teleológica" de una norma al ordenamiento jurídico. El *argumento consecuencialista,* por último,consiste en considerar los resultados que generaría una determinada decisión. Según Prieto Sanchís, para Dworkin, este argumento no sería muy adecuado, dado que la interpretación según su teoría del derecho consiste en adoptar la mejor decisión de acuerdo con criterios preexistentes, con independencia de sus resultados. Sin embargo, el autor español sostiene que los principios no son incompatibles con una argumentación consecuencialista ya que implica considerar los resultados en relación con ciertos principios (no necesariamente utilitaristas) sino que con valores como la justicia o los derechos humanos en general. Prieto Sanchís, L.

A su vez, la Justicia Ambiental puede ser un fundamento para interpretar normas más específicas (reglas y principios) o para establecer nuevas normas. Estas funciones de los principios son detalladas por Raz, que las clasifica en cinco categorías:[256]

i. los *principios como fundamento para interpretar las normas*: es la función más común de los principios, que se puede aplicar respecto de reglas y otros principios de aplicación más restringida. Esta función es clave para asegurar la coherencia entre las distintas normas dentro de una misma área.

ii. los *principios como fundamento para cambiar las normas*: la doctrina de los precedentes, en los países en que es aceptada, permite que las normas sean desarrolladas y modificadas a través de los precedentes judiciales.

iii. los *principios como fundamento para formular excepciones a las normas*: esta función se cumple cuando una norma particular no se aplica sobre la base que en esas circunstancias específicas su aplicación implicaría sacrificar principios jurídicos importantes. La norma particular, sin embargo, no es modificada.

iv. los *principios como fundamento para crear nuevas normas*: cuando sólo existen principios que aplicar a cierto tipo de situaciones, los tribunales regulan el área "creando" nuevas normas. Por otro lado, también el poder legislativo al crear las leyes puede basarse en principios, especialmente los consagrados en la constitución.

v. los *principios como único fundamento de acción en ciertos casos particulares*: en este caso los principios se aplican directamente, no a través de otras normas. Esto ocurre en aquellos casos en que no existe una norma que interpretar o modificar. Raz se refiere en particular a las actividades de la administración pública, en que la ley les confiere ciertas competencias con el objeto de utilizarlas para conseguir algunos objetivos de acuerdo con determinados principios. El ejercicio discrecional del poder es guiado por principios más que por reglas.

Si se revisa la doctrina en derecho ambiental, para Verschuuren la Justicia Ambiental sería un principio que se podría llamar un "ideal" –que en la teoría del derecho de

---

ob.cit. (nº142), p. 162. Cabe señalar que Dworkin, por su parte, alude a los "argumentos de principio" en contraposición a los "argumentos políticos". Así, sostiene: "Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo (…) Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo". Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, ob.cit. (nº130), p. 148.

[256] Raz, J., ob.cit. (nº165), pp. 839-841.

Dworkin estaría representado por un principio en sentido amplio–.[257] Este autor clasifica las funciones de los principios de la siguiente manera:[258]

i. *Los principios ayudan a definir el contenido de reglas abiertas o poco claras.* Sostiene que esta sería la función más importante de los principios ambientales. Las autoridades administrativas se basan en los principios para interpretar reglas abiertas o poco claras, o en casos de conflicto entre reglas o ausencia de previsión de una situación específica. Por ejemplo, la existencia de riesgos inciertos en el medio ambiente se puede resolver mediante la aplicación del principio precautorio a un caso concreto. Lo mismo se puede decir respecto a la relevancia de los principios para la función judicial.

ii. *Los principios aumentan el poder normativo de las reglas.* En efecto, los principios, por regla general, se encuentran contenidos en leyes marco o en normas generales que son luego desarrollados por regulaciones específicas. Esta es una característica del derecho ambiental, tanto nacional como internacional, debido a la complejidad técnica de los problemas ambientales, al hecho que los efectos ambientales pueden variar de acuerdo con las circunstancias naturales, y a la existencia de rápidos cambios en la tecnología y también en la comprensión de los problemas ambientales.

iii. *Los principios aumentan la legitimación de los procesos de adopción de decisiones.* Esta función la cumplen al exigir de la autoridad (tanto administrativa como judicial) que fundamenten sus decisiones, y que se basen en principios que confieren coherencia y predictibilidad al sistema jurídico ambiental.

iv. *Los principios constituyen la base de nuevas reglas.* En particular, la existencia de principios explícitos en la legislación positiva o en las políticas públicas permite el cumplimiento de esta función.

v. *Los principios otorgan orientación a los procesos de autorregulación y negociación entre variados actores de la sociedad.* El derecho ambiental se caracteriza por utilizar estándares diversos a los tradicionales del comando y control, como son los acuerdos voluntarios o la autorregulación. Los principios constituyen una base común y una guía para el desarrollo de este tipo de procesos.

---

[257] Verschuuren, J., ob.cit. (nº201), p. 19.

[258] Ibid, pp. 38-40 y 130-136.

vi. Los principios otorgan flexibilidad al derecho. Los principios son normas generales y abiertas que otorgan libertad para su aplicación práctica a través de reglas específicas.

vii. Los principios juegan un rol importante en los sistemas jurídicos nacionales puesto que ayudan a implementar las obligaciones internacionales. La codificación nacional de los principios ambientales se ve influenciada por el desarrollo internacional de tales principios, lo que hace que el derecho ambiental sea más coherente tanto a nivel nacional como internacional.

viii. Los principios estimulan la integración de consideraciones ambientales en otros campos de política pública. La integración de objetivos ambientales a otras áreas de las políticas públicas es en sí mismo un principio que se reconoce como parte del concepto de desarrollo sustentable. La incorporación de principios ambientales en otras áreas, como el transporte, la agricultura o la energía, permite que se consideren todos los intereses en juego en un determinado sector y se desarrollen con posterioridad a través de normas más específicas.

ix. Los principios son necesarios para perseguir un ideal. Un objetivo como el desarrollo sustentable –o la Justicia Ambiental– requiere de principios jurídicos más específicos que permitan orientar las políticas y normas hacia dicha meta.

Por otra parte, siguiendo a De Sadeleer, la Justicia Ambiental constituiría un "principio-director" del derecho ambiental. Es decir, la Justicia Ambiental puede ser la base para lograr el cumplimiento de ciertas metas y objetivos tanto por parte de las autoridades, en la adopción de sus decisiones, como de los demás actores relevantes en sus procesos de negociación y autorregulación, todos los cuales implican necesariamente un balance de los intereses involucrados. En efecto, De Sadeleer señala que a pesar que este tipo de principio obedece a un modelo nuevo –postmoderno– del ordenamiento jurídico, no supone un quiebre total con el paradigma del derecho moderno en la medida que la existencia de este tipo de principios permite sistematizar y dar coherencia al ordenamiento jurídico ambiental –que se caracteriza por su fragmentación– y también controlar la flexibilidad regulatoria, estableciendo ciertos objetivos y metas que dirigen la interpretación de las normas.[259] Los principios directores constituyen, entonces, elementos indispensables para lograr una codificación de esta área del derecho y para lograr su consolidación como disciplina jurídica. A su vez, los principios directores guían al legislador en la adopción de normas que permitan afrontar los nuevos desafíos que requiere la protección del medio ambiente y delimitan las facultades discrecionales de la administración pública. Se trata entonces de principios que permiten la coexistencia

[259] De Sadeleer, ob.cit. (nº205), pp. 263-275.

de valores e intereses divergentes, favoreciendo un balance de los intereses en juego en una determinada situación.[260]

En respuesta a la crítica sobre la falta de certeza jurídica que pudiese derivar de la aplicación de principios directores, se sostiene la existencia de una función estabilizadora del ordenamiento jurídico el que se caracteriza, en su versión postmoderna, por sus constantes modificaciones regulatorias. En segundo lugar, De Sadeleer señala que los principios directores cumplen la función de dar contenido al derecho humano al medio ambiente adecuado y su protección.[261] Este derecho, garantizado en la mayor parte de las constituciones nacionales, exige de las autoridades públicas el ejercicio de determinadas actividades y el cumplimiento de la obligación de proteger el medio ambiente, actividades y obligaciones que se ven definidas y clarificadas por este tipo de principios. Por último, los principios directores cumplen una función determinante en el balance de intereses al ayudar a los tribunales a entender el valor específico que tienen las medidas de protección del medio ambiente. Los principios ambientales realzan la importancia de tales medidas cuando intereses en conflicto deben ser balanceados. En definitiva, "mediante la promoción de reformas, el llamado al cambio, y la liberación de las cortes de una interpretación literal de los textos normativos ponen al derecho ambiental en movimiento. De esta manera simbolizan la transición sutil entre el derecho moderno y postmoderno".[262]

4. Conclusión: la Justicia Ambiental constituye una norma jurídica

A partir de lo expuesto en este capítulo, es posible concluir que cada uno de los elementos constitutivos de la Justicia Ambiental, identificados en el capítulo primero, se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico a través de distintas normas que los incorporan. Así se han identificado reglas y principios que consagran la *equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales* –que van desde el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación hasta la compensación de cargas ambientales que afecten a una comunidad específica– ; la *participación igualitaria en la adopción de decisiones ambientales* –que incluye normas como el derecho de acceso a la información ambiental, el consentimiento informado previo respecto de ciertas actividades o la exigencia de participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental–; el *reconocimiento de la identidad particular de ciertos grupos y su capaci-*

---

[260] Moderne, F., ob.cit. (nº200), pp. 49-67. La visión postmoderna del derecho critica un sistema puramente racional de las relaciones sociales, que sería el fundamento del sistema jurídico actual. En efecto, el ordenamiento jurídico "moderno" pretende ordenar, estructurar, sistematizar las normas del derecho positivo. El enfoque postmoderno critica la visión normativa de tipo kelseniano o estrictamente positivista.

[261] De Sadeleer, ob.cit. (nº205), pp. 275-289.

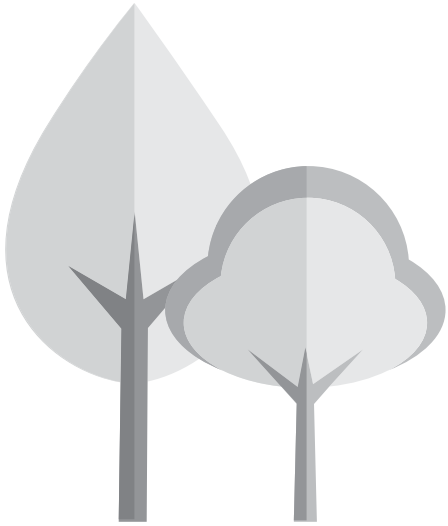
[262] Ibid, p. 303. Traducción propia de: "*By promoting reforms, calling for change and freeing courts from the constraint of an overly literal interpretation of texts they set environmental law in motion. In this way they simbolize the subtle transition from modern to post-modern law*".

dad para realizarse plenamente en la sociedad –como el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales–; y, por último, la *conservación de la integridad de los ecosistemas* –al que se aplica el principio de la justicia intergeneracional y el enfoque ecosistémico–.

Es decir, la Justicia Ambiental se encuentra presente en el ordenamiento jurídico a través de diversas normas del derecho ambiental nacional, comparado e internacional. La identificación de los elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental en distintas normas del ordenamiento jurídico permite –mediante un razonamiento inductivo o deductivo– concluir que la Justicia Ambiental constituye un principio del derecho ambiental que se puede encontrar ya sea explícitamente incorporado en textos de derecho positivo o puede constituir la base de argumentos relevantes para el razonamiento jurídico ambiental al aplicarse en la interpretación del significado y alcance de ciertas normas.

Lo anterior permite suponer que aun cuando dicho concepto –formulado íntegramente– no constituye un principio explícito del ordenamiento jurídico ambiental, sí reúne las características mínimas para constituir un principio jurídico *extrasistémico* –de acuerdo con las clasificaciones de Prieto Sanchís, de Aarnio y de Moderne– o *director* –según lo señalado por De Sadeleer– que se construye sobre la base de otros principios y reglas más específicos. Por último, si se quiere ir todavía más allá, se puede llegar a sostener que la Justicia Ambiental –al menos, algunas de sus dimensiones– constituye un principio *implícito o general* del derecho ambiental, en la medida que aun cuando no se ha enunciado expresamente en disposiciones del derecho positivo, se puede deducir su reconocimiento a partir de las reglas y principios que consagran uno o más de sus elementos.

Para terminar, la relevancia de establecer que la Justicia Ambiental constituye un principio jurídico dice relación con las diversas funciones que puede cumplir en el derecho ambiental. Tal como se ha señalado, los principios cumplen funciones tan importantes como aquellas relacionadas con la interpretación y creación de normas o con la limitación de la discrecionalidad judicial o administrativa. Sin dudas, la Justicia Ambiental cumple con dichas funciones.



EL ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO TERCERO

1. Introducción

Los recursos naturales son, sin duda, un elemento clave en la configuración de la estructura de una sociedad. Su función social, económica, cultural y espiritual es reconocida tanto por las sociedades antiguas como por las actuales. En efecto, el acceso a tales recursos y la posibilidad de usarlos y beneficiarse de los mismos constituye un elemento que ha determinado las relaciones entre los seres humanos desde el comienzo de las civilizaciones. Tal relevancia ha sido seguramente una razón para que dichos recursos sean el objeto de estudio de varias y muy diversas disciplinas. Así, por ejemplo, son esenciales para las ciencias naturales que estudian los elementos de los que se compone la Tierra y la vida en la Tierra. Pero también lo son para disciplinas como la economía, el derecho, la sociología o la filosofía que dedican gran esfuerzo al análisis de las implicancias que el acceso y uso de estos recursos puede tener en una sociedad. De esta manera, la definición de un concepto como el de los recursos naturales necesariamente dependerá del enfoque con que se lo mire. Según Nico Schrijver, en su libro sobre Soberanía y Recursos Naturales, el cientista natural define los recursos naturales enfatizando la distinción entre recursos vivos y no-vivos; el economista, por su parte, se focaliza en la abundancia o escasez de los recursos; el ambientalista en su valor intrínseco y en su uso sustentable; y el abogado en su propiedad.[1]

Con el objeto de entender el concepto de recursos naturales, a continuación se revisarán algunas definiciones y clasificaciones que permitirán determinar qué es lo que regula

[1] Schrijver, N., *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties* (Cambridge University Press, 1997), p. 13.

aquella rama del ordenamiento jurídico –dispersa y fragmentada, por cierto– que se conoce como el derecho sobre los recursos naturales.[2]

De acuerdo con Elena Blanco y Jona Razzaque, el concepto de recursos naturales incluye todos los aspectos del medio ambiente que no han sido elaborados por el hombre y que son valiosos para el ser humano.[3] Por su parte, Oran Young sostiene que los recursos naturales se pueden definir como bienes valiosos cuya producción se realiza a través de procesos naturales o sin intervención humana y cuya provisión se encuentra severamente restringida por la naturaleza.[4] Por su parte, la legislación también otorga definiciones de este concepto. Se transcribe a continuación la que da el artículo 2 letra r) de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) chilena,[5] que señala:

> *Recursos Naturales: los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos.*

A simple vista se aprecia que las definiciones anteriores se caracterizan por su amplitud y, también, por su carácter antropocéntrico. Es decir, las legislaciones han definido y regulado los recursos naturales en su carácter de valiosos para el ser humano. Por lo tanto, el derecho en materia de recursos naturales tiende a no reconocer el valor de los componentes de la naturaleza en sí mismos considerados sino que, en el fondo, lo que pretende es determinar el acceso, uso y aprovechamiento de los mismos por parte de los seres humanos. Este sustrato teórico del ordenamiento jurídico de los recursos naturales pugna con el contenido de la dimensión ecológica de la Justicia Ambiental, analizada en el capítulo primero de este trabajo.[6] Sin perjuicio de ello, la problemática que surge en el ordenamiento jurídico a partir del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, contiene elementos que son relevantes para las dimensiones distributiva, política y social de la Justicia Ambiental y permiten también una reflexión desde su dimensión distributiva. Por ejemplo, las consecuencias generadas por las asignaciones de titularidad sobre los recursos naturales constituyen un asunto de justicia distributiva ambiental.

---

[2] La regla general en la doctrina nacional ha sido abordar el derecho de los recursos naturales desde la regulación aplicable a cada recurso, identificando principios y reglas propias, independientes de aquéllas aplicables en los estatutos de otros recursos naturales. Ver, por ejemplo, las diversas obras de Alejandro Vergara Blanco en materia de derecho minero y derecho de aguas.

[3] Blanco, E. & Razzaque, J., *Globalisation and Natural Resources Law. Challenges, Key Issues and Perspectives* (Edward Elgar, 2011), Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA, p. 65.

[4] Young, O., *Resource Regimes, Natural Resources and Social Institutions* (University of California Press, 1982), p. 1.

[5] Ley Nº19.300 de 1994, modificada por las leyes Nº20.173 de 2007 y Nº20.417 de 2010.

[6] Sobre el reconocimiento jurídico del valor de la naturaleza en sí misma considerada, veáse el clásico trabajo de Stone, Ch., "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects" en *Southern California Law Review* Vol. 45, 1972, pp. 450 y ss.

Por otra parte, la amplitud de las definiciones de los recursos naturales es relevante, puesto que permite incluir en el concepto a componentes del medio ambiente que tradicionalmente no han sido considerados como tales y que, con el desarrollo de las tecnologías, se han valorizado y conceptualizado de esta manera. Ejemplos de nuevos recursos naturales son, por ejemplo, el viento o las olas –que tienen valor para la generación de energías renovables–; los recursos genéticos –que constituyen la materia prima de la cada vez más grande industria biotecnológica–; o los procesos naturales o "servicios ecosistémicos" –como la calidad del agua o el control de las inundaciones–, que cumplen funciones valiosas para el desarrollo y la continuidad de diversas actividades económicas como la agricultura o la ganadería. Es decir, el listado de los recursos naturales parece ser menos taxativo de lo que se podría pensar y dependerá –en gran parte– del momento histórico en que se analice. Es por ello que para explicar qué y cuáles son los recursos naturales aquí se adoptarán criterios para la clasificación de los mismos, antes que una enumeración exhaustiva de ellos.

Los principales criterios que se han utilizado para describir los recursos naturales son los siguientes: el de su sustitución o reemplazo; el de su escala geográfica; el de sus límites fronterizos; y el de su propiedad o dominio.

En primer lugar, desde la perspectiva de su sustitución o reemplazo, los recursos naturales se pueden clasificar en recursos renovables y no renovables. La determinación de la pertenencia de un recurso a una u otra categoría dependerá de la tasa o razón en que la unidad de un recurso que ha sido extraído se sustituye en el tiempo.[7] La tasa de sustitución en el tiempo puede constituir cualquier valor entre cero (no renovable) y uno (instantáneamente renovable). Los recursos minerales se consideran no renovables puesto que una vez que se extraen de su fuente, no se reemplazan –dentro de un plazo perceptible para el ser humano–.[8] Por el contrario, las especies biológicas se regeneran en ciclos que varían en el tiempo, siempre y cuando se utilicen de forma sustentable.

Esta clasificación entre recursos renovables y no renovables –que alude, en el fondo, a la distinción entre recursos vivos y no vivos– ha sido cuestionada en la actualidad, dado que la mayoría de los recursos naturales son agotables. Esta cuestión fue abordada por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto "Camarón/Tortugas" sometido a su jurisdicción, en que se reclamaba que las tortugas no constituían un "recurso agotable" de acuerdo con lo exigido por el Artículo XX (g) del GATT. Sin embargo, en el Informe

---

[7] Ostrom, E., Dietz, Th., Dolsak, N., Stern, P., Stonich, S., & Weber, E. (Eds.), National Research Council, Committee on the Human Dimensions of Global Change, *The Drama of the Commons* (National Academy Press, 2002), p. 22.

[8] Brañes, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano* (Fondo de Cultura Económica, México, 1994), p. 357. De acuerdo con el autor los recursos minerales son "componentes abióticos que tienen la connotación de un recurso natural, en la medida en que conllevan una significación económica para el hombre, pero que también tienen la connotación de su no renovabilidad, lo que en estricto rigor significa que son de "génesis antigua", como se dice hoy en día con más exactitud".

respectivo se sostiene que el tratado debe interpretarse de acuerdo con la evolución que ha experimentado el derecho internacional del medio ambiente, en que se trata a los recursos naturales sin distinción entre recursos vivos y no vivos, constituyendo en el fondo una sola categoría de recursos. Así, señalan que los recursos vivos pueden ser tan "finitos" como el petróleo u otros recursos no vivos. [9]

En segundo lugar, de acuerdo con el criterio de la escala geográfica del recurso, los recursos naturales se pueden clasificar en globales o locales.[10] Es decir, se distingue entre aquellos recursos que requieren de un manejo institucional que debe realizarse a nivel global frente a aquéllos que sólo necesitan de un manejo a escala local. Ejemplos de recursos globales son la atmósfera, la biodiversidad, los océanos. Ejemplos de recursos a escala local son, por nombrar algunos, el bosque valdiviano (o selva valdiviana), el desierto de Atacama o, mirando un poco más lejos, el bosque de *Sequoias* en California. Cabe señalar que existen importantes diferencias entre los recursos globales y locales. Entre ellas se encuentran la extensión del recurso –y por ello, el costo de su monitoreo– o el número de actores que los usan o que tienen injerencia en las decisiones a su respecto. Sin embargo, también existen similitudes y sobre todo, interrelaciones. El uso de los recursos locales afecta a los recursos globales y el uso de los recursos globales afecta a los locales. Por lo tanto, el diseño de las reglas para el uso de los recursos globales requiere tener presente las características de los usos locales del recurso –y viceversa–.[11]

La tercera clasificación se encuentra relacionada con la anterior y apunta al criterio de la soberanía nacional, que distingue entre recursos nacionales, compartidos y aquéllos que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional.[12] Dentro de los primeros, se aplica el principio de derecho internacional de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, que reconoce el control exclusivo de cada Estado sobre aquellos que se encuentran dentro de su territorio. Sin embargo, existen limitaciones a este principio.[13] Los recursos compartidos son aquéllos que se encuentran en el territorio de dos o más Estados, y respecto a los cuales se aplica la obligación internacional consuetudinaria del uso equitativo de los recursos y de no causar daño al territorio de otros Estados.[14] Los recursos que se encuentran más allá jurisdicción nacional son aquellos que no están en el territorio de ningún Estado, y que son regidos por distintos principios, reglas e instrumentos de derecho internacional.

---

[9] Ver Informe del Órgano de Apelación, párrafo 128.

En www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf (sitio *web* visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[10] Ostrom, E. et al., ob.cit. (nº7), p. 23.

[11] Ibid, p. 24.

[12] Blanco, E. & Razzaque, J., ob.cit. (nº3), pp. 9-16.

[13] Ver sección 3.1. de este capítulo.

[14] Blanco, E. & Razzaque, J., ob.cit. (nº3), pp. 9-16.

Por último, desde la perspectiva de los derechos de propiedad y del dominio se han postulado diversas clasificaciones. En España, Mercé Darnaculleta distingue entre "recursos naturales de dominio público (fundamentalmente las aguas y las costas, que son asimismo los bienes que integran el dominio público natural); recursos naturales de difícil y controvertida caracterización jurídica (como el aire, la flora y la fauna); recursos naturales de titularidad pública a los que no se le atribuye naturaleza jurídica demanial (como los montes públicos); y recursos naturales de propiedad privada (como los montes de titularidad privada y los terrenos privados incluidos en un espacio natural)".[15] Siguiendo esta misma perspectiva, en la doctrina nacional. Alejandro Vergara Blanco ha clasificado los recursos naturales, atendiendo al dominio, de la siguiente manera:[16] recursos naturales comunes a todos los hombres; recursos naturales de dominio público o "bienes nacionales de uso público"; recursos naturales de dominio estatal o de "reserva estatal";[17] y recursos naturales de dominio privado.

Cabe destacar que las definiciones y clasificaciones recién expuestas se refieren a los recursos naturales como un todo o como una unidad que admite clasificación en distintas categorías. Sin embargo, la regla general en los ordenamientos jurídicos comparados y, también en Chile, ha sido regular los recursos naturales de manera desagregada, sin un criterio específico de clasificación, haciendo referencia a las normas aplicables a cada recurso natural en su calidad especial y única y no como parte de un sistema jurídico aplicable a la naturaleza en general.

Este enfoque regulatorio se opone al enfoque ecosistémico[18] que promueve la Convención de Diversidad Biológica de 1992 (CDB)[19] que tiene como objeto de protección a la diversidad biológica propiamente tal y no a los recursos naturales considerados singularmente.[20] De acuerdo con el artículo 2 de este tratado internacional, se entiende por diversidad biológica a *"la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas"*. Es decir, lo que se debe proteger,

---

[15] Darnaculleta, M., *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural* (CEDECS Editorial S.L., Barcelona, 2000), p. 94.

[16] Vergara Blanco, A., "La *Summa Divisio* de Bienes y Recursos Naturales en la Constitución de 1980" en *Ius Publicum* Nº12, Universidad Santo Tomás, 2004, pp. 105-126.

[17] Alejandro Vergara Blanco distingue dentro de la categoría de los bienes sujetos a dominio público aquellos bienes de reserva estatal (como los recursos minerales), de aquéllos que son bienes de uso público (como las aguas). Para un análisis de estas categorías, ver capítulo cuarto.

[18] Ver sección 2.10 del segundo capítulo.

[19] Convención adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, realizada en Río de Janeiro en 1992. El Convenio entró en vigor el 29 de diciembre de 1993, es decir, 90 días después de su ratificación por 30 países. Chile lo ratificó en 1994. Ver http://www.cbd.int/convention/parties/list/ (sitio *web* visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[20] Barnes, R., *Property Rights and Natural Resources* (Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009), pp. 241-248.

según este enfoque, es la diversidad como una cualidad esencial de la naturaleza que sólo se puede lograr mediante un enfoque de conjunto. [21]

Una constatación de la ausencia de este enfoque regulatorio en Chile, tanto en la doctrina como en el ordenamiento jurídico, es la existencia de importantes obras jurídicas y códigos legislativos en materia de ciertos recursos naturales, tales como las minas y las aguas y la inexistencia de publicaciones jurídicas relativas a aquellos aspectos comunes o propios de la naturaleza considerada como sistema.

Resulta, por último, notorio que el régimen jurídico aplicable a la naturaleza ha sido desarrollado, en su mayor parte, en función de su explotación y de su rol como fuente de la riqueza económica de una sociedad. En efecto, tal como señala el jurista español José Esteve Pardo, "toda la legislación sobre recursos naturales tenía, y mantiene en muy buena medida, una clara orientación productivista o de explotación del recurso de que se trate, y no hay, por así decirlo, un interés ontológico y sustantivo por su protección en sí mismo considerado…".[22] Sin embargo –añade– "lo cierto es que con ese objetivo prioritario de asegurar la explotación se han venido adoptando medidas de protección y regeneración muy diversas que han dado en muchos casos excelentes resultados".[23]

Efectivamente, diversas regulaciones protectoras del medio ambiente –y también aquéllas que se hacen cargo de las implicancias sociales y culturales del uso y aprovechamiento de los recursos naturales– se han incorporado en los últimos años a los estatutos aplicables a dichos recursos. Un buen ejemplo de regulación ambiental que se incorpora al régimen jurídico de los recursos naturales en la mayor parte del derecho comparado lo constituye el sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), al que deben someterse la mayoría de los proyectos significativos de inversión sobre tales recursos.[24] Pero este ejemplo también confirma la inexistencia –por regla general– de una aproximación sustantiva por parte de la regulación ambiental hacia la naturaleza, ya que el SEIA consiste fundamentalmente en normas de tipo procedimental que no abordan los problemas

[21] Cabe destacar que desde enero del 2011 se discute en el Congreso Nacional chileno un proyecto de ley que "Crea el Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas" (Boletín 7487-12), el que tiene por objeto incorporar a la legislación nacional este enfoque de protección de la naturaleza. Sin embargo, el proyecto ha sido criticado –entre otros aspectos– precisamente por la ausencia de una regulación comprensiva de la naturaleza y su diversidad biológica, enfocándose casi exclusivamente en la creación y regulación de áreas protegidas. Ver al respecto, el Informe del Programa de Derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales que analiza este proyecto de ley, disponible en:

http://www.derechoambiental.udp.cl/index.php/publicaciones/publicaciones-del-programa/ (sitio *web* visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[22] Esteve Pardo, J., *Derecho del Medio Ambiente* (Segunda Edición, Marcial Pons, 2008), p. 167.

[23] Ibid.

[24] Respecto al SEIA en la legislación chilena, ver párrafo 2º del Título II de la LBGMA.

ambientales de fondo que existen en el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

Lo que este capítulo persigue es analizar cuáles son los elementos esenciales que definen un ordenamiento jurídico en materia de recursos naturales con el objeto de revisar su reconocimiento y aplicación en la regulación nacional. Para ello, en una primera parte se abordarán las características de los recursos naturales como bienes –en particular, como bienes comunes, categoría que, como se verá, escapa a una caracterización propiamente jurídica– lo que permitirá analizar con posterioridad los distintos modelos institucionales y jurídicos que se pueden aplicar para la regulación del acceso, uso y aprovechamiento de tales recursos. A partir de estos antecedentes se analizará la regulación nacional aplicable.

2. Los recursos naturales como bienes comunes

La legislación –la nacional en particular– no define qué se entiende por un bien. Es por ello que la definición del concepto ha venido de la mano de la doctrina del derecho privado, que se ocupa de regular las cosas o bienes y los derechos reales. Es así que se ha definido "bienes" como "aquellas cosas que, prestando una utilidad para el hombre, son susceptibles de apropiación" o, simplemente, como "una cosa que presta utilidad para el hombre".[25] Los bienes, a su vez, son clasificados por la ley y la doctrina, en virtud de diferentes criterios.[26] Por ejemplo, destacan las siguientes categorías: bienes corporales e incorporales; bienes muebles e inmuebles; bienes consumibles y no consumibles; bienes principales y accesorios; bienes comerciables e incomerciables; bienes apropiables e inapropiables; o bienes privados y públicos.[27]

Sin dudas, una forma de enfocar o aproximarse al derecho de los recursos naturales es a través de la calificación de tales recursos como bienes, en la medida que se tratan de cosas valiosas para el ser humano. Confirma esta afirmación que cada una de las clasificaciones anteriores puede aplicarse a los recursos naturales. Por ejemplo, el suelo es un bien inmueble y un caballo será un bien mueble; una planta constituye un bien corporal y un recurso genético un bien incorporal; un bosque constituye un bien comerciable en Chile, en cambio el aire, en principio, no lo es. La flora es apropiable, en cambio el mar territorial no. Por último, recursos como el suelo, la flora o la fauna son bienes privados, por el contrario, otros como el agua, las playas y terrenos de playa son bienes públicos.

---

[25] Peñailillo, D. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales* (Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, 2006), pp. 15-16.

[26] Desde la perspectiva del derecho público, ver: Bermúdez, J. *Derecho Administrativo General* (Thomson Reuters, segunda edición actualizada, 2011), pp. 553-595.

[27] Peñailillo, D., ob.cit. (nº25), pp. 17-38.

Sin embargo, a pesar de la evidente relación entre las características jurídicas de los bienes y los recursos naturales, estas particularidades no parecen suficientes para explicar a cabalidad en qué consisten estos últimos, cuáles son sus aspectos esenciales, o qué elementos se deben tener presente para determinar la regulación sobre su acceso, uso y aprovechamiento. Es por eso que resulta necesario y útil recurrir a lo analizado por otras disciplinas –en particular, la economía institucional[28]– que determinan las características fundamentales de los recursos naturales como bienes y, específicamente, como bienes comunes.[29]

Así, los bienes comunes o *common pool resources* (término utilizado por la literatura anglosajona) han sido definidos como un "recurso valioso, ya sea natural o producido por el ser humano, que está disponible para más de una persona y que puede ser objeto de degradación como resultado del sobreuso. Estos recursos se caracterizan porque la exclusión en el acceso y uso del recurso es costosa y el uso del mismo por parte de una persona reduce la disponibilidad del recurso para los demás. La diversidad de los regímenes de propiedad que se pueden aplicar para regular el uso de los recursos comunes es amplia, e incluye las categorías generales del dominio público, los derechos de propiedad privada, y la propiedad comunitaria. Cuando no se define un régimen de propiedad respecto del recurso ni se regula su uso, entonces el recurso se encuentra bajo un sistema de libre acceso".[30]

A partir de la definición anterior se puede afirmar que el concepto de bienes comunes dice relación con las características y naturaleza del recurso natural como tal, y no con las categorías jurídicas aplicables, como algunas veces se sostiene.[31] Es decir, los bienes comunes pueden ser –indistintamente– de dominio del Estado, de un individuo o de una comunidad, o incluso pueden estar excluidos del dominio. Por lo tanto, para llegar a establecer que un bien o recurso constituye un bien común habrá que analizar si participa de las características de tal clase de bienes, ya mencionadas, y no del régimen de propiedad que se le aplica.

---

[28] La académica norteamericana Elinor Ostrom es ampliamente conocida por haber desarrollado –dentro de la disciplina de la economía institucional– una línea de investigación en torno a los recursos naturales como bienes comunes. Fue, a su vez, la primera mujer en obtener el Premio Nobel de Economía en 2009.

[29] Cabe destacar que para esta disciplina no todos los bienes comunes son recursos naturales, como se desprende de la definición que se transcribe a continuación, en el texto.

[30] Traducción propia de: "A common-pool resource is a valued natural or human-made resource or facility that is available to more than one person and subject to degradation as a result of overuse. Common-pool resources are ones for which exclusion from the resource is costly and one person's use subtracts from what is available to others. The diversity of property rights regimes that can be used to regulate the use of common-pool resources is very large, including the broad categories of government ownership, private ownership, and ownership by a community. When no property rights define who can use a common-pool resource and how its uses are regulated, a common-pool resource is under an open-access regime." Ostrom, E., et al., ob.cit. (nº7), p. 18.

[31] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 1.

Cabe hacer, desde ya, una distinción conceptual entre lo que se entiende por bienes comunes de libre acceso y por bienes públicos, ya que muchas veces estos dos conceptos se confunden en su empleo. En efecto, aun cuando ambos tipos de bienes comparten la característica de no excluir el acceso y uso del recurso, en los bienes públicos el uso del bien por parte de una persona no disminuye necesariamente el posible uso que haga del mismo bien otra persona.[32] La calificación de un bien como de libre acceso o bien público dependerá del entendimiento que se tenga del respectivo bien. En alguna época se puede haber considerado al aire o la atmósfera como un bien público, sin embargo, en la actualidad se sostiene que se trata de un recurso común de libre acceso sujeto a degradación por sobreuso.[33] En cambio, se pueden mencionar como ejemplos de bienes públicos a la "paz mundial" o al "conocimiento científico".[34] El punto es que, en el caso de este último tipo de bienes, el que una persona lo aproveche no significa que se disminuirá o reducirá el bien para el uso de otras personas, por lo tanto no es necesario excluirlas del uso.[35]

La pregunta que necesariamente surge a continuación consiste en determinar si los recursos naturales son de aquellos tipos de bienes que pueden ser denominados como bienes comunes. Esta pregunta es relevante puesto que si se consideran bienes comunes participan de las características y naturaleza de los mismos, lo que permite partir de una base conceptual para analizar el régimen jurídico más adecuado para su acceso, uso y aprovechamiento.[36] Cabe señalar –a favor de esta conclusión– que la mayor parte de los ejemplos que los distintos autores analizan en sus estudios para referirse a los bienes

---

[32] Watson Hamilton, J. & Banks, N., "Different Views of the Cathedral: The Literature on Property Law Theory", en McHarg, A., Barton, B., Bradbrook, A., & Godden, L. (Eds.), *Property and the Law in Energy and Natural Resources* (Oxford University Press, 2010), p. 38. *Another way to put this is that all public goods will be open access commons; but not all open access commons are public goods (because of the substractable feature of open access commons).*

[33] Ibid.

[34] Ibid, pp. 33-34. Parece pertinente hacer una acotación a partir de los ejemplos de bienes públicos mencionados: se trata de bienes que provienen de la cultura, no de la naturaleza. Es difícil pensar en la actualidad en un bien de la naturaleza que pueda calificar como bien público, de acuerdo a las características identificadas. Quizás los únicos recursos naturales que todavía se pueden considerar en esta categoría son aquellos como la luz solar o el viento, es decir, servicios ecosistémicos respecto de los cuales su uso no implica necesariamente una disminución de los mismos. Sin embargo, la regla general es que los recursos naturales ya no son considerados bienes públicos. Se volverá sobre esta discusión en el capítulo cuarto.

[35] La calidad de bien público del "conocimiento científico" ha sido cuestionada en la medida que puede ser objeto de propiedad privada mediante los derechos de propiedad intelectual. Esta situación que restringe el libre acceso es evidentemente conflictiva ya que reduce la disponibilidad del conocimiento al público. Este enfoque privatizador, que generalmente se justifica para fomentar la inversión y el desarrollo, ha generado un debate y regulaciones específicas relacionadas con este tipo de bien. En todo caso, se trate o no de un bien público, no constituye un bien común puesto que el uso del conocimiento científico por una persona no disminuye el posible uso que haga de él otra persona.

[36] Respecto al contenido de estos términos, ver sección 3 de este capítulo.

comunes constituyen recursos naturales.[37] Así, los océanos, las pesquerías, las aguas, los bosques, el suelo son todos casos de bienes que presentan las características de un bien común, esto es, la multiplicidad de usos, la dificultad –mayor o menor– de excluir usuarios y la reducción del recurso debido al uso que se hace de él por parte de las distintas personas. Es decir, no cabe duda que al menos algunos recursos naturales sí constituyen bienes comunes, sin perjuicio del régimen jurídico aplicable al mismo.

De esta afirmación, sin embargo, pueden derivar otras preguntas como por ejemplo: ¿constituyen todos los recursos naturales bienes comunes? o, por el contrario, ¿participan algunos recursos naturales de las características de los bienes públicos? No es posible responder en términos generales, abstractos y absolutos a estas preguntas. Para ello sería necesario investigar las características específicas de cada tipo de recurso natural y de la tecnología que permite su uso y aprovechamiento. Sin embargo, sí se puede sostener que en la medida que los recursos naturales son parte del medio ambiente y de la diversidad biológica –los que sin dudas constituyen en sí mismos bienes comunes– sus características por regla general participan de aquellas que se adscriben a este tipo de bienes. Para ilustrar esta idea se puede poner como ejemplo un bosque. Algunos de los recursos forestales que genera el bosque –como la madera– constituirán un bien común dado que su retiro implicará una menor disponibilidad de dicho recurso para otros usuarios. Sin embargo, respecto de otros recursos que produce un bosque –tal como, por ejemplo, el control de las inundaciones– es menos claro que su aprovechamiento en ese sentido implique una reducción del bien o recurso. Ello permitiría incluirlo, por lo tanto, en la categoría de bienes públicos. Sin embargo, todos estos productos forestales al ser parte de un ecosistema, se encuentran relacionados entre sí de manera que la producción excesiva de madera de un bosque puede reducir la capacidad del mismo para controlar inundaciones, convirtiendo a este último recurso también en un bien susceptible de reducción y, por lo tanto, en un bien común.[38] Es decir, se puede partir del supuesto que todos los elementos de la naturaleza participan de las características de los bienes comunes y no así de los bienes públicos.

Sin perjuicio de que el análisis y desarrollo conceptual de los recursos naturales como bienes comunes es posterior, la publicación más conocida[39] que aborda este problema es el artículo de Garrett Hardin, publicado en 1968, llamado "La Tragedia de los Comunes".[40] En términos muy simples, el autor sostiene que la explotación de los recur-

---

[37] Al respecto ver, por ejemplo: Agrawal, A. & Goyal, S., "Group Size and Collective Action. Third Party Monitoring in Common Pool Resources", En *Comparative Political Studies*, Vol. 34 No. 1, February 2001, pp. 63-93; Pretty, J., "Social Capital and the Collective Management of Resources" en: *Science*, Vol. 302, 2003, pp. 1912-1914.

[38] Ostrom, E. et al., ob.cit (nº7), p. 22.

[39] Cabe mencionar que antes de la famosa publicación de Hardin ya se había planteado el mismo argumento en relación con los recursos pesqueros en Gordon, H. S., "The economic theory of a common-property resource: The fishery", en *Journal of Political Economy*, Vol. 62, 1954, pp. 124-142.

[40] Hardin, G., "The Tragedy of the Commons", en: *Science*, Vol. 162, 1968, pp. 1243-1248.

sos comunes de libre acceso deriva en la sobreexplotación del recurso. Para entenderlo propone el ejemplo de un pastizal abierto para todos. De acuerdo con la historia de Hardin, cada pastor –como ser racional– intentará mantener en el pastizal tanto ganado como le sea posible con el objeto de maximizar sus ganancias. La ecuación que hace el pastor consiste en que él va a recibir todos los beneficios del incremento de su ganado, en cambio los efectos del sobre pastoreo serán compartidos por todos los pastores. El problema es que esta es la conclusión a la que llegan todos los pastores racionales que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia. "Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta en la ruina para todos".[41] Algunos han querido ver en este artículo una defensa de la propiedad privada como institución necesaria para un mejor aprovechamiento y conservación de los recursos naturales. Sin embargo, el propio Hardin, en un artículo posterior, establece que la solución puede ser "tanto el socialismo como la privatización".[42] No reconoce, en todo caso, la posibilidad de un régimen de propiedad común, que ha sido propuesto por diversos autores con posterioridad.

A partir de la publicación de Hardin la literatura especializada en recursos comunes se multiplicó y en la actualidad existen una gran cantidad de autores, de diversas disciplinas, que investigan y publican sobre este tipo de bienes y los regímenes institucionales más apropiados para su uso y acceso.[43]

Para efectos de entender su aplicación al uso de estos recursos por parte de las distintas regulaciones y modelos institucionales, es necesario precisar aún más el alcance de lo que se entiende por recursos o bienes comunes a los que –equivocadamente– se les ha llamado también recursos de "propiedad común".[44] Esta última denominación constitu-

---

[41] Traducción del siguiente párrafo: *"Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit-in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all."* Ibid, p. 1244.

[42] Hardin, G., "Extensions of the Tragedy of the Commons", en Science Vol. 280, 1998, p.683. *"… the weightiest mistake in my synthesizing paper was the omission of the modifying adjective "unmanaged." In correcting this omission, one can generalize the practical conclusion in this way: "A managed commons describes either socialism or the privatism of free enterprise. Either one may work; either one may fail: The devil is in the details. But with an unmanaged commons, you can forget about the devil: As overuse of resources reduces carrying capacity, ruin is inevitable."*

[43] Se puede ver estadísticas sobre número y tipo de publicaciones en esta materia desde los años sesenta hasta la actualidad, en Ostrom, E. et al., ob.cit. (nº7), pp. 6-7.

[44] Schlager, E. & Ostrom, E., "Property- Rights Regimes and Natural Resources: A conceptual Analysis", en *Land Economics*, Vol. 68 (3), August 1992, p. 249.

ye un error conceptual puesto que se trata de bienes que, como ya se señaló, se pueden encontrar en cualquiera de las siguientes situaciones:[45]

a. bienes objeto de dominio público –bajo la titularidad de gobiernos nacionales, regionales o locales–;

b. bienes objeto de propiedad privada –bajo la titularidad de individuos o empresas privadas–;

c. bienes que no se encuentran bajo el dominio o la titularidad de nadie –recursos de libre acceso–; o, por último,

d. bienes objeto de propiedad común –bienes que se encuentran bajo una titularidad colectiva o de un grupo–.

Esta última categoría, la de los bienes de propiedad común, se refiere a bienes cuya propiedad corresponde a una comunidad de usuarios del recurso. Es decir, aun cuando desde fuera pueda confundirse con un tipo de propiedad privada, internamente las características son diferentes. No se trata de copropietarios que son dueños de una cuota del recurso, se trata más bien de una situación donde el recurso es indivisible y, por lo tanto, no hay asignación de cuotas de dominio a los miembros del grupo.[46]

Por lo tanto, los bienes o recursos comunes no se encuentran necesariamente en una situación de propiedad común, sino que pueden tratarse de bienes de libre acceso o de dominio público o incluso ser objeto de propiedad privada individual. La característica fundamental de este tipo de recursos –más que su régimen de propiedad– es que admiten diversos usos y que éstos no se pueden excluir unos a otros o resulta muy costoso hacerlo.

La literatura que siguió inmediatamente al trabajo de Hardin propuso, en la misma línea que este autor, la existencia de un solo individuo (ya sea público o privado) como único dueño para darle solución al problema de los comunes.[47] Sin embargo, ambas alternativas fueron posteriormente criticadas.[48] Una parte de la doctrina criticó el dominio público sobre este tipo de bienes, a raíz de los problemas que en la práctica se presentaron por la aplicación de este modelo.[49] En efecto, se sostuvo que la nacionalización

---

[45] Ostrom, E., "How types of goods and property rights jointly affect collective action", en *Journal of Theoretical Politics*, Vol. 15 (3), 2003, p. 249.

[46] Watson Hamilton, J. & Banks, N., ob.cit. (nº32), p. 36.

[47] Ostrom, E. et al., ob.cit. (nº7), p. 11.

[48] Cole, D. & Ostrom, E., *The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources*, Research Paper Nº2010-08-01, School of Public and Environmental Affairs, Indiana University, 2010, pp. 1-4. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=1656418 (sitio *web* visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[49] Ostrom, E. Et al, ob.cit. (nº7), p.11.

de recursos comunes llevó típicamente a: 1) el rechazo de mecanismos e instituciones colectivas e indígenas existentes sobre dichos recursos, convirtiendo en ilegales ciertos usos locales; 2) un monitoreo deficiente de las prácticas de extracción de los recursos, puesto que muchos gobiernos no tenían suficientes herramientas para fiscalizar los recursos que le eran propios; y 3) condiciones, de hecho, de libre acceso lo que generaba igualmente una sobreexplotación del recurso. De esta manera la presunción consistente en que el dominio público era una de las dos soluciones a la tragedia fue rechazada por algunos a raíz de experiencias históricas concretas.

Más adelante también se impugnó la idea relativa a que la solución adecuada era la propiedad privada individual de los recursos.[50] El argumento más común a favor de este tipo de propiedad dice relación con la eficiencia en la asignación y uso del recurso, puesto que de acuerdo con las reglas del mercado el recurso se transferirá a quien le dé un mayor valor.[51] Sin embargo, existe suficiente evidencia de que este régimen de propiedad no es necesariamente el más adecuado para resolver los problemas que surgen del acceso, uso y manejo de un recurso común puesto que, por un lado, los costos de regulación de los derechos de propiedad privada pueden ser más altos que los beneficios que conlleva[52] o, también, se puede llegar a generar la concentración del recurso en pocas manos y, con ello, la sobreexplotación.[53]

Por lo tanto, se propone que para ayudar a determinar qué sistema jurídico de propiedad es el más adecuado para este tipo de bienes, lo importante es analizar las características de los derechos que se ejercen por los usuarios sobre un bien común.[54] Según Schlager y Ostrom se pueden distinguir diversos derechos, los que confieren distintas categorías de usuarios: desde simplemente un usuario autorizado hasta la categoría de dueño absoluto, pasando por otras clases intermedias. Según estas autoras los derechos más relevantes –a un nivel operacional– respecto de los recursos comunes son el acceso y el retiro. Definen acceso como "el derecho a entrar en un área física definida"[55] y el retiro como "el derecho a obtener los productos de un recurso".[56] Existen otros derechos

---

[50] Cole, D. & Ostrom, E., ob.cit. (nº48), pp. 1-4.

[51] Coase, R., "El problema de costo social", en *Estudios Públicos* Nº45, 1992, pp. 81-134.

[52] Rose, C., "Repensar los controles medioambientales: Estrategias de gestión de los recursos de propiedad común", en Crawford, C. (comp.), *Derecho Ambiental y Justicia Social* (Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009), pp. 268-270.

[53] Tal como se verá en la sección siguiente sobre la evolución histórica de los bienes comunes, el que ciertos bienes que han sido comunes pasen a constituir propiedad privada individual puede llegar a significar la destrucción de los mismos. Ver Ciriacy-Wantrop, S.V. & Bishop, R., "Common Property as a Concept in Natural Resource Policy", en *Natural Resources Journal*, Vol.15, 1975, pp. 720-721.

[54] Schlager, E. & Ostrom, E., ob.cit. (nº44), p. 249.

[55] Traducción propia de: *"Access: The right to enter a defined physical property",* Ostrom, E., ob.cit (nº45), p. 250.

[56] Traducción propia de: "*Withdrawal: the right to obtain the products of a resource (e.g. catch fish, appropriate water, etc.)*, Ibid.

–a nivel de regulación– que son el manejo, la exclusión y la enajenación.[57] El derecho de manejo permite a quien lo ejerce definir los derechos de retiro que determinan el aprovechamiento de un recurso. El derecho de exclusión permite establecer los derechos de acceso al recurso. Y el derecho de enajenación permite transferir una parte o el total de estos dos derechos –manejo y exclusión– a otro individuo o grupo.

Esta distinción permite identificar cuatro tipos de usuarios respecto de un bien común, los que pueden ejercer uno o más de estos derechos de manera independiente de los demás:[58]

	Dueño ***(Owner)***	**"Propietario"** ***(Proprietor)***	**Demandante** ***(Claimant)***	**Usuario autorizado** ***(Authorized user)***
Acceso	X	X	X	X
Retiro	X	X	X	X
Manejo	X	X	X	
Exclusión	X	X		
Enajenación	X			

A partir de esta distinción en los derechos que ejercen los usuarios de un recurso común es posible pensar en modelos institucionales que combinen distintos sistemas jurídicos de propiedad en un solo recurso. Por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos, un gobierno nacional puede ejercer el derecho de enajenación, una agencia regional los derechos de manejo y exclusión y un grupo local, los derechos de acceso y retiro. Es decir, las fórmulas institucionales pueden ser diversas.[59]

La fuente de estos derechos también puede ser diversa. En algunos casos será legal, y se podrán hacer valer ante la autoridad administrativa y judicial. En otros casos su origen se encontrará en los acuerdos de los mismos usuarios que definen su propio modelo de uso del recurso. En este último caso la validez del sistema será menos clara, aunque eventualmente también podrá ser reconocida dentro de un ordenamiento jurídico.[60] La conveniencia de establecer algunos o todos estos derechos para los distintos usuarios de un recurso va a depender de diversas circunstancias, tales como aquéllas asociadas al re-

---

[57] "Management: *the right to regulate internal use patterns and transform the resource by making improvements.*

Exclusion: the right to determine who will have an access right, and how that right may be transferred.

Alienation: the right to sell or lease either or both the above collective-choice rights". Ibid, p. 251.

[58] Ibid, p. 252. Esta tabla visualiza los derechos asociados a los distintos tipos de usuarios de un bien común. Sin perjuicio que las categorías conceptuales que aquí se utilizan no se condicen con los conceptos jurídicos que se manejan tradicionalmente en el derecho (dueño y propietario jurídicamente hablando son lo mismo), resulta útil su transcripción en la medida que grafica la posibilidad de que un mismo bien pueda soportar distintas titularidades (lo que se traducirá jurídicamente en distintas categorías reconocidas por el ordenamiento jurídico).

[59] Ostrom, E. et al., ob.cit. (nº7), p.21.

[60] Schlager, E. & Ostrom, E., ob.cit. (nº44), p. 254 y sgtes.

curso mismo –el tamaño y capacidad de carga del *stock* del recurso, su mensurabilidad, la disponibilidad temporal y espacial del flujo de unidades del recurso, la movilidad del recurso (como las pesquerías o la fauna silvestre), y su capacidad de regeneración y de almacenamiento–[61]; al tipo de usuario –por ejemplo, grupos cohesionados socialmente–[62]; a condiciones externas –ambientales, climáticas–; a la tecnología utilizada para el uso del recurso –ya que ésta puede afectar los patrones de regeneración–; o a los costos involucrados.[63]

Por lo tanto, a raíz de los casos concretos estudiados por diversos autores, se ha sostenido que no se puede determinar *a priori* el sistema de propiedad más adecuado para este tipo de bienes.[64] De hecho, bajo algunas circunstancias los regímenes de propiedad común serán los preferidos, lo que ocurriría, al menos, en los siguientes casos:[65] 1) cuando los costos del establecimiento y cumplimiento de derechos de propiedad individual privada sean muy altos; y 2) cuando el valor económico del producto que se obtenga del recurso sea bajo.[66] En estos casos un sistema de propiedad común disminuye el riesgo de no obtener beneficios en un determinado periodo de tiempo. De esta manera, los estudios han demostrado que el dominio público y la propiedad privada individual –como ya se ha señalado– no son las únicas vías para el manejo adecuado de los recursos comunes.

A continuación se resumen en una tabla los diversos sistemas de propiedad en que se pueden encontrar los recursos o bienes comunes:[67]

Sistema de propiedad	**Características**
Libre acceso	Ausencia de derechos de propiedad.
Propiedad grupal o común	Los derechos sobre el recurso los ejerce un grupo de personas que tiene la capacidad de excluir a otros.
Propiedad privada individual	Los derechos sobre el recurso los ejercen individuos o compañías que pueden excluir a otros.
Dominio Público	Los derechos sobre el recurso los ejerce el Gobierno que regula su uso.

[61] Ostrom, E., Burger, J., Field, C., Norgaard, R. & Policansky, D., "Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges, en *Science* Vol. 284, 1999, p. 279.

[62] Ostrom et al., identifican diversos tipos de usuarios de un recurso común: aquéllos que siempre se comportan de manera egoísta y nunca cooperan en situaciones de conflicto (los *free-riders*); aquéllos que no estan dispuestos a cooperar con otros a menos que se les asegure que no serán explotados por *free-riders*; aquéllos que están dispuestos a iniciar una cooperación recíproca con la esperanza que otros van a responder a su confianza; y, quizás, algunos genuinos altruistas que siempre tratarán de obtener los mejores resultados para el grupo. Ibid, p. 279.

[63] Schlager, E. & Ostrom, E., ob.cit. (nº44), p. 260.

[64] Ostrom, E., *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge University Press, 1990), pp. 1 y sgtes.

[65] Ostrom, E. et al., *The Dramma of the Commons*… ob.cit. (nº7), p. 15.

[66] Ibid.

[67] Ostrom, E. et al., "Revisiting the Commons…" ob.cit. (nº61), p. 279.

Por lo tanto, los objetivos de las investigaciones sobre los bienes o recursos comunes han cambiado y ya no tienen por objeto encontrar una única fórmula correcta de manejo de los recursos naturales sino que, más bien, la meta que se proponen es entender las condiciones bajo las cuales ciertos modelos institucionales sirven para manejar determinados recursos en un periodo largo de tiempo. Es decir, los estudios que actualmente se realizan sobre los modelos más adecuados para el manejo de los recursos naturales no buscan fundamentar necesariamente un tipo de propiedad, que siempre se debe aplicar a los recursos naturales (ya sea pública, privada o colectiva) sino que su objetivo es más pragmático y pretenden determinar bajo qué condiciones conviene adoptar uno u otro modelo.

2.1. Evolución histórica

La categorización de los recursos naturales como bienes comunes no es una discusión nueva. La regulación del uso de estos recursos en su calidad de bienes comunes ha sido parte importante del derecho desde la antigüedad. Con el objeto de comprender los elementos de la regulación actual parece necesario revisar, brevemente, las principales expresiones históricas del mundo jurídico occidental en esta materia.

Ya en el derecho romano existía el concepto de los bienes comunes en relación con los recursos naturales. En efecto, los romanos conocían el concepto de la propiedad común o de la propiedad no exclusiva y elaboraron diversas categorías jurídicas al respecto.

La clasificación de los bienes en el derecho romano se basa principalmente en la distinción entre cosas respecto de las cuales no hay comercio (*res extracommercium*) y cosas respecto de las cuales sí hay comercio (*res in commercio*).[68] En ambas categorías se encuentran bienes que constituyen recursos naturales. En la primera categoría están –además de las cosas divinas–, las cosas comunes o *res communes omnium* que son las cosas comunes a todos, no apropiables por derecho natural, como el aire, el agua corriente, y el mar con sus costas; y también ciertas *res publicae*, que son las cosas que pertenecen al pueblo romano como tal, es decir, al conjunto de la población[69] y que están destinadas al uso público por un acto especial, denominado *publicatio,* esto es, están sometidas al dominio pero bajo un estatuto especial administrativo.[70] Dentro de estas últimas se distinguen las vías o calles, los puentes, los foros, las plazas, los teatros y los baños o

[68] Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano*, Tomo I (Editorial Jurídica de Chile, 1996), p. 433.

[69] Es interesante destacar que el pueblo romano, como tal, sería el titular de estos bienes en una especie de copropiedad, pero excluyendo la idea de la existencia de cuotas en el dominio. Se trataba más bien de "una *communio pro indiviso*, de la cual desciende la posibilidad de uso de los *cives,* con las limitaciones que derivan del derecho de propiedad para todos igual". En: Montt, S. *El Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización* (LexisNexis, Chile, 2002), p. 52.

[70] Guzmán Brito, A., ob.cit (nº68), pp. 435-436.

termas, los ríos que no se secan y los puertos.[71] Dentro de la segunda categoría (*res in commercio*) se incluyen las *res nullius* (como animales salvajes, aves silvestres, peces, islas nacidas en el mar, y cosas encontradas en la costa del mar, como perlas o piedras); ciertas cosas públicas que están en el patrimonio del pueblo, sujetas a un estatuto dominical de derecho privado, como la tierra pública (*ager publicus);* y las *res privatae*, que son las cosas pertenecientes a los particulares y que incluye a todas las demás.[72]

Por lo tanto, sin perjuicio de que no existió un tratamiento específico respecto a los recursos naturales, sí existían categorías jurídicas que se referían al acceso libre de las personas a ciertos bienes respecto de los cuales existía un especial interés público o un interés general. En particular, cabe destacar la relevancia de las siguientes categorías de bienes que se aplicaban a los recursos naturales: las *res communes* (cosas abiertas a todos por su naturaleza); las *res publicae* (cosas pertenecientes y abiertas al público por determinación de la ley); las *res universitatis* (cosas pertenecientes a un grupo o ciudad en su capacidad corporativa); y las *res nullius* (cosas que no pertenecen a nadie).[73]

Aún más, el derecho romano reconocía la existencia de derechos de aprovechamiento de los beneficios y utilidades que proveen los bienes, distinguiendo entre el uso, el disfrute o goce, la disposición y la tenencia.[74] La mayor parte de los ejemplos que se daban respecto de estos derechos decían relación con los beneficios que provienen de los recursos naturales. En particular el derecho de "goce" de las cosas radicaba en el aprovechamiento de los "frutos" o de los "productos" que éstas son capaces de generar, tales como "la leche, la lana, las frutas o las crías de los animales (…); la leña de un árbol, la carne o el cuero de un animal (…); los minerales y las piedras, la caza y la pesca".[75]

Otro ejemplo histórico importante es la situación de los bienes comunes en Inglaterra, en particular, las tierras comunes, ya que constituye un caso paradigmático para explicar las características de un recurso natural como bien común –y también para ilustrar su relevancia en la evolución de una sociedad hacia una economía capitalista–.[76] La existencia de estas tierras comunes hasta entrado el siglo XIX confería ciertos derechos a los comuneros –basados en la costumbre– que incluían, por ejemplo, el derecho a cazar, a pastorear, a la ganadería, a recolectar madera y otros materiales para combustible, piedras y arena para la construcción o, también, a recoger frutas para el consumo. Es decir, no es el público en general quien tiene derechos de uso sobre este tipo de recursos, sino que

---

[71] Montt, S., ob.cit. (nº69), p. 31.

[72] Guzmán Brito, A. ob.cit. (nº68), p. 436.

[73] Rose, C., "Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age" en *Law and Contemporary Problems*, vol. 66 (*winter-spring)*, 2003, pp. 89-110.

[74] Guzmán Brito, A. ob.cit. (nº68), pp. 443 y ss.

[75] Ibid, p. 444.

[76] McCarthy, J., "Commons", en Castree, N., Demeritt, D., Liverman, D. & Rhoads, B. (Eds.), *A Companion to Environmental Geography* (Blackwell Publishing Ltd., 2009), p. 499.

un grupo definido, generalmente los habitantes de un pueblo o localidad.[77] Además, los derechos de uso se encontraban definidos de manera precisa y diferían según el tipo de tierra y localidad.[78] Por lo tanto, no se trata de una categoría similar a las *res communis* o *res publicae* del derecho romano. Quizás se trate de una clase de bienes más parecida a las *res universitatis*.

Dos procesos caracterizaron el término de este tipo de bienes en el Reino Unido: el *enclosure* o "cerramiento" y la privatización.[79] El primero se inició alrededor del siglo XVI mediante el cierre de sus tierras, por algunos dueños, con el objeto de convertirlas en áreas de pastoreo y de excluir a las comunidades que tenían derechos consuetudinarios de uso sobre dichas tierras. Con posterioridad, en el siglo XIX, el Parlamento legalizó este proceso a través de una serie de actos legislativos privatizadores que muchas veces incluyeron compensaciones para los comuneros excluidos. Este proceso, por lo tanto, fue largo y generó muchos conflictos sociales en su desarrollo. De hecho, Karl Marx lo consideró como fundamental para el desarrollo del capitalismo puesto que separó a los trabajadores de la tierra y convirtió tanto a la fuerza laboral como a los recursos naturales en bienes privados que sólo podían conectarse a través de intercambios comerciales.[80]

Por último, se hará referencia al derecho continental europeo, en particular el español, en que se puede apreciar un fenómeno similar al del derecho anglosajón, pero basado en la ley antes que en la costumbre. De acuerdo con Esteve Pardo, la evolución del derecho español de los recursos naturales permite distinguir la existencia de tres modelos jurídicos: el aprovechamiento en régimen comunal, la explotación racional, y la orientación ecológica.[81] El primero de estos modelos, vigente durante la Edad Media, articulaba la relación de los seres humanos con los recursos naturales a través de la titularidad colectiva de los mismos.[82] Esta titularidad existía respecto de recursos naturales "como

---

[77] Freyfogle, E. "Goodbye to the Public-Private Divide", en *Environmental Law,* Volumen 36, 2006, p. 13.

[78] Ibid.

[79] McCarthy, J. ob.cit. (nº76), p. 500.

[80] Al respecto ver Polanyi, K., *The Great Transformation. The Political and Economic Origin of our Time* (Beacon Press Books, 1944, 1957, 2001) 317 pp. Esta obra plantea la ruptura del tejido social y los cambios sociales y económicos que trajo para Europa el proceso del cerramiento y de la industrialización.

[81] Esteve Pardo, J., ob. cit. (nº22), pp. 161-170.

[82] Cabe señalar que es recién en la Baja Edad Media que se vuelven a incorporar paulatinamente al derecho las clasificaciones romanas de los bienes, conceptualizándose en tal época la idea de los "bienes de la Corona" como aquellos bienes de los que es titular la Monarquía, estableciéndose su inalienabilidad e imprescriptibilidad y su carácter público. Dentro de esta categoría se encontraban algunos recursos naturales, en particular aquellos que no eran apropiables de acuerdo con el derecho romano. En cambio, durante la Alta Edad Media, el mundo jurídico se organizaba en torno a grupos o villas, regulados por un derecho consuetudinario oral y variado, donde la titularidad de los recursos naturales era ejercida colectivamente. La posterior caracterización de ciertos bienes como "reales" constituyó un título de intervención en la vida social a favor del monarca, modificándose, por lo tanto, la titularidad colectiva de los mismos. Ver Montt, S., ob.cit. (nº69), pp. 56-97.

los bosques, aguas en general, ríos, costas, praderas y pastos de montaña, etc."[83] De acuerdo con este sistema, todos los miembros de la comunidad eran titulares y hacían uso colectivo de los recursos, limitando cualquier uso que pusiera en riesgo su supervivencia. Es decir, se admitían sólo usos y aprovechamientos de baja intensidad lo que implicaba en sí mismo un sistema protector de la naturaleza. Un sistema que en parte se mantiene hasta la actualidad en el caso de los montes vecinales.[84]

El modelo de la explotación racional incorporó, durante el siglo XIX, la propiedad privada sobre los recursos naturales –dando lugar al llamado proceso de "desamortización"[85]– y la posterior intervención del Estado con el objeto de moderar y racionalizar dicha explotación de manera que los recursos se conservaran y se regeneraran, para su explotación futura. Según Esteve Pardo, el paso de tal modelo a la actual orientación ecológica del derecho está determinado por el establecimiento de fines distintos que justificarían la intervención del Estado sobre los recursos naturales, los que estarían representados por una valoración de la naturaleza y de sus recursos por lo que son. Estas nuevas finalidades exigirían la incorporación a la regulación de aspectos ecológicos independientes de la mantención de los recursos para su explotación. Sin embargo, sostiene, los medios jurídicos para lograr la gestión de los recursos naturales en la actualidad serían los mismos de la etapa anterior, lo que generaría los problemas contemporáneos que debe enfrentar el derecho ambiental frente a la regulación de este tipo de recursos.[86]

2.2. Características de los bienes comunes

Como ya se señaló, los bienes o recursos comunes se caracterizan, en primer lugar, por ser susceptibles de diversos y variados usos que no se pueden excluir mutuamente o cuya exclusión es muy costosa. En segundo lugar, se trata de bienes cuyo uso por un individuo o grupo significa que la disponibilidad del recurso para su utilización por otros es menor, es decir, los beneficios obtenidos por algunos se sustraen de los beneficios que pueden obtener los otros. A su vez, se trata de bienes que se encuentran constituidos por una base, núcleo o sistema que debe protegerse y conservarse para permitir su uso y aprovechamiento permanente por los distintos beneficiarios. Esto es, en la medida que se respete dicho sistema tales recursos permiten la extracción de una cantidad limitada, pero sostenible, de sus unidades.

---

[83] Esteve Pardo, J., ob. cit. (nº22), p. 163.

[84] Ibid.

[85] Este proceso se refiere a la imposición de la propiedad privada por sobre la colectiva y pública en relación con los recursos naturales, con el objeto de explotarlos y comercializarlos. Este proceso generó negativos impactos sociales y ambientales, empobreciendo a buena parte de la población rural. Ibid, pp. 164-168.

[86] Ibid, pp. 168-169. Esta idea parece clave para entender los problemas que enfrenta el derecho ambiental, debido a que en la práctica regula los recursos naturales a través de mecanismos que obedecen a enfoques diferentes a aquéllos que constituyen los fundamentos de esta nueva disciplina jurídica.

A continuación se analizará con más detalle cada una de estas características.

2.2.1. Distinción entre el sistema y la unidad de un bien común

Esta característica debe analizarse en primer lugar puesto que su explicación permite entender mejor las características de la exclusión y de la substracción, que se analizan a continuación.

El "sistema" o la base de un recurso común (*resource systems*) es definido –de manera algo confusa– por Ostrom como las "variables de capital que son capaces, bajo condiciones variables, de producir una cantidad máxima de variables de flujo sin dañar el capital o el sistema del recurso en sí mismo".[87] Identifica los siguientes ejemplos como sistemas de recursos: pesquerías, lagos, océanos, cuencas de aguas subterráneas.

Por el otro lado, las unidades del recurso (*resource units*) son "aquéllas que los individuos usan del sistema de recursos".[88] Por ejemplo, las toneladas de pescado obtenidas de una pesquería o los metros cúbicos de agua extraídos de una cuenca de agua subterránea.

De acuerdo con esta autora la distinción entre un sistema de recursos como un *stock* y las unidades de uso como un "flujo", resulta especialmente útil para la categoría de los recursos naturales renovables donde es posible definir una tasa de reposición.[89] En la medida que la tasa promedio de retiro no supere la tasa promedio de reposición, un recurso renovable se puede sostener en el tiempo.[90]

Por otro lado, esta distinción también es relevante para el análisis de las dos características principales de los bienes comunes, la de multiplicidad de usos y la de substracción del recurso. En efecto, el problema de la multiplicidad de usos se refiere al sistema del recurso o al *stock* no a las unidades producidas por el sistema. El problema de la substracción, por el contrario, se refiere a las unidades producidas por el sistema.[91]

Cabe señalar que sería un error concluir, a partir de esta distinción, que el sistema y las unidades son dos recursos o bienes distintos, puesto que los problemas asociados con el

---

[87] Traducción propia de: "*…stock variables that are capable, under variable conditions, of producing a maximum quantity of a flow variable without harming the stock or the resource system itself.*" Ostrom, E., *Governing the Commons*…, ob.cit. (nº64), p. 30.

[88] Traducción propia de: "…what individuals appropriate or use from resource system", Ibid.

[89] Ibid.

[90] Esta idea es, precisamente, la que fundamenta el criterio del "rendimiento máximo sostenible" –que se debe aplicar en la determinación de la cuota global de captura– introducido por el artículo 2 Nº60 de la Ley Nº 20.657 de 2013, que modificó la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA) y que lo define de la siguiente manera: *Mayor nivel promedio de remoción por captura que se puede obtener de un stock en forma sostenible en el tiempo y bajo las condiciones ecológicas y ambientales predominantes.*

[91] Ostrom, E., *Governing the Commons …,* ob.cit. (nº64), p. 32.

uso de las unidades retiradas del recurso se relacionan, directamente, con los problemas asociados a la provisión del sistema del recurso. En efecto, en la medida que el primero, o sea, el uso de las unidades, no se pueda realizar sin el segundo, esto es, el sistema del recurso, queda claro que se trata de un mismo recurso o bien. Elinor Ostrom concluye, a su vez, que sin un sistema justo y eficiente de asignación de las unidades del recurso no existirá motivación para contribuir a la mantención del sistema del recurso.[92]

2.2.2. Multiplicidad de usos y dificultad de exclusión. El problema del "Free Rider"

Los bienes comunes se caracterizan por ser susceptibles de diversos usos por parte de una multiplicidad de usuarios. Lo anterior conlleva el problema de la exclusión, entendiendo por éste a la dificultad de excluir a los *free riders* del uso del recurso, esto es, a los potenciales usuarios de los beneficios derivados del recurso que no contribuyen con los costos de desarrollar y conservar el recurso.[93]

Casos de *free-riders* son aquellos usuarios que cosechan o retiran independientemente las unidades producidas por un recurso o vierten contaminantes al mismo y solo asumen sus propios costos y beneficios. Este problema se soluciona cuando en el sistema de manejo del recurso existen y se aceptan reglas que consideran también los beneficios y costos sociales.[94] Un ejemplo clásico de *free rider* se puede apreciar en el fenómeno pesquero conocido como "carrera olímpica" en que "los agentes compiten entre sí para obtener la mayor parte de las capturas disponibles antes que sus competidores, reduciendo la temporada de pesca y produciendo impactos negativos sobre el empleo y la rentabilidad de la actividad pesquera".[95] Este fenómeno no es extraño en Chile ya que se produjo con la introducción de las cuotas globales anuales como medida de administración de las pesquerías, mediante la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA) de 1989, vigente desde 1991.[96] De acuerdo con este sistema de cuota global cada armador tenía el incentivo para invertir en barcos más poderosos con el objeto de capturar la mayor parte de la cuota antes que se cerrara la pesquería cada año, produciéndose, además, una flota sobredimensionada que generaba presiones para la determinación de cuotas

---

[92] Ibid, p. 33.

[93] Este argumento fue primero planteado por Samuelson, P., "The Pure Theory of Public Expenditure" en *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36 Nº4, 1954, pp. 387-389.

[94] Ostrom, E. et al., *The Dramma of The Commons …,* ob.cit. (nº7), p.20. "*Whether any particular rule configuration solves the free-rider problem in regard to a particular resource system depends on how well the rules address the biophysical structure of the resource, whether they are perceived by users as legitimate and are enforced, and whether they are understood by participants in a similar manner*".

[95] Chávez, C., Dresdner, J., Quiroga, M., Salgado, H., "Propuesta para una Administración Sustentable de la Pesca Industrial en Chile basada en Cuotas Individuales Transferibles", *Serie Documentos de Trabajo EconUdeC*, Nº15, 2010, p.2.

Disponible en: http://econudec.cl/2011/11/documentos-de-trabajo-economia-udec/ (sitio *web* visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[96] Ley Nº18.892 de 1989 y sus modificaciones, LGPA.

más altas que las que exigían los antecedentes científicos respectivos.[97] Es decir, con este modelo los pescadores industriales se transformaron en *free riders* al aprovecharse del deficiente diseño institucional existente para obtener individualmente la mayor cantidad de unidades de la cuota global.[98]

El análisis del problema de la exclusión de los *free riders* exige distinguir –tal como se adelantó– entre el sistema del recurso mismo (por ejemplo, un río, un bosque, una pesquería) y las unidades del recurso que son valiosas para los seres humanos (el agua, la madera, el pescado). Luego que las unidades del recurso se han extraído del sistema el costo de exclusión es relativamente bajo ya que las unidades pueden considerarse de propiedad individual. Sin embargo, es precisamente la existencia de esta propiedad individual sobre las unidades extraídas la que incentiva a sobreexplotar el recurso.[99] En efecto, los usuarios obtienen todos los beneficios de su sobreexplotación a través de la propiedad de las unidades producidas por el recurso y sufren sólo una proporción de los costos que imponen en los demás a través de la sobreexplotación del sistema del recurso que provee las unidades.[100] En esto consiste el problema de la exclusión. Por lo tanto, para solucionarlo se deben considerar alternativas tanto respecto del libre acceso al *stock* como de la propiedad individual sobre las unidades.

Por último, la dificultad de exclusión en un recurso común puede ser mayor o menor dependiendo tanto de las características físicas del recurso como de la existencia de los diversos derechos que se ejercen sobre el recurso. Por lo tanto, la magnitud del problema será diferente para cada recurso dependiendo de los medios físicos e institucionales disponibles para excluir a los *free riders*.[101]

2.2.3. El problema de la substracción o reducción del recurso

Esta característica consiste en que los recursos utilizados por una persona no pueden ser utilizados por otra –lo que se ha denominado también como *jointness of consumption* y

---

[97] Gómez-Lobo, A., "¿Qué pasa con la pesca en Chile?", en *Ambiente y Desarrollo*, Diciembre 2000, p. 7.

[98] La incorporación del "Límite Máximo de Captura por Armador", introducido por la Ley Nº 19.713 de 2001, tuvo por objeto precisamente terminar con la carrera olímpica. Las cuotas individuales introducidas fueron expresadas como porcentajes de participación de cada armador en la cuota global de la fracción industrial que le corresponde a cada pesquería. Este sistema de cuotas individuales se mantiene con la última modificación de la LGPA, mediante Ley Nº20.657 de 2012. Sin perjuicio que este sistema ha permitido disminuir la carrera olímpica, no la ha eliminado totalmente –ya que al existir una cuota global sobredimensionada, cada pescador debe correr para obtener la cuota que tiene asignada– ni ha logrado cumplir objetivos de conservación, equidad y eficiencia. Ver Chávez, C., Dresdner, J., Quiroga, M., Salgado, H., ob. cit. (nº95), pp. 16 y ss.

[99] El problema de la tragedia de los comunes deriva no solamente del libre acceso en que se encuentran algunos recursos, sino que también de la propiedad privada que se reconoce sobre las unidades que produce un recurso. Watson Hamilton, J. & Banks, N., ob.cit. (nº32), p. 36.

[100] Ibid, p. 20.

[101] Ostrom, E., "How types of goods…" ob.cit. (nº45), pp. 241-242.

rivalness of consumption–.[102] Es decir, el retiro que hace una persona del agua, pescado o madera ya sea de una cuenca hidrográfica, de una pesquería o de un bosque implica necesariamente una disminución de la cantidad del recurso en ese momento determinado e incluso, potencialmente, puede implicar una disminución del recurso en el futuro.

Es esta particularidad la que genera que los bienes comunes puedan ser fácilmente sobreutilizados, degradados e incluso, destruidos. De ahí la necesidad de establecer un modelo institucional que, por un lado, permita definir previamente los derechos de retiro de las unidades producidas por el recurso natural y, por otro, una adecuada y sustentable administración del mismo.[103]

2.3. Cuestiones jurídicas que presenta el enfoque de los recursos naturales como bienes comunes

La administración o manejo de recursos comunes presenta variados problemas que un modelo institucional debe resolver. Los más importantes son la posible destrucción del recurso, su degradación ambiental, la asignación o propiedad del recurso y los conflictos entre usuarios o la competencia por los diversos usos.[104]

Los modelos institucionales tienen por objeto establecer normas que permitan solucionar estos problemas. Por lo tanto, los modelos que se adopten en torno a los bienes comunes definirán quién tiene acceso al recurso, qué se puede extraer de un recurso, qué y cuánto se puede introducir o modificar, quién participa en las decisiones claves acerca de estos aspectos y quién adopta dichas decisiones.[105] Los incentivos para cambiar los modelos institucionales, por otro lado, provienen generalmente de conflictos sobre la distribución de estos derechos entre los distintos usuarios.

La solución a los problemas que presentan los recursos comunes implica abordar una serie de preguntas relevantes desde una perspectiva jurídica y ambiental. Por ejemplo, ¿es posible compatibilizar, en un mismo modelo institucional, la existencia de derechos de propiedad privada, pública y comunitaria? Es decir, la posibilidad de separar los derechos que los usuarios ejercen sobre un recurso común permite pensar en la alternativa

---

[102] Samuelson, P., ob.cit. (nº93), pp. 387-389.

[103] Un buen ejemplo de modelo de administración de un recurso natural, en este aspecto, es el introducido por la última modificación a la LGPA (Ley Nº20.657 de 2013), que introduce tanto el enfoque ecosistémico como el enfoque precautorio y el rendimiento máximo sostenible, como criterios que se deben adoptar al momento de determinar la cuota global anual de cada pesquería.

[104] Adams, B., Brockington, D., Dyson, J. & Vira, B., "Analytical Framework for Dialogue on Common Pool Resource Management", *Common Pool Resource Policy Paper Nº1*, Department of Geography, University of Cambridge, March 2002, p. 1. Disponible en:
http://www.geog.cam.ac.uk/research/projects/harda/framework/framework.pdf (sitio *web* visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[105] Ostrom, E. et al., *The Dramma of the Commons…* ob.cit. (nº7), p. 21.

de distintos tipos de derechos de propiedad aplicables respecto de los diversos usos existentes para un determinado bien. Por otro lado, la necesidad de excluir usuarios para lograr la conservación y uso sustentable de un recurso natural exige evaluar para cada caso qué usos serán permitidos, a qué usuarios se pretende excluir del uso del recurso, y bajo qué reglas se operará.

Otra cuestión es la aplicación y cumplimiento del modelo institucional y regulatorio elegido. Un sistema puede resultar muy atractivo en su formulación, sin embargo, si no se logra su aplicación y cumplimiento por los usuarios, no tendrá ninguna consecuencia en el manejo del recurso.[106] Es decir, un régimen normativo requiere de un adecuado sistema de cumplimiento y fiscalización. Por último, y de la mayor relevancia para el objetivo de esta investigación, la asignación de los distintos derechos a los diversos usuarios, especialmente los llamados "derechos de operación" sobre los recursos naturales –acceso y retiro, en términos económicos o, en términos jurídicos, acceso, uso y aprovechamiento– generará importantes consecuencias en el ámbito de la distribución de cargas y beneficios ambientales.

Esta última situación –cuyo planteamiento parece muy abstracto– se puede graficar fácilmente a través de un ejemplo: un sistema de recurso natural como una cuenca hidrográfica puede producir unidades de agua que se destinen a diversos usos, tales como, la actividad minera, la actividad agrícola, la actividad pesquera, la actividad acuícola y actividades recreativas o turísticas. Necesariamente el uso del agua por parte de una de estas actividades afectará o incluso impedirá el uso de las demás ya que la disponibilidad del recurso hídrico disminuirá y, seguramente, también la calidad del agua se verá impactada por las externalidades negativas de dicha actividad. Lo anterior implica que las cargas y riesgos ambientales que genera un determinado uso del recurso afectará el desarrollo normal de los demás posibles usos. A su vez, los beneficios o servicios ambientales que brinda el agua en ese ecosistema específico serán aprovechados principalmente o exclusivamente por algunos usuarios. Esta situación exige una solución institucional mediante regulaciones que permitan por un lado proteger y conservar el recurso y el ecosistema asociado y, por la otra, distribuir equitativamente las cargas y beneficios ambientales entre los distintos usuarios del recurso.

Por lo tanto, la doctrina sobre los "bienes o recursos comunes" plantea –aunque sea tácita e involuntariamente[107]– la preocupación por la justicia distributiva ambiental. En efecto, la discusión respecto al modelo institucional más apropiado para la gestión de los recursos comunes contiene, tal como lo dice Crawford, una profunda inquietud

[106] Al respecto ver, por ejemplo, Bell, S. & McGillivray, D., *Environmental Law* (Sixth Edition, Oxford University Press, 2006), pp. 294-315; Holder, J. & Lee, M., *Environmental Protection, Law and Policy* (Second Edition, Cambridge University Press, 2007), pp. 381-416.

[107] En la medida que el objetivo de estas investigaciones no ha sido establecer el modelo más equitativo, sino que el más eficiente para la administración de los recursos naturales.

por establecer soluciones factibles que sirvan para proteger los recursos comunes y los intereses de los distintos usuarios del recurso.[108]

3. Acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales

El ordenamiento jurídico regula el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales basándose fundamentalmente en dos instituciones: la propiedad y la soberanía. En efecto, históricamente ha sido la propiedad la que –en la mayor parte de los sistemas jurídicos occidentales– se ha hecho cargo de asignar la titularidad, definir el uso y determinar los derechos sobre los productos de un recurso. A nivel internacional, esta función la ha cumplido la soberanía. Ambas instituciones, por lo tanto, cumplen un rol distributivo que conforma buena parte de la estructura básica de una sociedad nacional e internacional.

Tanto la propiedad como la soberanía pueden ser analizadas como instituciones económicas –en el sentido que se preocupan del acceso y uso de los bienes–; como instituciones sociales –en la medida que constituyen un medio para lograr el orden social–; o como instituciones jurídicas– puesto que es el derecho el mecanismo principal por el cual se define y regula cualquier régimen de propiedad o de soberanía sobre los recursos naturales.[109] Su carácter de instituciones ambientales es más cuestionable, en la medida que ni la propiedad ni la soberanía detentan –en su planteamiento original– un enfoque ecosistémico. Sin embargo, su evolución ha permitido incorporar elementos que apuntan en dicha dirección tornando ineludible el análisis de estas instituciones, para efectos de determinar la regulación aplicable al acceso, uso y aprovechamiento de los elementos de la naturaleza que son esenciales para la vida en la Tierra.

A continuación se abordará, en primer lugar, el régimen jurídico aplicable a la soberanía sobre los recursos naturales, para luego entrar con más detalle al análisis del contenido específico de la institución jurídica de la propiedad, siempre en relación con los recursos naturales.

3.1. Soberanía y recursos naturales

A pesar de la relevancia del derecho interno o doméstico en la determinación de la regulación de la propiedad y del régimen jurídico aplicable a los recursos naturales, no se debe olvidar el rol que cumple el derecho internacional público tanto en la definición de los parámetros en los que la regulación nacional se desenvuelve como en la regulación

---

[108] Crawford, C., "La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones", en: Crawford, C. (comp.), *Derecho Ambiental y Justicia Social*… ob.cit. (nº52), p. 85.

[109] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 22.

directa del acceso, uso y aprovechamiento de algunos recursos naturales.[110] Ejemplos de recursos naturales cuyo marco jurídico nacional está determinado por lo dispuesto en el derecho internacional son los recursos genéticos[111] y los recursos vivos y no vivos que se encuentran en las zonas marítimas sujetas a jurisdicción nacional.[112] Por el otro lado, los recursos naturales que se someten a la regulación directa del derecho internacional son aquellos que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional, tales como la atmósfera,[113] la alta mar[114] y los fondos marinos oceánicos o "la zona".[115]

No es casualidad que, en el primer caso, el derecho internacional no establezca normas que regulen directamente el acceso y uso de los recursos naturales sino que solamente determine un marco general para los contenidos de los ordenamientos jurídicos nacionales. Así, tampoco es fortuito que en el segundo caso la norma internacional regule directamente el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.[116] Esto se debe a que en el primero de estos casos los recursos naturales se encuentran sometidos a la jurisdicción nacional y, por lo tanto, los Estados ejercen soberanía o derechos soberanos sobre dichos recursos. En cambio, en el segundo, se trata de recursos que se encuentran

---

[110] Ibid, p. 11.

[111] Ver, en particular, artículos 15, 16 y 19 de la Convención de Diversidad Biológica (CDB, 1992) y los Protocolos de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología Moderna (2000) y de Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos (2010). Cabe señalar que sólo el primero de estos tratados se encuentra ratificado por Chile. Ver: http://www.cbd.int/convention/parties/list/#tab=0 (sitio *web* visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[112] Cuyo régimen jurídico debe someterse a lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (Convemar) respecto del mar territorial, plataforma continental, aguas interiores y zona económica exclusiva. La Convemar fue ratificada por Chile en 1997. Ver: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_agreements.htm (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[113] Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985) y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (1987) y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1992) y su Protocolo de Kyoto (1997). Chile ha ratificado estos cuatro tratados internacionales. Ver: http://ozone.unep.org/Ratification_status/evolution_of_mp.shtml

http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php (sitios web visitados con fecha 18 de Febrero de 2014)

[114] Convemar, Parte VII.

[115] Convemar, Parte XI, y Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención, de 1994.

[116] Cabe señalar –para prevenir cualquier confusión– que esta afirmación se refiere a un aspecto diferente al que se aborda en la discusión en torno a la autoejecutabilidad de los tratados internacionales. Esta última se refiere a si un tratado que establece derechos específicos puede aplicarse directamente en un país, sin la necesidad de adoptar la legislación interna correspondiente. Esta discusión se ha dado fuertemente en Chile en torno a algunas disposiciones internacionales que regulan el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, como el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales. Sin embargo, lo que aquí se sostiene es que el derecho internacional tradicionalmente no incorpora en sus normas derechos específicos que determinen directamente cómo un Estado debe regular el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio. Sólo establece dichas normas respecto de aquellos recursos naturales que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional. El Convenio 169 es, en este sentido, una excepción ya que determina directamente cuáles son estos derechos (lo que no significa necesariamente que no requiera de legislación interna para su aplicación).

fuera de la jurisdicción nacional y excluidos de su soberanía por lo que el derecho internacional puede intervenir directamente. Lo anterior, sin embargo, no ha sido obstáculo para que el ordenamiento jurídico internacional –como se verá más adelante– haya evolucionado hacia el establecimiento de principios y reglas que se aplican a recursos naturales que se encuentran dentro de la jurisdicción nacional y que, por lo tanto, limitan la soberanía de los Estados.[117]

De lo anterior se puede deducir que la soberanía y la propiedad operan en niveles diferentes. La primera se refiere a relaciones entre Estados y la segunda, a relaciones entre individuos o entre el Estado y los individuos.[118] Sin embargo, se trata de dos instituciones jurídicas que en algunos casos –específicamente cuando la soberanía se ejerce sobre el territorio y los recursos naturales que allí se encuentran– tienen objetivos similares y análogos, como el ejercicio de la autoridad regulatoria sobre un determinado bien.[119]

Cabe señalar que el alcance de la soberanía nacional sobre los recursos naturales ha sido materia de gran discusión desde mediados del siglo XX. De acuerdo con la doctrina clásica del derecho internacional público –es decir, hasta que se postula la doctrina del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) por parte de los países en desarrollo–,[120] la soberanía que ejercían los Estados sobre su territorio nacional y sobre los recursos naturales que allí se encontraban, tenía un alcance limitado.[121] En efecto, el poder de los Estados sobre sus recursos naturales no era muy grande debido a la práctica habitual de la transferencia del control de los más importantes recursos naturales de un país a intereses extranjeros.[122] Tanto es así que, en caso de conflicto entre un Estado y un inversionista extranjero operaban las normas tradicionales de expropiación y compensación

---

[117] Esta afirmación evidentemente no equivale a sostener que los Estados han perdido el papel predominante en torno a la determinación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio. Ver Birnie, P., Boyle, A., & Redgewell, C., *International Law and the Environment* (Oxford University Press, Tercera Edición, 2009), pp. 190-205.

[118] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p.11.

[119] Ibid, pp. 222-228.

[120] La doctrina del "Nuevo Orden Económico Internacional" (NOEI) se desarrolla a partir de la década de los años 50 del siglo pasado. En particular esta doctrina se refleja en las siguientes resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): Resolución 626 de la ONU (AG) de 1952, "Derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales"; Resolución 1803 de la ONU (AG) de 1962, "Soberanía permanente sobre los recursos naturales"; Resolución 3201 de la ONU (AG) de 1974, "Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional"; y la Carta sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974 (parte de la Resolución 3281 de la AG de la ONU). Ver un análisis de los contenidos de estas resoluciones internacionales en el trabajo de Brownlie, I., "Legal Status of Natural Resources in International Law", en *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1980, The Netherlands, en particular las pp. 255-271.

[121] Ibid, p. 253.

[122] Ibid.

que establecían la exigencia de una compensación plena, es decir, "pronta, adecuada y efectiva".[123]

A partir de la segunda mitad del siglo XX se reivindica la autoridad de los Estados en el sentido que son ellos los que tienen el control exclusivo sobre el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio, formulándose el principio de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales (SPRN).[124] A su vez, respecto de los recursos naturales que se encuentran fuera del territorio nacional de cualquier Estado, se señala que es la comunidad internacional, en su conjunto y organizada, la que debe regular su acceso, uso y aprovechamiento.[125]

De acuerdo con este nuevo régimen internacional, se fortalece la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales estableciendo que en caso de conflicto la compensación ya no debe ser "plena" sino que "apropiada",[126] entendiendo por este estándar aquél que el Estado nacional considere justo.[127] El objetivo de este nuevo enfoque dice relación con la búsqueda de un marco regulatorio más equitativo para los Estados en cuyo

---

[123] Bilder, R., "International Law and Natural Resources Policies" en *Natural Resources Journal*, Vol. 20, 1980, p. 472.

[124] Este principio tiene su origen en el principio de auto-determinación de los pueblos –que constituye *jus cogens*– y consiste en el reconocimiento del derecho de los Estados sobre sus recursos naturales y el derecho a nacionalizarlos aún a pesar de acuerdos o tratados en contrario (de aquí el carácter permanente del derecho). Es decir, permite excluir a otros del acceso y uso de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio de un Estado, confiriendo su uso exclusivamente a través del consentimiento y otorgamiento de concesiones. Por ello es que se equipara la soberanía sobre los recursos naturales al derecho de propiedad de los ordenamientos jurídicos nacionales. Al respecto, ver capítulo seis del libro de Barnes, R., ob. cit. (nº20), pp. 221-249.

[125] La doctrina del NOEI postula que los recursos naturales que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional constituyen un "patrimonio común de la humanidad", que debe utilizarse en beneficio de toda la comunidad internacional, teniendo especial consideración por los países en desarrollo. Tal como en otras resoluciones de la ONU se establecieron los contenidos principales del principio de la SPRN, en la Resolución 2749 de la ONU (AG) de 1970, "Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional", se consagró la idea del patrimonio común de la humanidad, y se declaró que "La zona no estará sujeta a apropiación por medio alguno por Estados ni personas, naturales o jurídicas, y ningún Estado reivindicará ni ejercerá la soberanía ni derechos soberanos sobre parte alguna de ella" y que "la exploración de la zona y la explotación de sus recursos se realizarán en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la ubicación geográfica de los Estados, ya se trate de países ribereños o sin litoral y prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los países en desarrollo".

[126] Resolución 3281 de 1974: Carta de Derechos y Deberes Económicos, Nº2. Todo Estado tiene el derecho de: … c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados, y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios.

[127] Bilder, R., ob.cit. (nº123), p. 472.

territorio se encuentran los recursos naturales, Estados que en su mayoría son países en desarrollo.

Sin embargo, a partir de la década de los años 80 del siglo pasado, el paradigma del NOEI pierde fuerza frente a la ideología capitalista y del libre mercado debilitándose, por un lado, nuevamente la idea de soberanía y, por el otro, cediendo el principio de patrimonio común de la humanidad frente a nuevos conceptos como el de "preocupación común", "interés común" o "responsabilidad común". Estos últimos son, en la práctica, más amplios –aunque confieren facultades menos intensas– que el de patrimonio común de la humanidad ya que alcanzan no solamente a los recursos naturales que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional sino que también a recursos naturales globales que se ubican dentro de las fronteras territoriales de un Estado.[128] Estas ideas han sido plasmadas en diversos tratados internacionales ambientales que tienen por objeto proteger recursos naturales globales y compartidos, estableciendo límites a la soberanía estatal en la materia.[129]

De lo anterior se puede concluir que el derecho internacional público –tanto el clásico como el generado a partir de la doctrina del NOEI– se preocupa fundamentalmente de la existencia y consagración de "facultades" por parte de los Estados sobre los recursos naturales, antes que del establecimiento de "obligaciones" sobre ellos. Este enfoque, sin embargo, ha evolucionado en las últimas dos o tres décadas ya que el derecho internacional ha ido incorporando la obligación de los Estados de ejercer la soberanía sobre los recursos naturales en beneficio de la protección del medio ambiente[130] lo que equivale al reconocimiento de restricciones al ejercicio de la soberanía sobre los recursos naturales.

Es en este contexto que el derecho internacional actual establece reglas para el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, algunas de las cuales, como ya se adelantó, constituyen verdaderas limitaciones a la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales.

3.1.1. Reglas internacionales de acceso y uso de los recursos naturales

La regla general en derecho internacional es que los Estados tienen el derecho de controlar el acceso y uso de los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio –incluyendo aguas interiores, mar territorial y espacio aéreo– sin interferencia exter-

---

[128] Sands, P., *Principles of International Environmental Law* (Cambridge University Press, Second Edition, 2003), p. 287.

[129] Ibid.

[130] Una manifestación concreta de esta evolución es, por ejemplo, el deber que ahora se asocia al principio de la SPRN, consistente en la obligación de no causar daño al territorio de otros Estados o a territorios que se encuentren fuera de la jurisdicción nacional. Sands, P., ob.cit. (nº128), p. 236.

na.[131] Por lo tanto, este derecho permite excluir a otros –que se encuentran dentro o fuera del territorio de un Estado– del acceso y uso de los recursos naturales. El contenido de esta regla deriva del principio de la SPRN. La soberanía, en este sentido, es una reivindicación del derecho de los Estados como única autoridad regulatoria sobre un determinado territorio o recurso natural.[132]

El principio de la SPRN –manifestación económica del principio político de la libre determinación de los pueblos– tiene su fundamento en la misma teoría que se planteó con anterioridad en este capítulo, esto es, la teoría de la "tragedia de los comunes" de Hardin.[133] Recordemos que según esta teoría los recursos naturales son bienes que requieren asignación de propiedad individual –pública o privada– porque en caso contrario se destruyen por su sobreuso. El mismo razonamiento se aplica en el derecho internacional y como consecuencia se excluye a los demás Estados del acceso y uso de los recursos que se encuentran dentro de un territorio nacional. Es decir, sólo se autoriza el acceso y uso a otros Estados o a intereses extranjeros, en los términos y condiciones que decida el Estado soberano, a través de acuerdos de concesión o de leyes nacionales que determinen el acceso de extranjeros a los recursos naturales.[134] Es decir, las características expuestas de la soberanía nacional sobre los recursos naturales son análogas a las características del derecho de propiedad privada sobre los recursos naturales.[135]

Existen, sin embargo, ciertos recursos naturales que no son objeto de la soberanía nacional o territorial de un Estado sino que pueden encontrarse en alguna de estas situaciones: ser accesibles a cualquier persona o nación que quiera usarlos;[136] ser objeto de control por parte de la comunidad internacional;[137] estar sometidos a la soberanía de varios Estados nacionales; o, excepcionalmente, estar sometidos al control exclusivo de un Estado.[138] Cada una de estas situaciones da origen a reglas diferentes de derecho internacional para el acceso y uso de los recursos naturales.[139]

---

[131] Bilder, R., ob.cit. (nº123), p. 452.

[132] Barnes, R., ob. cit. (nº20), p. 223.

[133] Ver sección 2 de este capítulo.

[134] La realidad dice que muchos Estados dependen de otros Estados o de empresas multinacionales para poder usar sus recursos naturales y beneficiarse de los mismos, por lo que requieren permitir el acceso y uso de éstos a extranjeros. De ahí la necesidad de adoptar políticas de inversión extranjera y de comercio internacional que regulen esta situación.

[135] Ver sección 3.2.2. de este capítulo.

[136] Situación equivalente a la de los bienes o recursos naturales de libre acceso.

[137] Situación equivalente a la del dominio público sobre los recursos naturales.

[138] Situación análoga a la de la propiedad común.

[139] Bilder, R., ob.cit. (nº123), p. 453.

a. Reglas de acceso común a ciertos recursos naturales

Estas reglas se aplican a casos de recursos naturales que se encuentran en áreas fuera de la jurisdicción nacional. Los ejemplos clásicos de recursos que se encuentran abiertos al acceso y uso de cualquier persona o Estado son la Alta Mar y el Espacio Exterior.

La extensión de la zona marítima llamada Alta Mar se encuentra limitada por la Convemar que establece que los Estados ribereños tienen derechos soberanos para explorar, explotar y manejar recursos naturales, vivos y no vivos, en las aguas, lecho marino y subsuelo, hasta las 200 millas marinas –la Zona Económica Exclusiva–.[140] Más allá de estos límites la regla aplicable –específicamente a los recursos hidrobiológicos que se encuentran en Alta Mar– es la de "libertad de pesca".[141] Esto es, cualquier persona o Estado puede acceder a los recursos hidrobiológicos que se encuentren en dicha zona.

La existencia de esta regla de libre acceso en materia de pesca ha generado una sobreexplotación de los recursos marinos –tal como sostiene la tragedia de los comunes– lo que ha exigido la adopción de algunas reglas que limitan esta libertad. Estas disposiciones se encuentran principalmente en la Convemar,[142] pero también en otros acuerdos internacionales, tanto multilaterales como regionales. En cuanto a los primeros, se puede mencionar el Acuerdo de Nueva York de 1995 sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convemar sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorias.[143] En cuanto a los regionales, destaca para Chile el Acuerdo para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste, "Acuerdo de Galápagos".[144]

En cuanto al Espacio Exterior, en 1967 se suscribió el Tratado sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ul-

[140] Artículos 56 y 57 de la Convemar.

[141] Artículo 87, letra e) de la Convemar.

[142] Las obligaciones que impone la Convemar a los Estados en esta materia están contenidas en los artículos 116 a 120, y comprenden la obligación de respetar los intereses de los demás Estados, la de respetar los derechos respecto a actividades en la Zona (fondos marinos oceánicos) y ciertas obligaciones de conservación y manejo de recursos vivos.

[143] Este acuerdo entró en vigencia en 2001 y tiene por objeto regular la cooperación de los Estados en la adopción de medidas de conservación y gestión de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, respecto de los cuales no existe soberanía exclusiva de los Estados nacionales. Cabe señalar que Chile no ha ratificado este tratado. Ver http://www.un.org/Depts/los/reference_files/status2010.pdf (sitio *web* visitado con fecha 18 de febrero de 2014).

[144] Este acuerdo fue adoptado bajo el alero de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (CPPS) el 14 de agosto de 2000. Chile lo ratificó en agosto de 2001. Ver http://cpps.dyndns.info/cpps-docs-legal/convenios/ACUERDO%20DE%20GALAPAGOS/?dir=RATIFICACION (sitio *web* visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

traterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes.[145] De acuerdo con este instrumento internacional existe libertad para explotar y usar por todos los Estados todas las áreas de los cuerpos celestes.[146] Es decir, se consagra de la misma manera que para la Alta Mar, el libre acceso a estos recursos. Sin embargo, en 1979 se suscribe un segundo tratado –Acuerdo que debe regir las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes– que cambia el enfoque anterior y sostiene que la luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad.[147] Por lo tanto, este último tratado va más allá de la regla del "acceso común" a los recursos naturales, y dispone un régimen de control internacional para la explotación de los recursos naturales de la luna, cuando llegue a ser "viable".[148] Es decir, este tratado establece reglas de control internacional sobre estos recursos, pasando a integrar la siguiente categoría de normas.

b. Reglas de control internacional sobre recursos naturales

El establecimiento de regímenes de control internacional de recursos naturales se da –también– sobre aquellos recursos que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional. Es decir, se trata del mismo tipo de recurso al que se refieren las reglas de acceso común revisadas en el párrafo anterior. Sin embargo, aquí el enfoque es diferente ya que lo que se busca es evitar el libre acceso y establecer un sistema jurídico internacional que determine las reglas específicas para el acceso, uso y aprovechamiento de estos recursos. El principio que recoge esta aspiración es el del "Patrimonio Común de la Humanidad".[149]

El ejemplo paradigmático de recurso natural que se encuentra en esta situación es el de los recursos minerales de los fondos marinos oceánicos, o "la Zona", que de acuerdo con la Convemar constituyen patrimonio común de la humanidad.[150] Esto significa que las actividades en la Zona se deben desarrollar para el beneficio de la humanidad, con especial consideración de los intereses de los países en desarrollo. Así, se estableció un sistema de distribución equitativa de los beneficios provenientes de dichas actividades y, conjuntamente, se creó una Autoridad Internacional de los Fondos Marinos encargada de su administración. A su vez, se crea una institución llamada "la Empresa" que es la encargada de desarrollar la exploración y explotación de los recursos minerales en nom-

[145] Este tratado entró en vigencia el mismo año 1967 y cuenta con 102 partes.
Ver: http://www.unoosa.org/oosa/en/SpaceLaw/treatystatus/index.html (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[146] Artículo 1.

[147] Este tratado entró en vigencia en 1984 y cuenta con 15 partes, dentro de las cuales se encuentra Chile.
Ver: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXIV-2&chapter=24&lang=en (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[148] Artículo 11.5: "Los Estados partes en el presente Acuerdo se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna, cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser viable".

[149] Brownlie, I., ob.cit. (nº120), pp. 289-300.

[150] Artículo 136.

bre de la comunidad internacional.[151] Sin embargo, fue precisamente esta parte de la Convemar –la Parte XI– la que impidió que la Convención entrara en vigencia por más de 10 años, debido a que gran parte de los países desarrollados no estuvieron a favor de la creación de este régimen internacional. Por ello, fue necesario negociar un acuerdo modificatorio de la Parte XI que finalmente fue adoptado en 1994.[152] Este tratado modifica las reglas de producción originales que establecían límites para las actividades emprendidas por empresas privadas y también modifica las reglas de decisión de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos, dándole mayor peso a los países desarrollados.[153] De esta manera, se replantea y modifica el fondo de las disposiciones de la Parte XI que eran una expresión vinculante de las ideas del NOEI, en el que se establecía un régimen que favorecía los intereses de los países en desarrollo.

Existe otro ejemplo –quizás el más relevante en la actualidad– de recursos naturales que se encuentran sometidos a un régimen internacional de acceso y uso. Se trata de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura que consisten en una selección de material genético de origen vegetal, de valor real o potencial, para la alimentación y la agricultura, y que se consideran esenciales para la seguridad alimentaria global. Estos recursos fueron, en un comienzo (1983), objeto de un compromiso internacional, no vinculante, que los consideró "patrimonio común de la humanidad".[154] Fue recién en el año 2001 que se adoptó el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, al alero de la FAO, con el objeto de establecer un régimen jurídico internacional vinculante aplicable al acceso, uso y aprovechamiento de los mismos.[155]

El tratado de la FAO establece un "sistema multilateral de acceso" a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y, también, un sistema de distribución equitativa de sus beneficios.[156] De acuerdo con este instrumento internacional se reconoce la soberanía y control exclusivo de los Estados partes sobre los recursos fitogenéticos que se encuentran dentro de su territorio nacional –fiel a la tendencia del

---

[151] Churchill, R.R. & Lowe, A.V., *The Law Of The Sea* (Manchester University Press, 1988), pp. 177-201.

[152] Y que entró en vigor en 1996 permitiendo, a su vez, la entrada en vigencia de la Convemar ese mismo año.

[153] Artigas, C., "La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos: un nuevo espacio para el aporte del Grupo de Países Latinoamericanos y Caribeños (GRULAC)", *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* Nº6, Cepal, Santiago de Chile, 2000, p. 12. Disponible en: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/4467/lcl1318p.pdf (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[154] Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, adoptado mediante Resolución 8/83 de la 22 Conferencia de la FAO .

[155] Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, de 2001 y que entró en vigencia en 2004. Chile firmó el Tratado en 2002 pero aún no lo ratifica. Ver: http://www.planttreaty.org/es/list_of_countries (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[156] Footer, M., "Our Agricultural Heritage: Sustainability, Common Heritage and Intergenerational Equity", en Schrijver, N. & Weiss, F. (Eds.), *International Law and Sustainable Development Principles and Practice*, (Koninklijke Brill NV, The Netherlands, 2004), p. 435.

sistema económico contemporáneo– abandonando por ello el principio del "patrimonio común de la humanidad". Sin embargo, se acoge en este tratado la idea más reciente de "preocupación común" de la humanidad aplicable a ciertos recursos naturales.[157] En virtud de este sistema multilateral, los Estados limitan su soberanía y se comprometen a garantizar y facilitar el acceso a un listado de material genético establecido en un Anexo del Tratado, los que se consideran de "dominio público".[158] Este sistema multilateral permite la obtención de los recursos, sin costo, con fines de utilización y conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación. En caso que se obtenga un producto comercial utilizando estos recursos, se exige el pago de una parte equitativa de los beneficios resultantes, siempre que el producto no pueda ser utilizado sin restricción por otros para investigación y mejoramiento ulterior.[159] La transferencia de los recursos debe adquirir la forma de un "Acuerdo de Transferencia Material" que debe ser utilizado también para futuras transferencias a terceros.[160] Uno de los temas más contenciosos durante la negociación de este tratado fue el de los derechos de propiedad intelectual, ya que los recursos que se listan en el Anexo I se consideran de dominio público, con las correspondientes consecuencias en materia de propiedad intelectual.[161] Es decir, se limita la constitución de derechos de propiedad intelectual sobre los productos obtenidos y, se obliga a una repartición equitativa de los beneficios.[162]

Por lo tanto, a pesar que el tratado reconoce la soberanía de los Estados sobre estos recursos también la limita, al promover la cooperación internacional para su acceso y uso y al restringir los derechos de propiedad intelectual, todo sobre la base de que constituyen una "preocupación común" de todos los países.

c. Reglas de control compartido sobre recursos naturales comunes a dos o más Estados

Estas reglas se refieren a los recursos naturales que son comunes a dos o más Estados y se basan en que estos recursos se deben compartir de acuerdo con estándares y procedimientos equitativos y respetando la obligación de no causar daño al territorio de los demás Estados.[163] La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 1974, dispone en su artículo 3 una norma básica respecto de estos recursos:

---

[157] Cabe señalar que, sin embargo, el principio del patrimonio común se conserva respecto de ciertas colecciones *ex situ* de recursos fitogenéticos que se mantienen por un grupo selecto de centros internacionales de investigación. Ibid, p. 436.

[158] Se trata de 64 cultivos y forrajes que se consideran esenciales para la alimentación y la agricultura sustentable y que aportan aproximadamente el 80% de los alimentos que provienen de las plantas. Ver www.fao.org/ag//CGRFA (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[159] Artículo 13.2.d).

[160] Artículo 12.4.

[161] Footer, M., ob.cit. (nº156) p. 447.

[162] Artículo 12.3.

[163] Schrijver, N., ob. cit. (nº1), pp. 336-339.

> *En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa, con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros.*

Los cursos de agua internacionales son –quizás– el ejemplo más común de recursos naturales compartidos. Con el objeto de regular el acceso y uso de este recurso es que los Estados han desarrollado el principio del "uso equitativo de cursos de agua internacionales" que fue analizado en el capítulo primero de esta tesis y que sostiene que todos los Estados ribereños de un río o lago internacional tienen derecho a una parte equitativa y razonable de los usos de dichas aguas. A su vez, ninguno de ellos puede usar las aguas de manera que interfiera con los intereses legítimos de los demás Estados ribereños.[164] Existen diversas sentencias internacionales que reconocen y desarrollan este principio, tales como la del arbitraje del Lago Lanoux[165] y la de Gabcikovo/Nagymaros.[166] A su vez, el tratado internacional multilateral más relevante en esta materia es el "Acuerdo sobre Usos No Navegacionales de los Cursos de Agua Internacionales", de 1997.[167]

Otros ejemplos bastante clásicos de recursos naturales compartidos son, por un lado, el de las pesquerías que se encuentran en zonas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional de dos o más Estados –lo que ha dado lugar al establecimiento de acuerdos de manejo conjunto de pesquerías–[168] y, por el otro, el de la Antártica.[169]

---

[164] Rainee, J., "The Work of the International Law Commission on Shared Natural Resources: The Pursuit of Competence and Relevance", en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75, 2006, p. 324.

[165] Conflicto ocurrido entre Francia y España, con motivo del Lago *Lanoux*, situado en Los Pirineos. Francia inició una extracción importante de agua de dicho lago –con el objetivo de desviarlas para su utilización en generación eléctrica– lo que motivó el reclamo de España ya que se veía perjudicado en sus propios usos del agua proveniente de la cuenca del mismo Lago. Este conflicto fue sometido al Tribunal Permanente de Arbitraje, quien dicta sentencia en 1957 y reconoce que Francia se encontraba en la obligación de consultar a España y respetar sus derechos en el curso de agua. Birnie, P., et al., ob. cit. (nº117), p. 542.

[166] Caso resuelto por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 1997 a partir del conflicto surgido entre Hungría y Checoslovaquia, por el incumplimiento del primero de estos países de un tratado bilateral suscrito en 1977 con el objeto de la construcción conjunta de un sistema de represas en el río Danubio. La Corte sostuvo que Checoslovaquia, al unilateralmente asumir el control de un recurso compartido impidió que Hungría ejerciera su derecho a una parte equitativa y razonable de los recursos naturales del río Danubio (párrafo 85). Ver sentencia en www.icj-cij.org/ (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[167] Ver capítulo segundo, sección 2.5. Cabe agregar también, en cuanto al reconocimiento de este principio, a la Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 63/124, "El derecho de los acuíferos transfronterizos", de 15 de enero, 2009, que aprueba el trabajo codificador en la materia por parte de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI).

[168] Por ejemplo, la Comisión Permanente del Pacífico Sur (CPPS), organización regional a la que pertenecen Colombia, Ecuador, Perú y Chile, ha establecido diversos Convenios, Acuerdos y Protocolos con el objeto de regular la explotación y conservación de los recursos marinos de la zona, en particular de los recursos vivos marinos. Al respecto ver http://cpps-int.org (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[169] La Antártica constituye un caso interesante que podría ser analizado tanto desde la perspectiva de reglas de control internacional como de control compartido de recursos. La Antártica es un territorio sobre

d. Reglas de control exclusivo sobre recursos naturales que no se encuentran dentro del territorio de un Estado

Estas reglas se aplican a recursos naturales respecto de los cuales no se ejerce soberanía territorial –en el sentido del principio de la SPRN– pero que permiten el control exclusivo del Estado nacional ribereño. Esta situación es aplicable a los recursos naturales que se encuentran en las zonas marítimas de la Plataforma Continental y en la Zona Económica Exclusiva.[170] Es decir, se trata de recursos sobre los cuales los Estados no ejercen soberanía territorial, pero tampoco se encuentran más allá de la jurisdicción nacional. Consiste en una zona en que los Estados ribereños ejercen derechos soberanos, a explorar y explotar, conservar y administrar los recursos naturales, vivos y no vivos, que se encuentren en las aguas suprayacentes al lecho, y del lecho y subsuelo del mar.[171] Sin perjuicio de ello, el Estado ribereño debe tener debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados, de acuerdo con las reglas de la Convemar.

De la breve revisión efectuada sobre las normas del derecho internacional que regulan el acceso y uso de los recursos naturales se puede deducir que muchas de ellas constituyen restricciones a la regla general de la soberanía o control exclusivo de los Estados sobre sus recursos naturales. Estas restricciones obedecen, por regla general, al reconocimiento de los intereses que sobre dichos recursos tiene la comunidad internacional u otros Estados.

A continuación se revisarán algunos principios y reglas que dan contenido a dichas limitaciones.

---

el cual diversos países han reclamado soberanía, aun cuando ninguno de dichos reclamos ha sido universalmente aceptado. Por el contrario, se ha regulado el acceso y uso del territorio y de los recursos naturales que allí se encuentran mediante un conjunto de tratados internacionales que dan lugar al llamado "Sistema del Tratado Antártico" (adoptado en 1959 y complementado por otras convenciones posteriores). De acuerdo con este sistema –al que pertenecen actualmente 50 Estados, incluido Chile– se conserva la Antártica como Zona de Paz y se fomenta la cooperación internacional para investigación científica "en interés de toda la humanidad". Se mantienen las reclamaciones de soberanía territorial sobre la Antártica pero mientras esté vigente el Tratado no se pueden hacer valer por ningún país. Hasta la fecha no existe explotación comercial de algún recurso natural que allí se encuentre, y el sistema antártico no contempla dicha posibilidad (incluso se ha establecido una moratoria en la exploración y explotación de recursos minerales en la Antártica). Las obligaciones impuestas por estos tratados van desde el intercambio de información científica hasta la prohibición de explosiones nucleares y disposición de residuos radiactivos. Ver al respecto http://www.ats.aq/s/ats.htm (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014). También ver Bilder, R., ob.cit. (nº123) pp. 459-462. Para una perspectiva chilena del régimen antártico, ver Orrego Vicuña, F., *La Antártica y sus Recursos. Problemas Científicos, Jurídicos y Políticos*, Instituto de Estudios Internacionales de Chile (Editorial Universitaria, 1983), 398 pp.

[170] Brownlie, I., *An Inaugural Lecture. Loaves and Fishes: Access to Natural Resources and International Law* (The London School of Economics and Political Science, 1978), p. 4.

[171] Artículo 56, Convemar.

3.1.2. Limitaciones a la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales

Las reglas que limitan la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales se basan tanto en el interés público general envuelto en el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales como en la protección del medio ambiente.[172] Ambos aspectos definen el contenido de los derechos que incluye el principio de la SPRN, de la misma manera que –a nivel doméstico– ocurre respecto de los regímenes de propiedad sobre los recursos naturales.[173] A continuación se revisarán ambos tipos de reglas.

a. La obligación de no causar daño al territorio de otros Estados o a territorios que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional

Este principio constituye la primera y más clara limitación al principio de SPRN.[174] De hecho ya constituye parte fundamental del mismo, al que se le conoce como el Principio 21/2 aludiendo a los números de los principios de las Declaraciones de Estocolmo y de Río respectivamente.[175]

Este principio ha sido reconocido en numerosos casos resueltos en tribunales internacionales, tales como el arbitraje entre Canadá y EE.UU., fallado en 1941, sobre el caso *Trail Smelter*;[176] la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, de 1996;[177] o el fallo de la Corte Interna-

[172] Cabe señalar que la soberanía de los Estados se limita no sólo en virtud de la protección del medio ambiente o del interés público involucrado en el uso de ciertos recursos naturales, sino que también con el objeto de garantizar otros fines, como son por ejemplo, fines estratégicos, políticos o comerciales. Sin embargo, las limitaciones que aquí interesan son aquéllas que provienen de los fines ya mencionados en el texto.

[173] Barnes, R., ob. cit. (nº20), p. 234.

[174] Ver Sands, P., ob.cit. (nº128), pp. 235-246.

[175] Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas del mismo nombre, en la ciudad de Estoclomo, Suecia, en 1972: "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional."

Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas del mismo nombre, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, en 1992: "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional."

[176] Sands, P., ob. cit. (nº128), pp. 241-242.

[177] Ibid, pp. 310-311.

cional de Justicia en el caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay).[178]

La obligación de no causar daño restringe, sin dudas, la soberanía de los Estados en la medida que deben velar porque las actividades que realizan dentro de su territorio no causen daño a otros Estados. Sin embargo, mirado desde otro punto de vista, también se puede sostener que dicha obligación protege en realidad la soberanía de los Estados sobre su medio ambiente y recursos naturales en la medida que no se les puede causar daño por otros Estados. Es decir, desde esta perspectiva se reconoce la imposibilidad de establecer una soberanía absoluta sobre los recursos naturales dado que el medio ambiente nacional se encuentra íntimamente relacionado con el medio ambiente fuera del territorio del Estado. En cuanto a la obligación de no causar daño a los recursos naturales que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional, se puede interpretar que lo que aquí se protege son también los derechos de los demás Estados a acceder y usar los recursos naturales que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional.

b. La "preocupación común", "responsabilidad común" o "interés común" sobre los recursos naturales

Con la declinación de los principios del NOEI, el concepto de "patrimonio común de la humanidad" o *common heritage of mankind* –entendido como aquellas áreas que están sometidas a una autoridad internacional de manera que los Estados no pueden reclamar soberanía sobre ellos– fue perdiendo eficacia y contenido. Sin embargo, empiezan a surgir otros conceptos o ideas que aluden a ciertos recursos comunes a toda la humanidad y que, por lo tanto, exigen un determinado régimen internacional de los mismos, con su consiguiente restricción de la soberanía nacional.

Estos conceptos son los de "preocupación común de la humanidad" o *common concern,* "responsabilidad común" o *common responsibility* e interés común o *common interest.* Los recursos que se encuentran en estas categorías no son solamente aquéllos compartidos entre dos o más Estados (como los cursos de agua internacionales) o aquéllos que son comunes a todos los Estados (como la alta mar), sino que incluyen recursos que se encuentran sometidos a la jurisdicción nacional de un Estado, pero sobre los cuales todos los demás Estados tienen ciertos intereses (como, por ejemplo, la biodiversidad).[179] Por lo tanto, se trata de conceptos que no dicen relación con derechos que derivan de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales sino que, por el contrario, dicen relación con la existencia de obligaciones que se traducen en la adopción de medidas

[178] Juste Ruiz, J. & Bou Franch, V., "El Caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay: Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* Nº 21, España, 2011, pp. 16-18. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=295229 (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[179] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 240.

de protección y manejo sobre los recursos en cuestión. Es decir, no se trata de recursos naturales sobre los cuales los Estados tienen determinados derechos para su acceso y uso, sino que más bien se trata de ciertos recursos sobre los cuales todos los Estados tienen intereses y, por lo tanto, deben protegerlos.

Estos conceptos al ser recogidos en tratados internacionales informan las obligaciones de conservación y uso sustentable que se imponen a los Estados soberanos. El ejemplo más claro de esta situación es el de la Convención de Diversidad Biológica (CDB). En su artículo 3 reconoce el principio de la SPRN y, luego, en sus artículos 6 al 20 impone a los Estados obligaciones de conservación y uso sustentable de la biodiversidad. Es decir, la CDB limita la manera en que los recursos naturales pueden usarse por los Estados en la medida que exige que se proteja la biodiversidad como una cualidad o atributo de dichos recursos, que debe mantenerse.

En efecto, la incorporación de la diversidad biológica, como objeto de protección, modifica la estructura normativa tradicional en materia de recursos naturales que, como se vio, se basa en la existencia de reglas de control exclusivo de los recursos, de control compartido o internacional y de acceso común.[180] En cambio, en la CDB el enfoque regulatorio no está dirigido a la propiedad o soberanía sobre el recurso natural, ya que la biodiversidad no se protege a través de la conservación de un recurso específico sino que, por el contrario, se logra a través de la imposición de obligaciones para la conservación de los procesos naturales esenciales y respecto al uso de los recursos considerados como ecosistema, reconociendo los intereses y responsabilidades comunes de las generaciones presentes y futuras.[181] Lo interesante de este nuevo enfoque es que permite y exige un análisis regulatorio del acceso y uso de los recursos naturales a partir de modelos jurídicos diferentes al de la propiedad privada clásica o de la soberanía nacional sobre los recursos naturales. Tales modelos regulatorios se pueden encontrar en sistemas jurídicos como, por ejemplo, aquéllos del *stewardship* o *public trust*.[182]

c. Obligaciones procedimentales

Las obligaciones procedimentales que el derecho internacional ha incorporado en sus reglas relativas al manejo de los recursos naturales constituyen también una importante limitación al principio de la SPRN. Se trata, principalmente, de la obligación que tienen los Estados de notificar y consultar cuando van a dar un determinado uso a algún recurso, que pueda afectar los intereses y derechos de otros Estados. Dentro de esta categoría también se incluye la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental

[180] Ibid, pp. 245-246.
[181] Ibid.
[182] Ver en este mismo capítulo, la sección 3.2.3.

respecto de proyectos de inversión que puedan afectar el medio ambiente y los recursos naturales.[183]

Estas obligaciones han sido reconocidas y desarrolladas por diversas fuentes del derecho internacional. Vale la pena transcribir los principios 17, 18 y 19 de la Declaración de Río que sostienen:

> *Artículo 17: Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.*
>
> *Artículo 18: Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados. La comunidad internacional deberá hacer todo lo posible por ayudar a los Estados que resulten afectados.*
>
> *Artículo 19: Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe.*

A su vez, la mayor parte de los tratados internacionales ambientales incorporan estas obligaciones. Por ejemplo, se puede mencionar a la CDB en su artículo 14[184] y la Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 1989.[185]

---

[183] Esta obligación ya se considera parte del derecho internacional ambiental consuetudinario. Ver Birnie, P., et al., ob. cit. (nº117), pp. 164-175.

[184] El artículo 14 de la CDB impone a los Estados la obligación de establecer procedimientos de evaluación de impacto ambiental de sus proyectos que puedan tener efectos adversos importantes sobre la diversidad biológica. A su vez, señala que los Estados deben promover, con carácter recíproco, la notificación, el intercambio de información y las consultas acerca de las actividades bajo su jurisdicción o control que previsiblemente tendrían efectos adversos importantes para la diversidad biológica de otros Estados o de zonas no sujetas a jurisdicción nacional,

[185] Esta Convención tiene por objeto disminuir la generación de desechos peligrosos, restringir sus movimientos transfronterizos y establecer un sistema reglamentario aplicable a casos en que estos movimientos sean permitidos. Respecto de este último objetivo las obligaciones de comunicación e información son claves (ver artículos 10 y 13).

Por otro lado, estas obligaciones han sido reconocidas por diversos fallos internacionales tales como el del Canal de Corfú,[186] los ya mencionados del Lago Lanoux y Gabcikovo/Nagymaros[187] y el de la Celulosa del Río Uruguay.[188]

La obligación de notificar, proporcionar información y consultar es clave no solamente porque respeta los intereses de los demás Estados, sino que también porque garantiza que las consecuencias de las decisiones se conozcan mejor por quienes tienen intereses involucrados en el manejo de los recursos en cuestión.[189] Por otro lado, la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental previo al desarrollo de cualquier actividad que pueda afectar el medio ambiente constituye, sin dudas, una limitación al uso de cualquier recurso natural.

d. El principio del uso equitativo sobre los recursos naturales compartidos

Respecto al análisis del contenido de este principio ver el capítulo segundo de este trabajo, donde ya fue abordado.[190]

e. La obligación de ejercer la soberanía sobre los recursos naturales para el desarrollo nacional y el bienestar del pueblo

Es una situación bastante frecuente aquélla en que el ejercicio de la soberanía sobre los recursos naturales se realiza en beneficio de los propios gobernantes o de la élite de un país antes que de su población. Esta situación ha sido identificada por Thomas Pogge

---

[186] Conflicto entre el Reino Unido e Irlanda del Norte contra Albania, que surgió a raíz de la explosión de minas existentes en el estrecho de Corfú, provocada por el paso de dos barcos británicos en aguas albanesas, produciendo daños y pérdida de vidas humanas a Gran Bretaña. El caso fue sometido a la Corte Internacional de Justicia quien resolvió en 1949 que Albania era responsable de las explosiones y debía pagar compensación. Dentro de los fundamentos de la decisión se estableció el incumplimiento de la obligación por parte de Albania de notificar y prevenir a los barcos sobre la existencia de las minas. Louka, E., *Fairness, Efectiveness and World Order* (Cambridge University Press, 2006), p. 39.

[187] En ambos casos se discutió sobre la obligación de Francia, en el primero, y de Hungría en el segundo, de notificar y consultar a la otra parte en el conflicto. A su vez, en el caso Gabcikovo se incorporó la discusión en torno a la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental del sistema de represas. En este último aspecto la Corte señaló que se deben aplicar las normas ambientales actuales en la evaluación de los impactos ambientales de las represas, dado que se trata de una obligación continua y evolutiva de las partes de proteger la naturaleza y mantener la calidad del agua del Río Danubio (párrafo 140 de la sentencia). Ver sentencia en: www.icj-cij.org (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[188] Este conflicto se dio entre Argentina y Uruguay debido a la construcción, por parte de este último país, de una planta de celulosa en la ribera del Río Uruguay. Argentina interpuso una demanda ante la CIJ por el incumplimiento de Uruguay de las obligaciones establecidas en un tratado bilateral que regulaba el uso del río en cuestión. El fallo fue emitido en el 2010 y la Corte resolvió que Uruguay no cumplió con las obligaciones procedimentales que dicho tratado y el derecho internacional le imponían. Ver la sentencia en: www.icj-cij.org/ (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[189] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 238.

[190] Ver sección 2.5 del capítulo segundo.

como un "privilegio internacional de recursos" que empobrece y desposee a la población de un país.[191] Constituye, a su vez, una evidente injusticia tanto en la distribución equitativa de los beneficios provenientes del uso de los recursos naturales como en el desconocimiento de los derechos políticos de los pueblos que conforman un Estado.

Es así que de acuerdo con diversos autores, el ejercicio de la soberanía sobre los recursos naturales debe incluir un compromiso con el bien común.[192] Sin embargo, no existe unanimidad en torno a cómo se logra este objetivo ya que depende, en buena parte, de la titularidad de los derechos que confiere el principio de la SPRN. Algunos afirman que la única forma de velar por que se ejerza la soberanía en favor del bien común es reconociendo que la titularidad de la misma reside en el pueblo.[193] En efecto, se sostiene, si la soberanía la ejerciera exclusivamente el gobierno, no existirían garantías de que el uso de los recursos naturales beneficie a la totalidad de la población y no solamente a ciertas elites nacionales. Otros, en cambio, sostienen que la titularidad reside en el Estado, que la ejerce exclusivamente a través de los gobiernos nacionales o, en una segunda modalidad, a través del gobierno en conjunto con el pueblo.[194] Nico Schrijver adhiere a esta última posición señalando que el principio de la SPRN tiene un doble origen, por un lado el de la soberanía de los Estados y por el otro, el de la auto-determinación de los pueblos.[195]

---

[191] Pogge, T., "Qué es la Justicia Global" en *Revista de Economía Institucional,* vol. 10 Nº19, segundo semestre 2008, Colombia, p. 104.

[192] Duruigbo, E., "Permanent Sovereignty and Peoples Ownership of Natural Resources in International Law", en *George Washington International Law Review*, Vol. 38, 2006, pp. 33-100; Blanco, E. & Razzaque, J., ob. cit. (nº3), pp. 33-84.

[193] Esta afirmación se basa, entre otros argumentos, en los Pactos de Derechos Humanos de 1966, ya que ambos establecen en su artículo Nº1.2. que *"para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia".* Duruigbo, E., ob.cit. (nº192), p. 46.

[194] Esta visión también se fundamenta en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos que se evidencia, por ejemplo, en la Resolución Nº1803 de la AG de la ONU sobre el principio de la SPRN que dispone en su Nº1.1. que *"el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado".* Ibid, p. 45.

[195] Schrijver, N., ob. cit. (nº1), pp. 370-371. "*This etatist orientation in the evolution, interpretation and application of the principle of permanent sovereignty can well be understood as part of the economic and political emancipation process of developing countries, but equating peoples and states undoubtedly further strengthens the state and subordinates the rights of the people to the whims to those in power. However a recent tendency can be discerned indicating that the principle of self-determination and the rights of peoples in a non-colonial context are receiving revived attention (…) if this tendency is consolidated, the principle of permanent sovereignty will return to its two roots and the two-fold aspirations derived from these roots. This would certainly be a laudable development, as it implies that States should be instruments to serve the interests of peoples and not vice-versa*".

La idea de la existencia de una obligación consistente en lograr el bienestar del pueblo, en el ejercicio de la soberanía sobre los recursos naturales, se ve reflejada en una serie de avances experimentados por el derecho internacional en las últimas décadas.[196] Evidentemente, la existencia de una obligación exige que exista un sujeto obligado. Según Emeka Duruigbo son los Estados los que deben garantizar la utilización de los recursos naturales con este objetivo pudiendo asumir en el cumplimiento de esta obligación una posición de garantes (*trustees*) o administradores (*stewards*) de los recursos naturales que se encuentran en su territorio.[197] En el ejercicio de tal posición los Estados se encontrarían en una relación fiduciaria con los ciudadanos que deben desempeñar de buena fe.

f. La obligación de ejercer la soberanía sobre los recursos naturales respetando los derechos e intereses de los pueblos indígenas

La idea de "pueblo" expresada en el párrafo anterior engloba a toda la población de un determinado país, sin distinciones.[198] Sin embargo, muchas veces los habitantes de un país no constituyen una población homogénea sino que se componen de diversos pueblos o minorías, tales como los pueblos indígenas.

El derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado en las últimas décadas de manera tal de reconocer los derechos de estos pueblos.[199] Una manifestación de dicha evolución la constituye el Convenio 169 de la OIT que reconoce, entre otros derechos, los de los pueblos indígenas sobre tierras, territorios y recursos naturales. Se trata de derechos que no se ajustan a la estructura tradicional de los derechos humanos –que son individuales– sino que se deben ejercer y proteger colectivamente.[200]

Estos derechos son, a primera vista, similares a los que se confieren al Estado a través del principio de la SPRN. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre el Estado y los pueblos indígenas: estos últimos, como tales, no han constituido –hasta ahora– un sujeto de derecho internacional.[201] En efecto, tradicionalmente se consideró que la relación de los Estados con los pueblos indígenas que se encontraban dentro de su territorio era materia del derecho interno de un país. Sin embargo, la evolución experimentada por el derecho internacional en la materia permite sostener que en la actualidad este tipo de relación es "relevante" a nivel de derecho internacional[202] en la medida que los

---

[196] Ver Ibid, pp. 306-364.

[197] Duruigbo, E., ob.cit. (nº192), pp. 65-67.

[198] Ibid, p. 52.

[199] Anaya, J., *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford University Press, Second Edition, 2004), 408 pp.

[200] Ibid, p. 55.

[201] Efectivamente, hasta la fecha ningún tratado internacional ha consagrado el derecho a la auto-determinación de los pueblos indígenas como tales. Schrijver, N., ob.cit. (nº1), pp. 318-319.

[202] Ver la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General en 2007 (Resolución 61/295), que establece que "los derechos afirmados en los

Estados pueden ser considerados responsables por el incumplimiento de su obligación de respetar los derechos e intereses de los pueblos indígenas.[203]

Los principios y reglas que se han identificado en esta sección, como limitaciones a la soberanía estatal sobre los recursos naturales, constituyen normas que definen los derechos de acceso, uso y aprovechamiento de los mismos. Dentro de sus fundamentos se pueden encontrar aquellos elementos que fueron analizados en el capítulo primero como constitutivos de las diversas dimensiones de la Justicia Ambiental.[204]

3.2. Propiedad y Recursos Naturales

Esta sección, como ya se adelantó, tiene por objeto analizar el contenido y características de la propiedad sobre los recursos naturales y, en particular, analizar los derechos relacionados con el acceso, uso y aprovechamiento de los mismos. Para ello se hará referencia –en términos generales– a dos tradiciones jurídicas que forman la base de los sistemas jurídicos occidentales: el derecho anglosajón o *common law* y el derecho continental.

Previamente, sin embargo, se abordarán los principales fundamentos que se han postulado para justificar la propiedad, en particular en lo que dice relación con los recursos naturales. Y, luego, se procederá al análisis de los tipos de propiedad sobre tales recursos y algunas posibles limitaciones.

3.2.1. Las teorías justificatorias de la propiedad sobre los recursos naturales

Esta parte del capítulo tiene por objeto referirse, en lo que dice relación con la propiedad sobre los recursos naturales, a las diversas teorías y fundamentos que pretenden justificar la existencia de la institución jurídica de la propiedad, en particular de la propiedad privada. La relevancia de estas teorías no se encuentra solamente en dicha justificación sino en que –también– tales fundamentos determinan el contenido y alcance específico de los derechos sobre los recursos naturales que derivan de la propiedad.[205]

Los autores que aquí se han revisado clasifican estas teorías de distintas maneras. Por ejemplo, Frank Michelman distingue entre teorías basadas en el mérito individual, en

---

tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacional".

[203] Por ejemplo, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001); Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005); Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006); Caso pueblo Saramaka vs. Surinam (2007); Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010). Ver sentencias en http://www.corteidh.or.cr/ (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[204] Se volverá sobre esta idea en el capítulo quinto de este trabajo.

[205] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 30.

la función social o en la utilidad;[206] Carol Rose identifica tres grupos distintos, las teorías positivistas, las utilitarias y las críticas;[207] Carl Circo divide las teorías justificatorias entre teorías tradicionales, económicas y alternativas;[208] Watson-Hamilton y Bankes señalan la existencia de teorías tradicionales, relacionales, libertarias y pluralistas;[209] y, por último, como distingue Richard Barnes, existen teorías que ven a la propiedad como un derecho natural, como una expresión esencial de la libertad, como una institución que persigue la utilidad o, también, desde enfoques económicos y pluralistas de la propiedad.[210] Todas estas clasificaciones identifican –con mayor o menor énfasis– las mismas y principales justificaciones de la propiedad sobre los recursos naturales, aun cuando cabe señalar que algunos autores agregan nuevos enfoques al análisis. Para efectos de este trabajo se distinguirán las siguientes teorías: clásicas, económicas, alternativas y pluralistas.

Las teorías clásicas de la propiedad en general buscan justificar la institución de la propiedad privada como un derecho individual, cuyo objetivo consiste en establecer un límite a los derechos del Estado sobre los bienes y las personas. Quizás la más conocida sea la teoría planteada por John Locke que consiste en que cada persona tiene derecho a la propiedad de lo que produce con su trabajo, derecho que sería previo a la creación del Estado, es decir, se trataría de un derecho natural.[211] Según Locke todas las personas son dueñas de su cuerpo de manera que –concluye– también son dueñas del producto de su trabajo y de los bienes a los que éste se suma, dado que es el trabajo el que da valor a los bienes y mejora la vida humana. Esta visión de la propiedad, en el fondo, se basa en la convicción de la necesidad de promover el emprendimiento individual como base de la sociedad.[212] Sin embargo, esta suposición ha sido criticada específicamente en lo que dice relación con la propiedad sobre la tierra (y los recursos naturales) ya que –se sostiene– el hecho de trabajar la tierra no sería suficiente argumento para adquirir además del producto del trabajo el dominio sobre la tierra misma.[213] Cabe señalar que Locke también sostiene, que lo que cada persona puede adquirir es aquello que necesita y que usa antes que se deteriore y sólo en la medida que existan bienes suficientes y de la misma calidad para los demás. Por lo tanto, la concepción de Locke de la propiedad

---

[206] Michelman, F., "Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law" en *Harvard Law Review,* Vol. 80, 1966-1967, pp. 1202-1213.

[207] Rose, C., "Canon of Property Talk or Blackstone's Anxiety" en *Yale Law Journal*, Volumen 108, 1998-1999, pp. 601-632.

[208] Circo, C., *Does Sustainability Require a New Theory of Property Rights?*, disponible en http://ssrn.com/abstract=1343228 (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[209] Watson-Hamilton, J. & Bankes, N., ob.cit. (nº32), pp. 46-52.

[210] Barnes, R., ob.cit. (nº20), pp. 29-61.

[211] Ver Barnes, R., ob.cit. (nº20), pp. 30-36; Circo, C., ob.cit. (nº208), pp. 12-17; y Watson-Hamilton, J. & Bankes, N., ob.cit. (nº32), pp. 47-50.

[212] Cohen, M, "Property and Sovereignty", en *Cornell Law Quarterly,* Volumen 13, 1927-1928, p. 17.

[213] Robert Nozick es citado como un crítico de esta idea de Locke por Watson-Hamilton, J. & Bankes, N., ob.cit. (nº32), p. 48.

sobre los recursos naturales incluye también una obligación con el resto de la humanidad en cuanto al acceso y uso de dichos recursos.

Otra teoría clásica es aquélla que considera el mérito individual como justificación de la propiedad.[214] Es decir, se trata de un postulado ético que afirma que la propiedad es deseable porque bajo su régimen los individuos pueden obtener y mantener lo que les corresponde moralmente por sus acciones. Se trata de una teoría similar a la de Locke pero en la que es el mérito –más que el trabajo– el factor principal para adquirir la propiedad.

Ambas teorías –la del trabajo y la del mérito– son relevantes en relación con la propiedad sobre los recursos naturales. En efecto, aun cuando muchas veces se olvide, la propiedad –según estas teorías– no se justifica respecto de bienes que no serán usados o aprovechados, por lo que permiten el establecimiento de límites a la acumulación de la propiedad.[215]

Una tercera teoría que se puede incluir dentro de esta categoría es aquélla que justifica la propiedad sobre un bien mediante el título de su ocupación o primera posesión.[216] Esta es la teoría en la que se fundamentan los clásicos ejemplos de la adquisición de un tesoro o de fauna silvestre por parte del que lo descubre o captura, respectivamente.[217] Se trata de una teoría esencialmente individualista, que justifica la adquisición de la propiedad sobre los recursos naturales en la pretensión de una persona de haber sometido el recurso a su dominio particular.[218]

Por último, existe dentro de esta misma categoría, una teoría libertaria de la propiedad que enfatiza la autonomía individual como justificación de la propiedad en la medida que –sostiene– mediante el reconocimiento de la propiedad privada se adquiere el derecho a evitar interferencias externas en un cierto ámbito interno, definido precisamente por la propiedad.[219] Es, por lo tanto, la propiedad la que da a las personas independencia material la que, a su vez, facilita la independencia política y moral.[220] Esta teoría ha sido criticada por Jeremy Waldron puesto que no explicaría porqué sólo la propiedad privada es la que facilita la libertad dado que –según este autor– existirían otros méto-

---

[214] Michelman, F., ob.cit. (nº206), pp. 1203-1204.

[215] "*The notion that allocations of property should not result in waste or spoilage and that significant accumulations of property may be limited have a particular resonance for the use of important natural resources*". Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 36.

[216] Ver Rose, C., "Possesion as the Origin of Property", en *University of Chicago Law Review*, Vol. 52, 1985, pp. 73-88.

[217] Estos ejemplos están contemplados en el Código Civil chileno, en el Título IV sobre la Ocupación como modo de adquirir el dominio.

[218] El valor de esta teoría radica más bien en el reconocimiento del principio más general consistente en que la protección de la posesión como tal es un objetivo socialmente deseable puesto que confiere seguridad y certeza en las relaciones sociales. Ver Cohen, M., ob.cit. (nº212), p. 15.

[219] Watson-Hamilton, J. & Bankes, N., ob.cit. (nº32), pp. 51-52.

[220] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 37.

dos igualmente efectivos de asignación de los recursos materiales necesarios para la independencia individual.[221] Por otro lado, Morris Cohen sostiene que un sistema de propiedad privada, a la larga, produce el efecto contrario ya que restringe la libertad individual en la medida que no garantiza un mínimo material para la subsistencia o las herramientas necesarias para la libertad de todos.[222]

Como se ve, estas teorías clásicas se basan en un concepto de propiedad privada individual que constituye la base de muchos ordenamientos jurídicos occidentales. De acuerdo con este enfoque, los derechos de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales son derechos de exclusividad desde una perspectiva individual.

Por otro lado, una justificación económica de la propiedad sobre los recursos naturales es aquella que sostiene que a través de la propiedad de los mismos se promueve el máximo de productividad posible en una sociedad.[223] Expresión paradigmática de esta justificación es la teoría utilitarista que explica la propiedad en la maximización del bienestar humano, en la medida que dicha institución asegura las expectativas de las personas en el tiempo respecto a sus posesiones.[224] Lo fundamental de esta teoría es que la institución de la propiedad confiere seguridad a las personas en sus expectativas futuras. Las críticas a estas justificaciones utilitaristas provienen fundamentalmente de los teóricos de la justicia que sostienen que la aplicación del principio de la utilidad puede resultar en una distribución inequitativa de la riqueza y los recursos.[225]

Las teorías utilitaristas han evolucionado con el tiempo hacia un enfoque económico en la medida que pretenden medir científicamente la maximización del bienestar mediante la ordenación de las preferencias individuales y la disponibilidad a pagar por ellas.[226] El objetivo de la justificación económica de la propiedad es garantizar su eficiencia, basándose para ello en un análisis costo-beneficio.[227] Richard Posner –uno de los autores más relevantes en el análisis del derecho desde un enfoque económico, teoría que surge

---

[221] Citado por Ibid.

[222] Cohen, M. ob.cit. (nº212), pp. 18-19. "*A government which limits the right of large land-holders limits the right of property and yet may promote real freedom*".

[223] Ibid, p. 19.

[224] Por ejemplo, Aristóteles en su obra "La Política" sostuvo que la propiedad privada era necesaria para evitar el conflicto entre usuarios de un bien común y para asegurar que la producción del recurso fuera maximizada. Por su parte, Hume en su "Tratado de la Naturaleza Humana" justificaba la propiedad debido a que ésta aseguraba las expectativas humanas en el tiempo. Bentham, a su vez, consideraba que cualquier acción que aumentara la felicidad de la comunidad era consistente con el principio de la utilidad. La felicidad, según este autor, se encontraba determinada principalmente por la seguridad de las expectativas futuras. Autores citados por Ibid, p.39.

[225] Ibid, p. 41.

[226] Circo, C., ob.cit. (nº208), pp. 18-19.

[227] Se ha criticado este método puesto que no considera en el análisis a los impactos ambientales ni permite establecer el valor real de los recursos naturales en la medida que éstos tienen un componente esencialmente no económico. Ibid.

en Estados Unidos a partir de la década de los 60 del s. XX– justifica la propiedad de la siguiente manera: "la protección jurídica de los derechos de propiedad privada crea incentivos para explotar los recursos de la manera más eficiente".[228] Esta teoría económica del derecho de propiedad –y sus derivaciones– ha sido la más influyente en el desarrollo y estado actual de la doctrina anglosajona sobre la propiedad, llegando a modificar el concepto de este derecho desde un derecho real, que se ejerce sobre una cosa, hasta un derecho que consiste en un listado de usos distintos, que se determinan e identifican contractualmente –la llamada teoría del *"bundle of rights",*[229] a la que se hace referencia más adelante–.[230]

En cuanto a las teorías que los autores identifican como alternativas, se caracterizan porque definen los derechos de propiedad dentro del contexto de una relación interdependiente, ya sea entre el individuo y la propiedad o entre el individuo y la sociedad.[231] La primera de ellas justifica la propiedad como una institución que define la personalidad individual *(personhood theory)* y proviene de la idea de Hegel consistente en que la identidad de una persona se define a través del proceso de apropiación y control de cosas o bienes externos.[232] Una autora contemporánea que desarrolla la justificación de la propiedad a partir de esta idea es Margaret Radin quien distingue entre relaciones fuertes y débiles de los individuos con la propiedad, debiendo protegerse más intensamente el primer tipo de relación ya que es ésta la relación que define el concepto de la persona sobre sí misma. La relación débil con la propiedad, en cambio, se refiere a bienes de características fungibles, de manera que tal relación no es decisiva para la personalidad.[233] Esta teoría permite explicar, por ejemplo, la relevancia del reconocimiento de los derechos de los pescadores artesanales sobre las pesquerías o de ciertas comunidades agrícolas sobre las semillas que utilizan.

Por el otro lado, la teoría que justifica a la propiedad como una relación entre el titular del dominio y la sociedad, centra su análisis en la justicia social.[234] Esta teoría busca construir una institución de la propiedad que derive de un entendimiento común sobre la justicia social, especialmente en su dimensión distributiva.[235] Las ideas de Rawls so-

---

[228] Posner, R., *Análisis Económico del Derecho* (Fondo de Cultura Económica, México, 1998), p. 38.

[229] Merrill, T. & Smith, H., "What happened to Property in Law and Economics?", en *The Yale Law Journal,* Volumen 111, 2001, pp. 357-398. De acuerdo con estos autores, la evolución conceptual que sufre el derecho de propiedad a partir de esta teoría, deriva de una sociedad moderna y desarrollada que ya no está tan preocupada por garantizar el orden social –en la medida que ya estaría resuelto– sino que busca más bien lograr la maximización del bienestar, siguiendo lo planteado por los utilitaristas.

[230] Ver sección 3.2.2. de este capítulo.

[231] Circo, C, ob.cit. (nº208), pp. 29-35.

[232] Citado por Watson-Hamilton, J. & Bankes, N., ob.cit. (nº32), p. 50.

[233] Ver Radin, M., "Property and Personhood", en *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1981-1982, pp. 957-1015.

[234] Circo, C., ob.cit. (nº208), pp. 30-31.

[235] Un autor que es citado ampliamente por sus ideas redistributivas de la propiedad es el francés Pierre-Joseph Proudhon quien célebremente definió la propiedad como "un robo". Para este autor la justificación

bre la justicia ayudaron al desarrollo de esta teoría de la propiedad que critica aquéllas que justifican una protección fuerte de los derechos de propiedad privada. Su postulado principal es que la propiedad conlleva obligaciones para el titular, que limitan su derecho de propiedad. La característica principal de estas obligaciones es que deben ser justas. Lo importante, por lo tanto, es que se establezcan las relaciones correctas entre el titular del dominio y el resto de la sociedad.[236] Por ejemplo, este enfoque de la propiedad sobre los recursos naturales permite justificar el establecimiento de límites o cuotas en el acceso a ciertos recursos naturales con el objeto de evitar la concentración de los mismos en pocos titulares.

Vinculada a esta última teoría surge aquélla que justifica la propiedad como una institución que existe para asignar a cada persona o entidad aquello que es "apropiado" o adecuado (*property as propriety*).[237] 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.[238] Es decir, se trata de una teoría que postula un determinado orden social como el correcto o adecuado.[239] Manifestaciones de esta teoría son la doctrina del *public trust* en Estados Unidos y las nociones contemporáneas del *stewardship*. [240]

En este trabajo se agrega como teoría alternativa aquélla que justifica a la propiedad desde un enfoque ambientalista (*green property*).[241] Frazier describe este enfoque como uno basado en la interdependencia ecológica, que sirve de base para definir la responsabilidad que existe hacia la sociedad por parte de los titulares de la propiedad. Según esta teoría, esta responsabilidad social no se logra mediante mecanismos de mercado sino que se requiere de regulaciones que se fijen colectivamente a través del go-

---

de la propiedad debe hacerse con argumentos de equidad de manera que los derechos de propiedad deben asignarse equitativamente entre todos los individuos. Ver Raymond, L., *Private Rights in Public Resources. Equity and Property Allocation in Market-Based Environmental Policy* (Resources for the Future, Washington DC, 2003), p. 47.

[236] Ver Singer, J.W., "The Ownership Society and Takings of Property: Castles, Investments and Just Obligations", en *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 30, 2006, pp. 309-338; y Carpenter, K., "Real Property and Peoplehood", en *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 27, 2008, pp. 313-395.

[237] Barnes, R., ob.cit. (nº20), pp. 49-55.

[238] Carol Rose se refiere a estas teorías como "comunitarias". Sin perjuicio de considerarlas correctas –en la medida que llaman la atención sobre el carácter relacional y social de la propiedad– sostiene que se equivocan al enfatizar casi exclusivamente su regulación formal y estatal. En efecto, según esta autora la propiedad formal no se hace cargo de muchas situaciones en las que las regulaciones son informales y obedecen a acuerdos de un grupo en particular. Ver Rose, C., *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory and Rhetoric of Ownership* (Westview Press, 1994), pp. 3-4.

[239] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p.52

[240] El contenido de estas doctrinas se analizará más adelante en la sección 3.2.3 de este capítulo.

[241] Frazier, T., "The Green Alternative to Classical Liberal Property Theory", en *Vermont Law Review*, Vol. 20, 1995-1996, pp. 318 y sgtes.

bierno.[242] De acuerdo con Frazier esta teoría ofrece una respuesta a la pregunta respecto al rol del derecho de propiedad en la solución de los problemas ambientales actuales. En efecto, la propiedad "verde" permitiría encontrar un balance sustentable entre los seres humanos y su medio ambiente al reflejar la necesidad de proteger la integridad de las comunidades territoriales en la tensión existente entre la autonomía individual y los intereses comunitarios.[243]

Por último, las teorías pluralistas de la propiedad postulan que no existe una sola y única justificación de la propiedad sino que ésta sólo puede entenderse correctamente si se hace referencia conjuntamente a una serie de fundamentos independientes y esenciales.[244] De acuerdo con los autores que adhieren a este enfoque, la justificación de la propiedad debe incluir varios de los fundamentos postulados por las otras teorías, pero sin darle prioridad a ninguno. Por ejemplo, Stephen Munzer argumenta que la propiedad se puede justificar en base a tres fundamentos diferentes: utilidad y eficiencia; justicia y equidad; y trabajo y mérito.[245] Sin perjuicio de lo interesante que resulta una teoría ecléctica como esta, plantea también algunos problemas como, por ejemplo, su posible falta de coherencia interna.[246] Efectivamente, se sostiene que en estos casos será necesario contar con un mecanismo para coordinar los diferentes fundamentos de manera que los resultados –es decir, los derechos específicos– que se obtengan mediante estas teorías sean compatibles con su justificación general.[247]

Carol Rose postula también una teoría pluralista de la propiedad al incorporar –en su análisis sobre la justificación de esta institución– junto al enfoque de la propiedad como un derecho individual la necesidad de cuestionar la exclusividad que confiere el dominio, de manera de dar lugar a redistribuciones y cambios en la asignación de los derechos. Así, sostiene: "los derechos de propiedad siempre han implicado una superposición de reivindicaciones sociales junto con las individuales, al igual que siempre han mezclado la estabilidad con el cambio en el tiempo. Los regímenes de propiedad siempre se componen de algunos derechos individuales, mezclados con algunos derechos compartidos con socios o vecinos, mezclados con aún más derechos que se comparten con una comunidad más amplia, todos ellos ejercidos en relaciones relativamente estables, pero que

---

[242] Estas regulaciones –sostiene Frazier– reflejarán una visión más equitativa de la responsabilidad social si en su definición participan todos los ciudadanos que serán afectados por ella. La participación efectiva, a su vez, minimizaría el riesgo de violencia. De esta manera, los pilares de la teoría son cuatro: la ecología, la responsabilidad social, la participación ciudadana y la no-violencia. Ibid, p. 318.

[243] "*The role of property law in the effort to find a sustainable balance between humans and their environment is to reflect the need to protect the integrity of land communities in the tension between individual autonomy and community interests*". Ibid, pp. 319-320.

[244] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 55.

[245] Citado por Watson-Hamilton, J. & Bankes, N., ob.cit. (nº32), p. 52.

[246] Ibid.

[247] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 57.

sin embargo, cambian y se renegocian sutilmente."[248] De aquí se puede concluir que las características de la propiedad, y en particular aquélla sobre los recursos naturales, son el resultado de una evolución cultural.

Es precisamente el reconocimiento de la necesaria flexibilidad de los regímenes de propiedad lo que permite sostener que, más que perseguir ideológicamente la abolición de uno u otro sistema, se debe analizar cuáles son los contornos precisos de los derechos que confiere la propiedad y cuáles los límites que incorpora en su ejercicio. A ello se dedica la siguiente sección de este capítulo.

3.2.2. Tipos de propiedad sobre los recursos naturales

Tradicionalmente, en los distintos sistemas jurídicos, se pueden distinguir dos tipos de propiedad sobre los recursos naturales: la privada y la pública. El alcance y desarrollo de cada uno de estos modelos será diferente según la tradición jurídica de que se trate. Así, en el sistema anglosajón la propiedad como institución se refiere fundamentalmente a la propiedad privada, en cambio, en el derecho continental, se distingue claramente entre propiedad privada y dominio público dentro de una misma institución jurídica. El contenido de esta sección del capítulo se referirá fundamentalmente al derecho continental, en la medida que nuestro sistema jurídico deriva de éste, sin perjuicio que se abordarán brevemente algunos aspectos fundamentales de la propiedad en el sistema jurídico anglosajón, con el objeto de generar una comparación que permita ilustrar de mejor manera algunos planteamientos de este capítulo.

En el *common law* la propiedad se entiende desde dos enfoques jurídicos diferentes.[249] El primero sostiene que la propiedad consiste en un derecho de exclusividad sobre un bien, o dicho de otro modo, en el derecho a excluir al resto de las personas del bien sobre el que se ejerce la propiedad.[250] Esta concepción de la propiedad privada es coetá-

---

[248] Traducción propia de: *"Property rights have always overlapped social claims with individual ones, just as they have always mixed stability with change over time. Property regimes always consist of some individual rights, mixed with some rights shared with nearby associates or neighbors, mixed with still more rights shared with a larger community, all held in relatively stable but nevertheless changing and subtly renegotiated relationships".* Rose, C., "Canon of Property Talk…", ob.cit. (nº207), p. 631.

[249] Estos enfoques se refieren principalmente a la propiedad privada. Cabe señalar que la palabra *"property"* también se utiliza en el sistema del *common law* para referirse a la cosa que es objeto del derecho de propiedad. Hardy, E.R., *Mozley & Whitely's Law Dictionary* (Butterworths, Onceava Edición, UK, 1993), p. 213.

[250] La definición más conocida de la propiedad como exclusión, en el derecho anglosajón, proviene del jurista William Blackstone que señala: *"There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe."* Definición transcrita por Rose, C., "Canon of Property Talk…", ob. Cit. (nº207), p. 601. En el trabajo de Carol Rose que aquí se cita, la autora elabora algunos aspectos clave de su propio planteamiento sobre la propiedad. A partir de un análisis y cuestionamiento de lo que Blackstone sostiene en su

nea al proceso de cerramiento o *"enclosure"* de las tierras comunes ocurrido en Inglaterra en los siglos XVIII y XIX y, por lo tanto, no es de extrañar que se focalice en el poder de excluir a los demás, incluida la Corona, de la propiedad sobre los recursos naturales.[251] Se trata de un enfoque más cercano, como se verá, a la concepción del sistema jurídico continental que considera el derecho de propiedad como un derecho real, es decir, como un derecho que se ejerce sobre una cosa sin respecto a determinada persona. El segundo enfoque –que es el que ha primado en las últimas décadas en el derecho anglosajón[252]– en cambio, define a la propiedad como un conjunto de derechos que el titular ejerce con respecto a los demás –*"a bundle of rights"*–. Es decir, se trata de una serie de derechos o "incidentes" que definen a la propiedad y pueden ser separados o agrupados de distinta manera dependiendo de la situación específica en que se aplica tal derecho.[253] Esta última definición adopta entonces una visión de la propiedad como una institución compleja de relaciones normativas, entre distintas personas, que incluye tanto derechos como obligaciones que pueden cambiar de acuerdo con el contexto.[254] Sin embargo, algunos postulan que hay ciertos incidentes que se encuentran siempre presentes en una relación de propiedad privada sobre los recursos naturales y estos son, al menos, los siguientes: el derecho al uso y goce; el derecho a excluir; y el derecho a la disposición o enajenación –esta es la llamada "tríada liberal de la propiedad"–.[255]

---

obra, Rose distingue dos elementos esenciales a los que llama el "Axioma de la Exclusividad" y la "Ansiedad de la Propiedad". El primero se refiere a la definición que hace Blackstone de la propiedad como exclusión, que se basa en la aceptación del *status quo* de la distribución de la propiedad existente en la sociedad. Esta característica –según Rose– lleva al segundo elemento, que consiste precisamente en el cuestionamiento y justificación de tal distribución.

[251] Raff, M., "Environmental Obligations and the Western Liberal Property Concept" en *Melbourne University Law Review*, Vol. 22, 1998, p. 665.

[252] Merrill, T. & Smith, H., ob. cit. (nº229), p. 359.

[253] Ver Penner, J.E., "The Bundle of Rights Picture of Property", en *UCLA Law Review*, Vol. 43, 1995-1996, pp. 711-820.

[254] La enumeración más comprensiva del conjunto de derechos y reglas que engloba la propiedad privada la ha propuesto A.M. Honoré (en su trabajo seminal "Ownership" publicado en A.G. Guest (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford University Press, 1961)). La mayoría de los autores que trabajan sobre este enfoque se basan en dicha enumeración –y en dicha publicación– para incluir o excluir los derechos que comprendería la propiedad privada. La enumeración incluye los siguientes derechos y obligaciones: la posesión; el uso; la administración (esto es, determinar la base sobre la cual el bien puede ser utilizado por otro, en caso que así se autorice); el derecho a la renta que proviene del uso de un bien; el derecho al valor de capital del bien; el poder de transferir o transmitir el bien; seguridad frente a la expropiación del bien; la ausencia de plazo en la posesión de cualquiera de estos derechos; la prohibición de un uso dañoso del bien; la responsabilidad en caso de la ejecución sobre el bien por deudas u obligaciones del titular; el incidente de la residuaridad, es decir, que cuando los derechos de otros sobre el bien se terminen, esos derechos deben volver al titular de la propiedad. Waldron, J., "What is Private Property?", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 5, 1985, p. 336.

[255] Entre los autores que apoyan esta tesis se menciona a aquellos que representan un enfoque "neoconservador" de la propiedad, como Richard Epstein. Al respecto, ver Radin, M., *Reinterpreting Property* (The University of Chicago Press, 1993), pp.121 y ss. En la tríada mencionada se agrega por estos autores el "derecho a excluir", que no figuraba dentro de la lista de incidentes elaborada por Honoré. Se ha propuesto que el contenido del derecho a "excluir" implique, antes que una exclusión de otros usuarios sobre el bien,

En el derecho continental o europeo –conocido por los anglosajones como el *civil law system*– el derecho de propiedad sigue concibiéndose como un derecho real, que se ejerce sobre una cosa y se opone a todo el mundo, de manera universal.[256] Además, tal como ya se indicó, se distingue claramente entre la propiedad privada y el dominio público sobre los recursos naturales. Según Díez-Picazo existe una línea de separación muy clara entre "lo que los códigos llaman el dominio público, es decir, aquellos recursos naturales que la colectividad retiene para sí y cuya explotación debe realizarse cuando menos bajo control social o en virtud de relaciones jurídico-administrativas de concesión, y aquellos otros bienes en que la explotación económica se deja en principio a la iniciativa privada y al arbitrio individual".[257]

La propiedad privada –garantizada generalmente como un derecho constitucional–[258] es definida por las legislaciones europeas continentales como un derecho a gozar y disponer de los bienes sin más limitaciones que las establecidas por las leyes.[259] Lo anterior permite concluir que se trata de un derecho subjetivo con el que coexisten cargas y obligaciones legales. Esta concepción de la propiedad privada ha ido evolucionando en la actualidad hacia la tesis consistente en la "pluralidad" de propiedades o de los estatutos de propiedad, que sostiene que no hay "una" propiedad, sino que existen distintos tipos de propiedad, todas especiales, cada una con su propio y específico regímen jurídico.[260]

Por su parte, el dominio público –cuya elaboración teórica tiene su origen en la doctrina francesa– obedece a dos concepciones diferentes: la patrimonialista y la funcionalista.[261] La primera apoya la idea de una propiedad pública sobre los bienes que componen el

---

el derecho exclusivo del dueño del recurso a definir los usos que se le darán al bien. Al respecto ver Katz, L., "Exclusion and Exclusivity in Property Law", en *University of Toronto Law Journal,* Volumen 58, pp. 275-315.

[256] Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A., *Tratado de los Derechos Reales. Bienes. Tomo I* (Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, 1997), pp. 35-40.

[257] Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión* (Thomson Civitas, Quinta Edición, 2008), p. 54.

[258] Ver, por ejemplo, el artículo 33 de la Constitución Española de 1978 que señala: 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia; 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes; 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

[259] Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial…* ob.cit. (nº257), p. 57.

[260] Ibid, p. 58. Esta teoría ha sido recogida recientemente por el Tribunal Constitucional chileno en su sentencia Rol Nº 1298-2009, considerando 44, que sostiene lo siguiente: *"La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad "en sus diversas especies". No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure. De hecho, el propio constituyente se refiere a algunas de ellas: la minera (artículo 19 Nº 24º), la que recae en los derechos de agua (artículo 19 Nº 24º), la intelectual y artística (artículo 19 Nº 25º), la que recae sobre los bienes que deben pertenecer a la Nación toda (artículo 19 Nº 23º). No existe, entonces, una propiedad general y propiedades especiales; existen sólo propiedades distintas, con estatutos propios. La Constitución garantiza el derecho de propiedad, cualquiera fuera éste".*

[261] Vergara Blanco, A., "La Teoría del Dominio Público: El Estado de la Cuestión", en *Revista de Derecho Público,* Vol. I, Nº114, Enero-Marzo, Madrid, 1989, pp. 27-58.

dominio público.[262] La segunda, en cambio, explica el dominio público como un título de intervención que permite a la Administración regular la conducta de los usuarios de ciertos bienes.[263] Es decir, de acuerdo con la primera concepción se trata propiamente de un derecho de propiedad, aunque con características especiales que lo diferencian del derecho de propiedad privada (por ejemplo, la inalienabilidad e imprescriptibilidad), pero que implica que la Administración ejerce un derecho de propiedad sobre ciertos bienes que están destinados a un uso público o servicio público. La concepción funcionalista, por el contrario, sostiene que el dominio público antes que un conjunto de bienes consiste en ciertas potestades administrativas que permiten al Estado intervenir para cumplir con sus funciones públicas.[264]

Sin perjuicio de las diferencias entre sistemas jurídicos y entre propiedad privada o pública, la propiedad cumple siempre una misma función en lo que dice relación con los recursos naturales. Constituye el modelo institucional que determina las reglas para la asignación y distribución de la riqueza proveniente de los usos alternativos de tales recursos. Por lo tanto, la distribución de los beneficios ambientales que provee la naturaleza depende –principalmente– de las reglas que configuran la estructura de la propiedad sobre los recursos naturales. El contenido de tales reglas será lo que defina el alcance y los límites del acceso, uso y aprovechamiento de dichos recursos dentro de una sociedad. Es por ello que la titularidad –pública o privada– de los recursos naturales es un antecedente relevante para analizar la manifestación de la Justicia Ambiental en el ordenamiento jurídico.

A continuación se distinguirá entre propiedad privada y dominio público para analizar las principales características y contenidos que estas instituciones presentan en materia de acceso, uso y aprovechamiento de recursos naturales. Con posterioridad, se hará referencia a algunas teorías jurídicas que han pretendido delimitar el alcance de los derechos derivados del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, ya sean de titularidad pública o privada. Cabe señalar que la regla general en las sociedades occidentales es la co-existencia de sistemas de propiedad privada y pública respecto de los recursos naturales. Sin embargo, esto no impide que los ordenamientos jurídicos se organicen fundamentalmente en torno a un tipo de propiedad.

a. El derecho de propiedad privada sobre los recursos naturales

Sin la intención de profundizar en el análisis de la propiedad privada como institución jurídica, sino que simplemente de identificar cuáles son las características principales de este modelo institucional sobre los recursos naturales, se plantea a continuación el

---

[262] Bermúdez, J., *Derecho Administrativo General*…ob.cit. (nº26), p. 558.

[263] Ibid, p. 559.

[264] Vergara Blanco, A.,"La Teoría del Dominio Público…" ob.cit. (nº261), p. 56.

contenido de los derechos de acceso, uso y aprovechamiento desde la perspectiva de este tipo de propiedad.

Para empezar, cabe referirse a una explicación sencilla del contenido principal de la propiedad privada que da el británico Jeremy Waldron. De acuerdo con este autor, la propiedad privada sobre un recurso material se puede explicar a través de una idea abstracta y simple: la de relacionar un bien determinado con el nombre de un individuo, los que se encuentran bajo el amparo de una regla que sostiene que la sociedad reconocerá la voluntad del individuo como la decisión final respecto de lo que se debe hacer con dicho bien.[265] Es decir, la propiedad privada sobre un recurso natural se caracteriza porque las decisiones sobre su acceso, uso y aprovechamiento dependen del individuo (sea persona natural o jurídica) que es su titular. Este concepto general es la base que, según Waldron, permite distinguir la existencia de un sistema de propiedad privada. Sin embargo, tal sistema de propiedad puede expresarse de diversas maneras, mediante el establecimiento de reglas que obedecen a diferentes concepciones de la misma en las distintas sociedades y/o épocas.[266] Es decir, un sistema de propiedad privada puede no incorporar o puede limitar ciertos derechos sin por ello renunciar a los fundamentos del sistema mismo –en la línea del enfoque mencionado sobre la propiedad como un *"bundle of rights"*–. Para Díez-Picazo, en cambio, es el paradigma del derecho real en la medida que el propietario puede gozar, disfrutar y disponer de la cosa y puede reivindicarla de cualquier persona que la posea indebidamente. [267] Cabe señalar que junto con el derecho de propiedad existen otros derechos reales que, aunque recaen sobre cosa ajena, permiten a sus titulares el ejercicio de facultades de uso y aprovechamiento, las que deben ser respetadas por cualquier persona –incluido el propietario–.[268]

Para determinar el contenido de los derechos de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales de propiedad privada, o –dicho de otra manera– para determinar el contenido de la propiedad privada sobre los recursos naturales, es necesario identificar las reglas que determinan cómo se constituye la propiedad sobre los recursos, cómo se define su uso y cómo se transfiere su titularidad. Estas reglas lo que hacen, en el fondo, es asignar y distribuir los beneficios que provienen de los recursos naturales dentro de la sociedad.

A pesar que el derecho de "acceso" no se encuentra jurídicamente definido como tal, es utilizado frecuentemente por la regulación en materia de recursos naturales.[269] Elinor

---

[265] Waldron, J. ob.cit. (nº254), p. 333.

[266] Ibid, pp. 348-349.

[267] Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial…* ob. cit. (nº257), p. 113.

[268] Ibid.

[269] El término "acceso" a los recursos naturales ha sido utilizado en varios casos. Por ejemplo, en el derecho internacional la Convención de Diversidad Biológica establece un marco regulatorio para el "acceso a los recursos genéticos" (artículo 15) sin definir, sin embargo, lo que entiende por tal término. A nivel nacional,

Ostrom define acceso como "el derecho a entrar en un área física definida".[270] Ribot y Peluso, en cambio, lo definen como "la capacidad de beneficiarse de las cosas, incluyendo objetos materiales, personas, instituciones y símbolos".[271] En el fondo, sostienen, el acceso tiene que ver con "quién" puede usar "qué", "cuándo" y bajo "qué circunstancias".[272] Cuando estas variables se encuentran determinadas por el derecho se trata de un derecho de propiedad.[273]

En nuestro sistema jurídico, el acceso a los recursos naturales de titularidad privada se obtiene mediante la adquisición de derechos reales sobre los mismos, en particular, mediante la adquisición de la propiedad.[274] Tal acceso a la propiedad de los recursos naturales se encuentra garantizado por el artículo 19 Nº23 de la Constitución y está regulado por los modos de adquirir el dominio que establece el Código Civil –en particular, la ocupación,[275] la accesión[276] y la prescripción adquisitiva[277]–.

Una vez adquirida la propiedad sobre un recurso natural, el ordenamiento jurídico confiere al titular la facultad de controlar el acceso al recurso –o su apropiación– por parte de otras personas y de mantenerlo en el tiempo.[278] Esto implica que el acceso comprende al menos dos aspectos, la adquisición y la mantención de la titularidad del bien. A su vez, la propiedad privada –por definición– confiere a su titular los derechos de uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales ("derechos de uso y goce"). Estos derechos también se pueden ejercer por otras personas que no son los dueños o titulares del

---

se puede hacer referencia a los sistemas de acceso a los recursos pesqueros, regulados por la LGPA (artículos 14 y siguientes).

[270] Ver sección 2 de este mismo capítulo.

[271] Traducción propia de " (…) the ability to benefit from things – including material objects, persons, institutions and symbols." Ribot, J. & Peluso, N.L., "A Theory of Access", en *Rural Sociology*, Vol. 68, Nº2, June 2003, p. 153. Estos autores desarrollan un análisis teórico del "acceso" que va más allá de la propiedad por lo que no definen el acceso como un derecho sino que aluden a una "capacidad", incluyendo así una gama más amplia de relaciones sociales.

[272] Ibid, p. 154.

[273] Ibid, p.162.

[274] Cabe señalar que el sentido de la expresión "acceso" se ha utilizado en nuestro sistema jurídico como la facultad de entrar a un lugar. Por ejemplo, el caso paradigmático en nuestro país ha sido el de acceso a las playas o el borde costero (Sentencias del Tribunal Constitucional chileno Rol Nº245-1996 y Nº246-1996). De ahí que jurídicamente, en nuestro derecho, se utilice más bien la expresión "apropiación", cuando hay dominio, o la de "uso" cuando no lo hay.

[275] Artículo 606 del Código Civil: Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional.

[276] Artículo 643 del Código Civil: La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles.

[277] Artículo 2498 del Código Civil: Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.

Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.

[278] Ribot, J. & Peluso, N.L., ob. cit. (n.), pp. 158-159.

recurso, mediante la constitución de otros derechos reales –como el usufructo– o a través de la celebración de un contrato –como el arrendamiento–. Estos derechos de uso y aprovechamiento del recurso son limitados o parciales en comparación con el derecho que tiene el que es titular de la propiedad. "El derecho de adquisición de los frutos (…) pertenece pues a los propietarios de los bienes de capital y a los cesionarios del disfrute en virtud de relaciones jurídico-reales o jurídico-obligatorias o en virtud de la ley".[279]

Sin perjuicio de lo anterior, la sola titularidad privada de la propiedad –o de otro derecho real que confiera los derechos de uso y aprovechamiento sobre un recurso natural– muchas veces no es suficiente para ejercer estos derechos. En efecto, el ordenamiento jurídico establece requisitos adicionales que se deben cumplir por el titular para lograr su ejercicio. Estos requisitos o restricciones –como se verá más adelante[280]– los establece el Estado en virtud de lo dispuesto, en nuestro ordenamiento jurídico, por los artículos 19 Nº21 –regulación de las actividades económicas– y 19 Nº8 –protección del medio ambiente– de la Constitución Política. Por lo tanto, el alcance de los derechos de uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales se encuentra determinado por la regulación específica aplicable a cada recurso natural y requerirá, por regla general, de una autorización administrativa que levante la barrera establecida por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de estos derechos. En efecto, la autorización administrativa constituye "una técnica propia de la policía administrativa al servicio del mantenimiento del orden (conservación del bien u orden público general) y da solución a un hipotético conflicto de intereses entre el derecho del particular –que tiende a ser ejercitado– y la autoridad de la Administración Pública – que tiende a tutelar un interés público amenazado y presumiblemente lesionado con un incontrolado ejercicio de aquel derecho".[281] Cabe señalar, en todo caso, que esta técnica administrativa procede tanto respecto de bienes de titularidad pública como privada, debido a que no se basa en la titularidad del bien sino que en la regulación de la actividad económica y de la conservación del medio ambiente.

b. El dominio público sobre los recursos naturales

Para algunos autores, el dominio público sobre los recursos naturales es analíticamente muy similar a la propiedad privada, con la diferencia que los titulares se encuentran sometidos a reglas administrativas adicionales y responsabilidades especiales con respecto al manejo de dichos recursos que no se aplican a los titulares de propiedad priva-

---

[279] Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*… ob. cit. (nº257), p. 937.

[280] Ver capítulo cuarto.

[281] García Pérez, M., "La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público", en *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidad de la Coruña, Nº1, Galicia, 1997, p. 338. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1933/1/AD-1-16.pdf (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014).

da.[282] Sin embargo, la doctrina administrativista continental ha distinguido claramente el dominio público sobre los recursos naturales del concepto civilista de la propiedad sobre tales recursos.[283] En efecto, según estos autores existen ciertos elementos del dominio público que lo distinguen de manera esencial de lo que es la propiedad privada. Estos son el elemento subjetivo, el objetivo, el teleológico y el normativo, los que –además– adquieren una particularidad propia cuando el dominio público se ejerce sobre los recursos naturales.

Es por ello que, a continuación, se analizarán las principales características del dominio público desde el enfoque de su vinculación con los recursos naturales. Cabe señalar que la evolución de este enfoque ha permitido que en la actualidad incluso se considere al dominio público como un instrumento de protección del medio ambiente.[284]

La característica principal del dominio público sobre los recursos naturales consiste en que es el Estado (o alguna de sus instituciones) el que determina el acceso, uso y aprovechamiento del recurso. Es decir, los individuos no pueden acceder ni usar el recurso libremente, de acuerdo con su propia voluntad. Por otra parte, hay ciertos elementos del dominio público –como el objetivo– que adquieren especial relevancia cuando el dominio público se ejerce sobre este tipo de bienes.[285]

En efecto, el elemento objetivo del dominio público –que está compuesto por los bienes susceptibles de integrarlo– adquiere gran relevancia cuando se trata de recursos naturales, ya que determina precisamente qué recursos son susceptibles de ser objeto de dominio público. Al respecto no existen restricciones dogmáticas, sino que basta con que el recurso cumpla con las características necesarias para lograr la finalidad que motiva la institución demanial.[286] Sin perjuicio de ello, para que un recurso sea objeto de dominio público se requiere de una disposición del ordenamiento jurídico que así lo establezca ya que la afectación será siempre una decisión normativa.[287] De ahí que son dos los requisitos que determinan qué recursos son objeto de dominio público natural: "la aplicación de un precepto de carácter general que establezca esa condición para todo un conjunto o clase de bienes, y la circunstancia de que en el bien en concreto se cumplan las características físicas establecidas como requisito en la norma general

[282] Watson Hamilton, J., & Banks, N., ob. cit. (nº32), pp. 38-39.

[283] Montt, S., ob.cit. (nº69) pp. 209-261.

[284] Darnaculleta, M., ob.cit. (nº15), p. 29.

[285] Ibid, p. 93.

[286] Montt, S., ob.cit. (nº69), p. 148. Sin embargo, Vergara Blanco sostiene que la Constitución Política chilena consagra, en su artículo 19 Nº23, una limitación al dominio público al sostener que sólo "algunos" bienes pueden ser publificados, siendo la regla general la libertad de todas las personas para adquirir el dominio. Es decir, los bienes públicos serían una excepción. Ver Vergara Blanco, A., "La *Summa Divisio* de Bienes…" ob.cit. (nº16), p. 124.

[287] Montt, S., ob.cit. (nº69), p. 151.

para considerarlo incluido en el demanio".[288] Es decir, el elemento objetivo se encuentra integrado por categorías completas de recursos naturales que no son susceptibles de apropiación privada.

Existen diversas razones que se han postulado como justificación del dominio público sobre los recursos naturales. Por ejemplo, la dificultad de reemplazar o sustituir ciertos bienes debido a su escasez –lo que exige mayor flexibilidad del Estado para su regulación– o, también, la creciente ampliación de atribuciones de la Administración Pública para la protección del medio ambiente, lo que requiere que ciertos bienes –que se consideran esenciales para el ejercicio de dichas facultades– se integren al dominio público.[289] Ambas justificaciones se entienden a partir del enfoque o concepción funcionalista del dominio público.

Por otra parte, el elemento subjetivo del dominio público es aquél que exige que únicamente una persona jurídica de derecho público pueda ser titular de los bienes demaniales.[290] Lo importante, sin embargo, es determinar qué implica la titularidad pública de los recursos naturales. De acuerdo con la teoría funcionalista significa que el Estado ejerce ciertas competencias sobre tales recursos. Dichas competencias son la protección, la ordenación, la gestión y la utilización.[291] Es decir, la intervención del Estado sobre los bienes de dominio público no es la misma que realiza el "dueño" en relación con la propiedad privada, se trata más bien de un sujeto que es un "administrador" y que ejerce potestades para que los bienes cumplan con la finalidad pública que justifica su inclusión en tal categoría.[292] En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, el dominio público es un título de intervención[293] "que faculta al Estado para establecer las medidas necesarias para la protección del demanio y para regular su utilización y aprovechamiento".[294] De aquí que se pueda sostener que el dominio público –al haberse incorporado, por regla general, a los ordenamientos jurídicos una obligación del Estado de conservar el medio ambiente– adquiere el carácter de un instrumento para la protección de la naturaleza.

---

[288] Ibid, p. 152.

[289] Darnaculleta, M., ob.cit. (nº15), pp. 92-95.

[290] En la doctrina nacional se ha discutido si el titular del dominio público es el Estado o la Nación. Para Vergara Blanco el titular es la Nación, lo que impide cualquier titularidad estatal (Vergara Blanco, A., "La *Summa Divisio* de Bienes…", ob.cit. (nº16), p. 111). Para Santiago Montt el titular es la Administración Pública y, en este sentido, sostiene que "la titularidad de la Nación se expresa técnicamente en las titularidades y potestades propias de las Administraciones Públicas". Es decir, la titularidad recae en aquella administración pública a quien el ordenamiento jurídico ha entregado las competencias respectivas sobre una categoría de bienes. (Montt, S., ob.cit. (nº69), pp. 143-146). Un aspecto relevante de esta discusión se manifiesta en el caso de desafectación de un bien de dominio público, puesto que si la titularidad del bien es del Estado, éste pasará a ser parte del patrimonio fiscal. En caso contrario, el bien será susceptible de apropiación privada.

[291] Montt, S., ob.cit. (nº69), p.146.

[292] Vergara Blanco, A., "La Teoría del Dominio Público…" ob.cit. (nº261), p. 57.

[293] STC 149/1991, citada por Darnaculleta, M., ob.cit. (nº15), p. 147.

[294] STC 227/1988, citada por Ibid.

En cuanto al elemento teleológico del dominio público sobre los recursos naturales, este consiste en la afectación del recurso a una función pública. Es decir, se trata de un acto de derecho público en virtud del cual una cosa queda destinada a un fin de interés público.[295] Este elemento, en los recursos naturales, se encuentra íntimamente vinculado con el elemento objetivo, dado que las finalidades públicas que determinan el carácter demanial de un recurso natural dependen de las características del bien. En el derecho administrativo general se distingue entre bienes de dominio público que se encuentran destinados al uso público y aquéllos que se encuentran destinados al servicio público. En el primer caso, el bien queda vinculado al uso de todos los administrados sin distinción ni preferencia, generando un régimen de uso y aprovechamiento abierto a la colectividad.[296] En el segundo caso, en cambio, el bien queda afecto a una función pública determinada que presta una persona jurídica pública.[297] Los recursos naturales de dominio público se identifican con la primera categoría en la medida que la utilización de los mismos por la colectividad es, en principio, directa –y no indirecta, como en el caso de los bienes afectos a un servicio público–. Sin embargo, esta clasificación no es tan simple en lo que dice relación con los recursos naturales. Efectivamente, aun cuando las playas y el mar son –en teoría, al menos– bienes de uso público directo, no se puede decir lo mismo de otros recursos naturales de titularidad pública como las aguas, en el caso de Chile, o las minas, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, que son asignadas a ciertas personas para su uso y aprovechamiento. Es decir, en estos casos el ordenamiento jurídico contempla un uso privativo y excluyente del recurso en cuestión. Lo relevante será, por lo tanto, más que el uso directo, la finalidad de la utilización. Tal como sostiene Mercé Darnaculleta, "los fines que subyacen a la determinación del dominio público natural se encuentran vinculados con la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como por ejemplo, la utilización racional de la riqueza del país en cuanto subordinada al interés general".[298] La misma autora agrega otra finalidad para la inclusión de ciertos recursos naturales al dominio público, cual es la satisfacción de necesidades ambientales.[299] Se puede, por lo tanto, afirmar que el uso público de los recursos naturales como destino de los mismos cuando constituyen parte del demanio adquiere características específicas que incluyen tanto la protección del medio ambiente y la naturaleza como la satisfacción de necesidades colectivas.

Por último, el elemento normativo en el dominio público de los recursos naturales dice relación con el estatuto de derecho público aplicable al recurso. Tal estatuto es –en principio– más intenso que el aplicable a los recursos naturales de propiedad privada. En efecto, comprende la incomerciabilidad o indisponibilidad del título, lo que conlle-

[295] Montt, S., ob.cit. (nº69), p.156.
[296] Ibid, p.162.
[297] Ibid.
[298] Darnaculleta, M., ob.cit. (nº15), p. 171.
[299] Ibid, p. 178.

va la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de los bienes afectos.[300] El elemento normativo adquiere especial importancia en materia de recursos naturales, puesto que determina el alcance del acceso, uso y aprovechamiento de tales recursos por parte de los particulares. Es decir, a través de la regulación de los mecanismos por los cuales se confiere tales derechos a los particulares –básicamente, las concesiones– es que se determina el contenido de los derechos de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales de dominio público.

Efectivamente, como señala Vergara Blanco, la publificación de los recursos naturales constituye un antecedente que posibilita el "libre, equitativo o igualitario acceso de los particulares a su uso común o a su explotación privativa, según sus finalidades o vocaciones".[301] Cuando el acceso tiene por objeto la utilización privativa de un recurso natural, el ordenamiento jurídico contempla específicamente un mecanismo para ello: el de la concesión.[302]

Lo anterior implica que, a diferencia de lo que ocurre con los recursos naturales de propiedad privada, en el caso que el recurso sea de titularidad pública, los derechos de uso y aprovechamiento del recurso se disocian de su titular. En efecto, respecto de aquellos recursos sometidos al dominio público, la titularidad es de la Administración Pública –quien tiene la facultad de determinar el acceso al recurso– pero el uso y aprovechamiento es de quien obtenga una concesión para su utilización.

El dominio público y la concesión demanial han sido extensamente analizados por la doctrina administrativista, tanto extranjera como nacional.[303] Cabe mencionar dentro de los aspectos más tratados por los diversos autores, los siguientes: el de la naturaleza jurídica de la concesión –es decir, si se trata de un acto unilateral de la Administración o un contrato bilateral entre la Administración y el concesionario–; las diferencias jurídicas entre el permiso o autorización de ocupación y la concesión[304] –en este aspecto,

---

[300] Montt, S., ob.cit. (nº69), p. 173.

[301] Vergara Blanco, A., "Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público", en *Ius Publicum* Nº3, Universidad Santo Tomás, 1999, p. 82.

[302] Bermúdez, J., *Derecho Administrativo General…* ob.cit. (nº26), pp. 571-572.

[303] Ver, por ejemplo, por la doctrina española a Sánchez Morón, M. (coord.), *Los bienes públicos. Régimen jurídico* (Tecnos, Madrid, 1997) y Jiménez-Blanco, A., "La actividad de gestión del dominio público", en Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A., & Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo* (Editorial Ariel, Barcelona, 1990). Por la doctrina nacional se pueden citar las publicaciones de Reyes Riveros, J., *Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público* (Editorial Jurídica de Chile, 1960) y la de Montt, S., ya tantas veces citada en este trabajo.

[304] La distinción entre estos dos actos administrativos dice relación con la importancia jurídico-económico-social del uso que se confiere sobre un bien de dominio público. En el permiso o autorización se trata de un uso de poca importancia y transitorio (Montt, S., ob.cit. (nº69), pp. 308-320). García Pérez es de la misma opinión al sostener que "según sea el uso de exclusivo, permanente, intenso y rentable, el título habilitante adoptará el *nomen iuris* de autorización o concesión" (García Perez, M., ob.cit. (nº281), p. 339. En el caso del permiso o autorización, por regla general se podrá revocar el acto sin derecho a indemnización. Tal como

la discusión se centra en la precariedad del derecho que otorga el primero en relación con el segundo–; y la naturaleza jurídica de los derechos que emanan de estos actos administrativos –si se trata de derechos reales administrativos–. No es el objetivo de este trabajo profundizar en dichos aspectos, sino más bien referirse a aquellos elementos o características de la concesión que permitan delimitar el alcance de los derechos de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se confieren al particular a través de este acto administrativo. A eso se dedican los párrafos siguientes.

De acuerdo con la jurisprudencia chilena, la concesión es "el acto o contrato administrativo que crea a favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo, o que transfiere al particular un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carecía totalmente".[305] La concesión de dominio público, en particular, se puede definir como aquel acto de la Administración que confiere el derecho de uso y goce o de gestión de un bien de dominio público.[306] Los tipos de uso que confieren las concesiones de dominio público se encuentran regulados en la normativa específica aplicable a cada recurso natural.[307] En todo caso, se trata de un uso privativo del recurso que excluye la utilización del mismo por otros interesados y que permite al titular contar con ciertos instrumentos jurídicos –tales como las servidumbres de los terrenos superficiales en las concesiones mineras– para lograr su objetivo.[308]

Una característica importante de esta institución jurídica es que –de acuerdo con la teoría general– la autoridad administrativa no está obligada a otorgar una concesión de dominio público a un particular, por lo que se trata de actos discrecionales, en que la Administración Pública decide teniendo en cuenta "la intensidad de interés público en presencia y la potencial lesión de ese uso privativo al medio ambiente y demás bienes jurídicos protegidos mediante la declaración misma de demanialidad".[309] Efectivamente, la autoridad ejerce una facultad discrecional al otorgar una concesión puesto que puede elegir como concesionario al sujeto más capaz o que dé más garantías para que la actividad se cumpla en el sentido que convenga más al interés público; puede delimitar el contenido de las facultades que se transmiten, en función del objetivo social que persigue; y puede poner fin en cualquier momento a la concesión, siempre que el interés público así lo aconseje.[310]

---

se analizará en el capítulo cuarto, en el derecho administrativo chileno sobre recursos naturales sólo el DFL 340 de 1960 sobre Concesiones Marítimas distingue entre autorizaciones y concesiones. La Ley de Pesca y Acuicultura eliminó recientemente dicha distinción (Ley Nº20.434 de 2010).

[305] Considerando 6º del fallo de casación en el fondo, Corte Suprema, 22 de julio de 1966, citado por Montt, S., ob.cit. (nº69), p. 322.

[306] Jiménez-Blanco, A., ob.cit. (nº303), p. 451.

[307] Bermúdez, J., *Derecho Administrativo General,* ob.cit. (nº26), p.114.

[308] Jiménez-Blanco, A., ob.cit. (nº303), p. 451.

[309] Ibid, p. 459.

[310] Sin perjuicio de lo que aquí se ha sostenido, se debe hacer presente desde ya que el ordenamiento jurídico chileno ha evolucionado en los últimos años hacia una disminución de las facultades de la autoridad

El derecho de uso y goce que obtiene el particular en virtud de la concesión demanial, consiste en un uso exclusivo del bien que faculta al titular a gozar del recurso en cuestión, privando a los demás de su aprovechamiento. Existe bastante consenso en la doctrina actual respecto a su naturaleza jurídica de "derecho real administrativo".[311] Este derecho real, como su nombre lo indica, consiste en un derecho subjetivo que se ejerce sobre ciertos bienes de dominio público sin respecto a determinadas personas, pero que se diferencia del derecho real propio de la disciplina jurídica civilista en que se sujeta a las reglas del derecho administrativo.[312] Esto implica, desde ya, que se trata de un derecho temporal y revocable.[313] En efecto, una de las reglas básicas que se aplica a estos derechos dice relación con la posibilidad con que cuenta la Administración de revocar la concesión, basada en el interés público que existe sobre los bienes o recursos naturales de dominio público. Cabe señalar que la facultad de revocación ha sido un tema discutido en la doctrina, aun cuando no se pone en duda su existencia.[314] En realidad, lo que se discute son los límites a dicha facultad y el alcance del derecho correlativo del particular a obtener una indemnización en virtud de dicha revocación o término de la concesión.[315]

Otro aspecto que ha sido discutido dice relación con la duración de la concesión y, por lo tanto, de los derechos que confiere a su titular. Según Santiago Montt no existe ningún obstáculo conceptual a la duración indefinida de las concesiones demaniales, posición

---

administrativa en el otorgamiento de las concesiones sobre recursos naturales, tal como se analizará en el capítulo cuarto. Una posición crítica al sistema tradicional de concesiones sobre recursos naturales, ver en: Navarrete, A., "Régimen jurídico de las concesiones marítimas", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 Nº4, 1998, pp. 965 y ss.

[311] Vergara Blanco, A., "La Teoría del Dominio Público…" ob.cit. (n.), p. 57. Sin perjuicio de ello, existen autores que se han opuesto a dicha afirmación. En Chile, por ejemplo, Enrique Silva Cimma y Luis Claro Solar, según lo que explica Santiago Montt en su publicación ya citada, pp. 340-342. Así también lo explica Jorge Reyes Riveros, para quien la doctrina clásica general sostiene que el concesionario no tiene un derecho subjetivo, ni real ni personal, sino que sólo existe una situación de mera tolerancia, ob. cit. (nº303), p. 242.

[312] Montt, S., ob. cit. (nº69), p. 338.

[313] Reyes Riveros, J., ob. cit. (nº303), p. 248.

[314] Para la mayoría de los autores se trata de una reserva de revocación contenida en el acto. Para otros, en cambio, se trata de la creación de derechos débiles sujetos a una condición resolutoria. Ver Montt, S., ob.cit. (nº69), pp. 357- 397.

[315] En efecto, la revocación implica una remoción voluntaria por parte de la Administración de un acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia (Bermúdez, J. *Derecho Administrativo General…*, ob.cit. (nº26), p. 141. Dicha revocación puede causar un impacto patrimonial en el concesionario. La discusión gira en torno a si tal impacto da origen a un derecho de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Quienes sostienen que la concesión da origen a derechos adquiridos por parte de su titular, sólo admiten la revocación si va acompañada de la correspondiente indemnización –ya sea por tratarse de un acto asimilable a uno expropiatorio o por el quiebre de una situación de confianza legítima por parte del titular de la concesión–. Por último, si la regulación específica de la concesión establece expresamente causales de extinción del acto, no se podrá postular una facultad de revocación de orden general.(Montt, S, ob.cit. (nº69), pp. 357-397.

que fue adoptada por el Tribunal Constitucional.[316] Reyes Riveros, sin embargo, ha incluido dentro de las causales de extinción de la concesión el vencimiento del plazo.[317] Para este autor, la temporalidad de la concesión protege el destino o afectación del bien público y constituye un elemento de la naturaleza del uso privativo que otorga la concesión demanial.[318] De esta manera, el establecimiento de un plazo constituye la regla general extinguiéndose el derecho de uso, de pleno derecho, a su vencimiento.[319] Esta temporalidad no impide la renovación de la concesión por parte de la autoridad, a menos que el interés público exija otra cosa.[320]

De lo expuesto anteriormente se puede deducir que la regulación aplicable a las concesiones –y el alcance de los derechos de acceso, uso y aprovechamiento que éstas otorgan– han ido modificándose en el último tiempo, al menos en el ordenamiento jurídico nacional. Mucho se podría argumentar en torno a las causas de esta evolución jurídica, pero lo que se puede plantear –sin lugar a dudas– es que el contenido de los derechos de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales de titularidad pública se ha ido acercando cada vez más al de los recursos naturales de titularidad privada. Esta afirmación será analizada en detalle en la sección 4 de este capítulo.

Finalmente, cabe señalar que los derechos reales administrativos van acompañados de ciertas obligaciones.[321] Tal como sostiene Arturo Navarrete, se trata en realidad de "derechos-deberes".[322] La principal obligación consiste en usar los recursos naturales de acuerdo con el objetivo de la concesión –tal objetivo debe basarse en el interés público y tener por finalidad el bien común–. Por otro lado, existe la obligación del concesionario de pagar una tarifa por el uso que se le confiere del bien –en este caso, del recurso

---

[316] Montt, S., ob. cit. (nº69), p. 326. Se refiere a la sentencia de 26 de noviembre de 1981, Rol Nº5, en que el TC, al pronunciarse sobre un requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley sobre concesiones mineras, sostiene que no infringe la Constitución el artículo del proyecto de ley que establece la duración indefinida de la concesión. Dentro de sus argumentos señala que el que se indique una duración indefinida no implica que la concesión carezca de término, dado que el propio proyecto de ley consagra causales de terminación como la caducidad, la renuncia y la expropiación. Ver considerandos 9º a 12º.

[317] Reyes Riveros, J., ob.cit. (nº303), p. 301. Otras causales de extinción según este autor son: la caducidad, la revocación por mérito y por ilegitimidad, la desafectación del bien público, la renuncia del concesionario, el rescate, la muerte o la quiebra del concesionario.

[318] Ibid, p. 302.

[319] Ibid. El autor se remite al artículo 602 inciso segundo del Código Civil que establece: "Abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo por el ministerio de la ley al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana".

[320] Ibid.

[321] Vergara Blanco, A., "Concesiones de Dominio Público y Caracterización de las Concesiones Mineras", *Revista Chilena de Derecho.* Volumen 16 Nº3, 1989, p. 781.

[322] Navarrete, A., ob.cit. (nº310), p. 970.

natural– de dominio público objeto de la concesión.[323] Estas y otras obligaciones serán analizadas en la sección 4 de este capítulo.

3.2.3 Teorías que delimitan el alcance de los derechos al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales

En la sección anterior se analizó el contenido de los derechos de acceso, uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales. Sin embargo, para determinar adecuadamente el alcance de tal contenido se deben revisar las reglas que constituyen limitaciones del mismo. Así como ya se identificaron reglas y principios que constituyen limitaciones a la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales,[324] a continuación se analizarán algunas teorías que delimitan los derechos de acceso, uso y aprovechamiento que derivan de la propiedad sobre los recursos naturales. Estas teorías se basan en la existencia de un interés público sobre estos recursos –lo que exige la adopción de limitaciones a los derechos del titular– y en la obligación de los Estados de proteger y conservar el medio ambiente. Se mencionan teorías de derecho comparado y otras propias de nuestro sistema jurídico.

a. La doctrina del "public trust" en el derecho de Estados Unidos

Esta doctrina ha sido desarrollada por el derecho norteamericano y sostiene que existen ciertos recursos naturales que pertenecen a todos y, por lo tanto, no pueden ser controlados por un solo individuo, ya sea que éste ejerza titularidad pública o privada sobre ellos.[325] Se trata, por lo tanto, de recursos que tienen una importancia inherente a cada individuo y a la sociedad como un todo.[326] De esta manera, la doctrina establece la superioridad de los intereses públicos por sobre los intereses privados respecto de ciertos recursos naturales que se consideran críticos.

A pesar que la doctrina del *public trust* ya existía en los Estados Unidos desde el siglo XIX[327] su aplicación actual al manejo de los recursos naturales –en beneficio de la pro-

---

[323] Reyes Riveros, J., ob.cit. (nº303), p. 219.

[324] Ver sección 3.1.2. de este capítulo.

[325] Spyridon, G. & LeBlanc, S.A., "The Overriding Public Interest in Privately Owned Natural Resources: Fashioning a Cause of Action", en *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 6, 1992-1993, pp. 287-316. El origen de la doctrina dice relación con los recursos naturales sobre los cuales el Estado ejerce titularidad. Sin embargo, se ha postulado su ampliación a recursos naturales de titularidad privada.

[326] Klass, A. & Huang, L-Y., *Restoring the Trust: Water Resources and the Public Trust Doctrine. A Manual for Advocates*, Center for Progressive Reform White Paper # 908, September 2009, p.1. Disponible en: http://www.progressivereform.org/articles/CPR_Public_Trust_Doctrine_Manual.pdf (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[327] Uno de los primeros casos judiciales en que se aplica esta doctrina es el de *Arnold vs. Mundy* en 1821 cuya sentencia concluye que las aguas y el lecho del Río Raritan eran propiedad común, y por lo tanto, un propietario ribereño que cultivaba ostras en el lecho del río adyacente a sus tierras no podía reclamar un

tección de los intereses públicos y difusos que comprenden– fue primero planteada por Joseph Sax en 1970.[328] Este autor rescata el precedente adoptado por los tribunales norteamericanos consistente en la naturaleza pública de los derechos de propiedad sobre los ríos, el mar y la costa –regla que tiene su origen en el derecho romano– y que implica en la práctica que algunos intereses como la navegación y la pesca se deben preservar para el beneficio del público en general. A partir de este precedente judicial el autor plantea, por un lado, que los tribunales tienen una función que cumplir en la definición del manejo de los recursos naturales y, por el otro, que existe un derecho a interponer una acción judicial contra el gobierno en aquellos casos en que sea necesario limitar su capacidad de concesionar tales recursos a titulares privados.[329] En el fondo, lo que aquí se plantea es que el título que el Estado ejerce sobre ciertos recursos naturales es el de un fideicomiso, en representación del público y, por ello, no puede concesionarse completamente a privados.[330]

El caso judicial clave para la consolidación y formulación de esta doctrina a nivel federal fue *"Illinois Central Railroad Company vs. Illinois"* resuelto por la Corte Suprema de EE.UU. en 1892.[331] Según Sax esta doctrina no implica el establecimiento de una prohibición de enajenación a privados de las tierras pertenecientes al *public trust*. Más bien lo que el fallo sostiene es que un Estado no puede desprenderse de su autoridad para gobernar una zona completa lo que habría ocurrido si en este caso se hubiese confirmado la concesión sobre toda la línea de la costa de la ciudad de Chicago, impidiéndosele al Estado ejercer sus facultades, por ejemplo, en materia de navegación.[332] A partir de este fallo –y otros que analiza en su trabajo– Sax afirma que los precedentes judiciales de la doctrina del *public trust* permiten formular la siguiente regla: "no es posible otorgar una concesión a un privado si ésta es de tal amplitud que el Estado habrá efectivamente renunciado a su autoridad para gobernar (…)".[333] Esta regla resulta, sin dudas, un antecedente relevante para la discusión nacional en torno a los derechos de los particulares

---

derecho privado a cosechar las ostras. Blumm, M., *The Public Trust Doctrine- A Twenty-First Century Concept,* septiembre de 2009, disponible en: http://ssrn.com/abstract=1468601 (sitio web visitado con fecha 18 de febrero de 2014)

[328] Sax, J. "The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention", en *Michigan Law Review*, Vol. 68, 1969-1970, pp. 471- 566.

[329] Ibid, p. 475.

[330] Raff, M., ob.cit. (nº251), p. 673.

[331] En este caso, la Corte Suprema norteamericana acogió una solicitud del Estado de Illinois que buscaba declarar inválida una concesión indefinida que había otorgado previamente –en 1869– a la Compañía Ferroviaria de Illinois, sobre el lecho del Lago Michigan. Tal concesión comprendía casi la totalidad de la línea de la costa de la ciudad de Chicago, impidiendo la Corte, mediante esta sentencia, su privatización. La mayor parte de las publicaciones que analizan la doctrina del *public trust* citan este caso como fundamental en la evolución de la misma. Ver, por ejemplo, Sax, J., ob. cit. (nº328), pp. 489-491 y Spyridon, G. & LeBlanc, S.A., ob. cit. (nº325), p. 292.

[332] Sax, J., ob.cit. (nº328), p. 489.

[333] Traducción propia de "*no grant may be made to a private party if that grant is of such amplitude that the state will effectively have given up its authority to govern (…)*". Ibid, p. 488.

sobre los recursos naturales de dominio público. En particular, y tal como ocurrió en los Estados Unidos, se trata de una situación que se plantea en Chile a propósito del recurso hídrico, pero que también resulta aplicable a los derechos que derivan de las concesiones de dominio público sobre recursos naturales en general.[334]

Cabe señalar que, de acuerdo con Sax, los requisitos para que un recurso natural sea parte del *public trust* son tres: que el recurso sea utilizado no sólo con un fin público sino que también se encuentre disponible para el uso del público en general; que el recurso sea inalienable, es decir, no se pueda vender; y, tercero, que el recurso se mantenga para ciertos y particulares tipos de usos, ya sean tradicionales –navegación, recreación, pesca– o para usos que deben estar relacionados de alguna manera con los usos naturales de tal recurso.[335]

Estos requisitos se asociaron, en su origen, con las aguas y lechos de ríos, lagos y mar, sin embargo, con posterioridad diferentes autores la han extendido a otros recursos naturales, tales como el aire, los parques naturales, las playas, las tierras públicas, la vida silvestre y los recursos ecológicos en general.[336] La aplicación de la doctrina a todos estos recursos naturales se basa en el reconocimiento de que existen ciertos recursos naturales, al igual que las aguas, cuyos usos tienen una naturaleza que es pública lo que hace que sea inapropiado darles usos que tengan una finalidad privada.

Para Sax, el mejor ejemplo de esta afirmación se encuentra precisamente en el derecho de aguas donde, sostiene, "(…) no se ejerce un derecho de propiedad sobre el agua de la misma manera que sobre un reloj o unos zapatos, sino que se ejerce sólo en usufructo –derecho que incorpora las necesidades de los demás–. Por ello se considera necesario que el gobierno regule los usos de las aguas para el beneficio general de la comunidad y que tome en consideración la naturaleza pública y la interdependencia que la cualidad física del recurso implica."[337] Lo que Sax sostiene al argumentar la aplicación del *public trust* es que el Estado, cuando ejerce dominio sobre los recursos naturales, es objeto de una mayor exigencia que solamente la de destinar el recurso a una finalidad pública. En efecto, respecto de este tipo de recursos el Estado debe actuar en su calidad fiduciaria frente a la comunidad.[338] Por lo tanto, el *public trust* constituye en la práctica una limitación al dominio público de los recursos naturales.

---

[334] Ver sección 2 del capítulo cuarto.

[335] Ibid, p. 477.

[336] Rose, C., "Joseph Sax and the Idea of the Public Trust", en *Ecology Law Quarterly*, Vol. 25, 1998, p. 355.

[337] Sax, J., ob.cit. (nº328), p. 485. Traducción propia de "*one does not own a property right in water in the same way he owns his watch or his shoes, but that he owns only an usufruct- an interest that incorporates the needs of others. It is thus thought to be incumbent upon the government to regulate water uses for the general benefit of the community and to take account thereby of the public nature and the interdependency which the physical quality of the resource implies*".

[338] Ibid, p. 478.

Por otro lado, Sax señala que los recursos del *public trust* son objeto de intereses difusos cuya representación, en el proceso de adopción de decisiones sobre su acceso, uso y aprovechamiento, no se encuentra lo suficientemente incorporada. Esta ausencia se debe principalmente a que se trata de intereses que detentan una mayoría desorganizada y difusa frente a los intereses de minorías más poderosas que responden a intereses propios y privados.[339] A partir de esta constatación es que Sax promueve el rol del poder judicial en la determinación de los límites a los derechos de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, ya que a su juicio son los tribunales los que pueden promover la igualdad en la consideración de estos intereses difusos. De esta manera, las cortes tendrían una función democratizadora, a diferencia del poder ejecutivo o el legislativo que se puede ver más fácilmente capturado por los intereses privados.[340]

Sax sostiene que el proceso judicial para evaluar si se debe aplicar esta doctrina y revisar una decisión administrativa que decida sobre el acceso y uso de un recurso natural incluye los siguientes pasos: determinar si el dominio público de un recurso ha sido concesionado en un valor menor al de mercado bajo circunstancias que no se justifiquen de manera evidente; identificar si se ha otorgado a un interés privado –al que se puedan en la práctica subordinar intereses públicos– la autoridad para adoptar decisiones sobre los usos de un recurso; determinar si ha existido un intento de reasignar usos públicos difusos sobre un recurso a usos privados o usos públicos menos amplios; y, por último, definir si un recurso está siendo destinado a un propósito que implique un uso natural del mismo (por ejemplo, si un lago está siendo utilizado como un lago).[341] Sax afirma, en el fondo, la doctrina del *hard look* en la revisión de las decisiones administrativas en materia de recursos naturales[342] y establece estándares precisos para la revisión judicial de decisiones de la Administración sobre recursos naturales de dominio público.

A pesar que la doctrina del *public trust* surge con el objeto de beneficiar la conservación del medio ambiente en la administración de los recursos naturales, ésta ha sido criticada por algunos autores ambientalistas que promueven un marco teórico nuevo y diferente para la gestión y conservación de los recursos naturales.[343] La crítica más conocida la ha realizado el profesor Richard Lazarus quien cuestiona la doctrina del *public trust* desde dos perspectivas distintas.

Por un lado, refuta el rol del poder judicial en la gestión de los recursos naturales y del medio ambiente, puesto que –sostiene– es la Administración Pública la llamada a

---

[339] Ibid, pp. 560-561.

[340] Ibid.

[341] Ibid, pp. 562-565.

[342] Ver pie de página nº94 del capítulo primero.

[343] En particular esta crítica ha venido de autores que promueven la teoría de la *"green property"*, según se vio en la sección 3.2.1. de este capítulo.

cumplir esta función.[344] Su argumento se basa en las competencias y conocimientos que tiene el Ejecutivo y, también, en la existencia de un nuevo enfoque en la Administración que la ha llevado a adoptar un rol más protector del medio ambiente en la medida que aplica normas y leyes específicas que promueven los fines públicos y comunitarios del uso de los recursos y la conservación del medio ambiente. Descansar en el poder judicial implica, en cambio, depender de la visión favorable de los jueces en esta materia.[345] De esta manera, Lazarus aboga por la deferencia hacia la Administración Pública en la revisión judicial de sus decisiones.

Por otro lado, y en cuanto a cuestiones más de fondo, su crítica apunta al fundamento teórico de la doctrina del *public trust* que se basa en la concepción clásica de la propiedad privada. Tal fundamentación, sostiene, impediría que el derecho de los recursos naturales avance hacia un marco jurídico distinto que no diga relación con la idea tradicional de propiedad, en la que se asigna al público derechos privados sobre ciertos recursos.[346] Afirma que no tiene sentido proteger el interés público sobre los recursos naturales a partir del derecho de propiedad. Según Lazarus, se requiere de un marco teórico diferente que tenga más que ver con las características físicas del recurso y con las particularidades de la relación de los seres humanos con la naturaleza.[347] Para ello propone un nuevo modelo consistente en una serie de derechos creados por estatutos y leyes y administrados a través de diversas titularidades conferidas por la Administración.[348] Este nuevo modelo es precisamente el que propone la doctrina del stewardship que se revisará a continuación.

Se puede sostener que tanto Sax como Lazarus tienen buenos argumentos para fundar sus posiciones. Sin embargo, y a pesar de las diferencias entre ambas, la idea del *public trust* finalmente se encuentra con la de los que proponen un nuevo marco teórico para la regulación de los recursos naturales. En efecto, ambas se traducen en la idea fundamental de que nadie puede controlar exclusivamente aquello que, en palabras de la doctrina del *public trust*, pertenece a todos; o, por el otro lado, de aquello de lo que todos somos responsables, en palabras de los nuevos téoricos de la propiedad.[349]

b. La doctrina del “stewardship” en el derecho anglosajón

La idea que sustenta esta noción consiste en que el titular de un recurso natural es en realidad un “administrador” del mismo que representa los intereses de la sociedad pre-

---

[344] Lazarus, R., “Changing conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources: Questioning the Public Trust Doctrine”, en *Iowa Law Review*, Vol. 71, 1985-1986, p. 691.

[345] Ibid.

[346] Ibid, p. 769.

[347] Ibid, p. 633.

[348] Ibid, pp. 698-699.

[349] Ryan, E., “Public Trust and Distrust: The Theoretical Implications of the Public Trust Doctrine for Natural Resource Management”, en *Environmental Law*, Vol. 31, 2001, p. 496.

sente y futura y sus valores ecológicos.[350] Su objetivo es reconocer la responsabilidad que todos tenemos con la sociedad y el medio ambiente.[351] Esta doctrina se basa en teorías alternativas de la propiedad, en particular aquellas que postulan un concepto ambiental y/o social de la misma, que postulan que los titulares de derechos de propiedad privada tienen ciertas obligaciones con el resto de la sociedad, con la conservación de los recursos naturales y con la protección del medio ambiente.[352] Así, para Victor Yannacone se trata de una propiedad privada a la que se le ha atribuido un interés público tan extenso que se puede considerar como un bien sujeto al uso público y sus titulares nominales deben administrar tal bien para el beneficio, uso y aprovechamiento del público en general.[353]

Lo interesante de esta idea es que la propiedad mantiene muchas de las características de la propiedad privada, tal como la regulación del acceso al recurso, de manera que no se producen los problemas identificados por la "tragedia de los comunes".[354] En particular, esta figura permite al titular mantener algunos derechos derivados de la propiedad, como el uso y aprovechamiento, lo que junto con el establecimiento de una estructura de incentivos para los titulares del recurso, permite destinarlo a ciertos usos que tengan una finalidad pública y que considere los intereses de los demás, fuera de los del titular o "*steward*".[355] De acuerdo con Barnes, las dos obligaciones principales que se derivan de esta figura son la de conservación y preservación. Ambas obligaciones generan efectos sobre el *"bundle of rights"* que implica la propiedad privada en el derecho anglosajón. Por un lado, limita ciertos derechos del titular, como el derecho al capital –que debe restringirse seriamente para cumplir los objetivos perseguidos– y por el otro, enfatiza ciertas obligaciones, como la prohibición de dañar el recurso.[356] En el fondo, esta doctrina se basa en la idea de un derecho real que se ejerce en beneficio de la naturaleza y de las futuras generaciones. Un ejemplo cercano a esta idea se puede encontrar en el Proyecto de Ley sobre el Derecho Real de Conservación que se tramita actualmente en el Congreso Nacional. [357]

Sin perjuicio de lo anterior, se ha sostenido que esta teoría presenta también ciertas debilidades, en particular el que su aplicación se haya restringido a la tierra como recurso

---

[350] Raff, M., ob.cit. (nº251), p. 671.

[351] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 155.

[352] Ver sección 3.1.3 de este capítulo.

[353] Yannacone, V.J., "Property and Stewardship - Private Property Plus Public Interest Equals Social Property", en *South Dakota Law Review*, Vol. 23, Invierno 1978, p. 74.

[354] Ver sección 2 de este capítulo.

[355] William, L. & Mitchell, C., "Replacing Private Property: The Case for Stewardship", en *Cambridge Law Journal*, Vol. 55(3), noviembre 1996, pp. 582-584.

[356] Barnes, R., ob.cit. (nº20), p. 157.

[357] Al respecto ver Carvajal, I., "El derecho real de conservación", en *Justicia Ambiental,* Revista de Derecho Ambiental, Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA, Año II, Nº2, mayo de 2010, pp. 177-221.

natural.[358] En efecto, las publicaciones que se refieren a esta figura jurídica focalizan su aplicación a la tierra la que constituye evidentemente un recurso natural fundamental desde la perspectiva de la protección y conservación del medio ambiente, pero no es el único que se debe considerar si se quiere adoptar una nueva estructura legal para el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

No cabe duda que la configuración de este instrumento requiere de un complejo régimen jurídico, donde se identifiquen los intereses públicos que se busca proteger, se establezcan incentivos para los titulares y se determinen sus obligaciones y sanciones respectivas.

c. La función social de la propiedad

La teoría de la función social de la propiedad tiene su origen en los ordenamientos jurídicos alemán y francés del siglo XIX que sostienen que la propiedad privada "no es ajena a los cambios económicos y sociales, los que exijen una mayor solidaridad o interdependencia social".[359] Según esta posición la propiedad privada no solamente otorga facultades a su titular, sino que también lo obliga.[360] Es decir, el derecho de propiedad impone un deber al dueño de utilizar el bien en la satisfacción de necesidades comunes o colectivas. Se reconoce, por lo tanto, la existencia de otros intereses distintos al del propietario y de un interés público general que exigen el establecimiento de limitaciones al derecho de propiedad privada.[361]

La Constitución chilena ha consagrado esta teoría mencionando las limitaciones a las que está sometida la propiedad a favor del orden social y de los intereses generales.[362] Así, la Constitución de 1980 consagra expresamente la función social de la propiedad en el artículo 19 Nº24, inciso segundo, que dispone:

> *Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

Como se sabe, esta teoría ha sido objeto de importantes estudios, interpretaciones y discusiones tanto en la doctrina y jurisprudencia nacional como comparada, por lo que

---

[358] Raff, M., ob.cit. (nº251), p. 671.

[359] Cordero Quinzacara, E., "De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad" en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXI, NºII, diciembre de 2008, p. 510.

[360] Ibid.

[361] Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*…ob.cit. (nº257), pp. 64-65.

[362] Cordero Quinzacara, E., "La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno", en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XIX, Nº1, julio 2006, p. 131.

intentar abordar, de manera profunda y completa las cuestiones jurídicas que ella comprende resulta imposible e inútil para los objetivos de este trabajo.[363] Por lo tanto, lo que aquí se pretende es simplemente recordar que el ordenamiento jurídico nacional consagra expresamente la facultad del legislador de establecer las limitaciones u obligaciones que derivan de la función social de la propiedad, comprendiendo en ella la conservación del patrimonio ambiental. Es decir, el derecho de propiedad privada sobre los recursos naturales no es absoluto sino que exige la adopción de límites por parte del legislador –al acceso, uso y aprovechamiento de los mismos– con el objetivo de conservar el medio ambiente y teniendo como fundamento último de la función social el bien común, entendido según el artículo 1, inciso cuarto, de la Constitución.[364] Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la interpretación de la doctrina y jurisprudencia nacional en torno al alcance de esta facultad legislativa no ha sido pacífica.[365]

En particular, la discusión nacional sobre la función social de la propiedad ha girado en torno a la distinción entre "limitación" y "privación" del derecho de propiedad, dado que la primera constituye una determinación del contenido esencial del mismo, en cambio la segunda implica una expropiación, lo que da lugar a la correspondiente indemnización.[366] Las limitaciones a la propiedad se caracterizan porque pueden afectar el uso, goce y disposición de un bien, o su carácter de exclusividad y perpetuidad, pero dejan

---

[363] Ver: Aldunate, E., "Limitación y Expropiación: *Scilla* y *Caribdis* de la Dogmática Constitucional de la Propiedad", en *Revista Chilena de Derecho,* Volumen 33 Nº2, 2006, pp. 285-303; Cea, J.L., *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y Garantías, Tomo II* (Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004); Cordero Quinzacara, E., "La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno"… ob.cit (nº362); Evans, E., *Derechos Constitucionales, Tomo III* (Editorial Jurídica de Chile, 1999); Novoa Monreal, P., "La evolución del concepto de propiedad privada", en Novoa Monreal, E. *Nacionalización, Derecho y Propiedad (Textos escogidos)* (Universidad Arcis, Santiago, 2006), pp. 243-273; Rajevic, E., "Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 23 Nº1, 1996; Ríos, L. "El principio constitucional de la función social de la propiedad" en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIV, Nº2, 1987.

[364] El artículo 1, inciso cuarto de la Constitución señala:

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

[365] Así lo explica Eduardo Cordero, quien sostiene que la tendencia jurisprudencial y doctrinaria nacional ha interpretado mayoritariamente al derecho de propiedad privada en su carácter de derecho subjetivo y no en su dimensión objetiva, relativa al contenido esencial del derecho. Es decir, ha protegido con más fuerza los derechos o facultades del titular de la propiedad que la facultad del legislador de determinar el contenido esencial de la misma a través del establecimiento de limitaciones a dichas facultades. Ver Cordero Quinzacara, E., "La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno"… ob.cit. (nº362), pp. 135-146.

[366] Ver artículo 19 Nº24, inciso segundo, de la Constitución. Según Eduardo Aldunate la jurisprudencia nacional que ha debido pronunciarse en esta materia no ha establecido criterios jurídicos que permitan distinguir una limitación de una privación a la propiedad. La distinción, en cambio, queda entregada a la subjetividad de un juez de acuerdo con las consecuencias concretas que una regulación puede generar en un determinado caso. El autor sostiene que las limitaciones y privaciones a la propiedad se deben analizar en planos conceptuales diferentes, estableciendo criterios jurídicos abstractos con independencia de las conse-

subsistente la facultad o el atributo.[367] La privación, por el contrario, implica la eliminación de la facultad o atributo dando por ello lugar a la reparación del daño patrimonial causado.[368]

Por lo tanto, el debate –para efectos de este trabajo– dice relación con la determinación del contenido esencial de la propiedad privada sobre los recursos naturales.[369] Siguiendo a los autores que han analizado la función social de la propiedad, una regulación que limite la propiedad sobre los recursos naturales debe mantener subsistente la posibilidad real del titular de acceder, usar y aprovechar el recurso. Este problema ha sido planteado en diversos conflictos judiciales, como por ejemplo, en la demanda por responsabilidad del Estado conocida como "Comunidad Galletué con Fisco";[370] en el requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley que modificaba el Código de Aguas, en cuanto establecía restricciones al acceso al derecho de aprovechamiento de aguas;[371] en el –también– requerimiento de inconstitucionalidad de un decreto supremo que prohibió la instalación de carteles, avisos de propaganda u otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos;[372] o, en aquella sentencia que se pronuncia sobre la constitucionalidad del decreto supremo que establecía el acceso gratuito a las playas.[373] En todos estos casos se impugna una regulación que establece limitaciones a los

cuencias prácticas que genere la regulación en cuestión. Ver Aldunate, E., "Limitación y Expropiación: *Scilla* y *Caribdis* de la Dogmática Constitucional de la Propiedad"… ob.cit. (nº363), pp. 285-303.

[367] Rajevic, E., "Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada"… ob.cit. (nº363), p. 95.

[368] Bermúdez, J. *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007), pp. 118-125.

[369] Asumiendo la posición que sostiene que no existe un solo estatuto de propiedad sino distintos tipos de propiedades que se aplican dependiendo del bien objeto del derecho. Por ejemplo, en Chile se distinguen al menos los estatutos de la propiedad austral, indígena, intelectual, minera, de aguas, etc. Ibid, pp. 93-94.

[370] Corte Suprema, sentencia de 7 de agosto de 1984, Rol Nº16.743. Los copropietarios del predio Galletué demandaron la responsabilidad del Estado por los perjuicios que les habría ocasionado un decreto supremo que prohibía la explotación de la especie "pehuén" o "araucaria araucana" mediante su declaración como monumento natural. Los titulares del terreno alegaban que dicho decreto impedía explotar la especie existente en el predio, privándolos de su derecho a usar y disponer del recurso forestal. El Estado, en cambio, señalaba que se trataba de una limitación al dominio que no imponía la obligación de indemnizar al propietario. La sentencia de la Corte Suprema sostiene que el decreto en cuestión no constituye expropiación dado que no desconoce el derecho de propiedad de los dueños de la especie ni elimina las facultades que otorga a su titular, ya que la prohibición de cortar la especie no impide otra forma de aprovechamiento ni tampoco la disposición del bosque ni del terreno. Sin perjuicio de ello, la sentencia condena al Estado a indemnizar a los copropietarios, pero basados en la desproporción de los perjuicios que deben soportar, conforme a los principios de la equidad y la justicia. Con posterioridad la Corte Suprema volvió a referirse a este asunto en la sentencia de 30 de diciembre de 2004, Rol Nº381-04, en recurso de casación presentado por la Sociedad Agrícola Lolco Ltda.

[371] Tribunal Constitucional, sentencia de 13 de octubre de 1997, Rol Nº260.

[372] Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de abril de 1992, Rol Nº146.

[373] Tribunal Constitucional, sentencia de 2 de diciembre de 1996, Rol Nº 245-246.

derechos de acceso, uso y aprovechamiento de un recurso natural, sosteniendo que en realidad constituyen privaciones de dichos derechos.[374]

Sin dudas, la teoría de la función social de la propiedad permite al Estado la delimitación del contenido esencial de la propiedad sobre los recursos naturales. Esta determinación debe adecuarse a las normas constitucionales, desarrollando una interpretación sistemática de las mismas. Lo anterior exige incorporar en su contenido tanto aquellas disposiciones que establecen el derecho y la obligación de proteger el medio ambiente como las que exigen al Estado promover el bien común. En este sentido, se puede sostener que teorías como las del *public trust* o el *stewardship* no son tan ajenas a los contenidos de nuestra CPR.

d. La teoría del abuso del derecho en el sistema jurídico continental

Esta teoría tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia civilista francesa del s.XIX, aunque existen importantes antecedentes históricos previos provenientes tanto del derecho romano como del derecho medieval.[375] Su contenido consiste fundamentalmente en sostener la exigencia que impone el ordenamiento jurídico de ejercer racionalmente los derechos subjetivos de forma de no causar daños o molestias a otro.[376] El abuso del derecho se ha formulado de manera expresa en diversos Códigos Civiles comparados,[377] pero no en el chileno. Sin perjuicio de ello, existe consenso en la doctrina nacional y en la jurisprudencia en torno a su reconocimiento tácito por el Código Civil a través de diversas disposiciones.[378] Por ejemplo, en el título sobre acciones posesorias especiales se contempla el artículo 941 del Código Civil, que establece que el dueño de una casa tiene derecho para impedir que se planten árboles dentro de ciertas distancias desde su propiedad o que cerca de sus paredes hayan depósitos o corrientes de agua.

En nuestra doctrina, dos han sido las posiciones que se han defendido en torno a la naturaleza del abuso del derecho:[379] la que considera al abuso del derecho como un ilícito civil, de manera que su efecto consiste en dar origen a una obligación de indemnización de perjuicios;[380] y la que sostiene que constituye un principio general del derecho, en

---

[374] En Estados Unidos la jurisprudencia en esta materia ha delimitado los requisitos que se exigen para que una norma de estas características constituya lo que se ha denominado *"regulatory takings"*. Al respecto ver, por ejemplo: Laitos, J., "Judicial Protection of Private Property in Natural Resources: The American Experience" en *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 14, 1996, pp. 275-279.

[375] Ver Rodríguez Grez, P., *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial* (Editorial Jurídica de Chile, 1997), pp. 121-134.

[376] Fueyo Laneri, F. *Instituciones de Derecho Civil Moderno* (Editorial Jurídica de Chile, 1990), pp. 263-298.

[377] Tales como los de Venezuela, Paraguay, Suiza, Portugal, Argentina. Ibid, pp. 275-284.

[378] Ibid, p. 296.

[379] Isler, E., "La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores" en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Valdivia*, vol. 24, Nº2, diciembre 2011, p. 67.

[380] Formulan esta posición, por ejemplo, Arturo Alessandri y Enrique Barros. Ver Barros, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 646-650.

sede contractual como extracontractual o tanto en derecho público como privado.[381] En esta última línea de pensamiento se justifica el principio como una reacción contra el ejercicio extremadamente libre y egoísta que hace el individuo de sus derechos subjetivos, olvidando el contexto social en que se desenvuelve.[382] Según Fueyo, la teoría del abuso del derecho se fundamenta en la equidad y constituye un instrumento eficaz para interpretar e integrar la aplicación del derecho en forma de hacerlo moderno, moral y justo.[383] En todo caso, ambas posiciones doctrinarias coinciden en que en nuestro sistema jurídico los derechos no son absolutos.[384]

La relevancia de optar por una u otra de estas posiciones dice relación con los efectos jurídicos que cada una acarrea.[385] Si se opta por la tesis del ilícito civil, la consecuencia es la indemnización de perjuicios. Si, en cambio, se prefiere la posición del principio general del derecho, las consecuencias son más amplias, sumando a la indemnización la adopción de medidas administrativas o judiciales que pongan término al acto abusivo o, también, la declaración de nulidad de un determinado acto jurídico.[386]

El ejercicio abusivo de los derechos subjetivos atiende a derechos que se encuentran en el patrimonio de un sujeto, sean reales o personales.[387] La doctrina, a su vez, ha elaborado algunos criterios para determinar cuándo existe abuso del derecho. De acuerdo con Pablo Rodríguez existen, al menos, tres criterios para tipificar el acto abusivo:[388] el subjetivo, el objetivo y el ecléctico. El primero apunta a la intención del titular del derecho. En este criterio se incluyen tanto la mala fe, como el ejercicio culposo pasivo y la inexistencia de un interés serio y legítimo de parte del titular del derecho al ejercerlo.[389] El criterio objetivo considera, en cambio, la finalidad social y económica en el ejercicio del derecho. Es decir, "se abusa del derecho cuando éste se ejerce contra la función económica-social que es inherente a él".[390] El criterio ecléctico suma los dos criterios an-

---

[381] Fernando Fueyo señala que "el ejercicio abusivo del derecho puede darse respecto de cualquier derecho subjetivo, sin limitaciones (…) fija los límites del contenido substancial del derecho al tiempo de su ejercicio por el titular respectivo". Fueyo, F., ob. cit. (nº376), p. 274.

[382] Ibid, p. 270. Fueyo sostiene que esta teoría coincide con el surgimiento de la escuela sociológica del derecho.

[383] Ibid, p. 271.

[384] Sin perjuicio de lo señalado, existen derechos que se encuentran fuera de todo posible abuso y son de ejercicio discrecional. Por ejemplo, la doctrina civilista menciona el derecho de los ascendientes a negar su consentimiento al matrimonio de un descendiente menor de 18 años (artículo 112 del Código Civil) o el derecho a testar (artículo 1184 del Código Civil). Ver Alessandri, A., Somarriva, M. & Vodanovic, A., *Tratado de los Derechos Reales, Bienes, Tomo I* (Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, 2009), p. 82.

[385] Isler, E., ob.cit. (nº379), p. 69.

[386] Ibid.

[387] Fueyo, F., ob.cit. (nº376), p. 268.

[388] Rodríguez Grez, P., ob.cit. (nº375), pp. 166-176.

[389] Estos criterios apuntarían a la primera posición doctrinaria mencionada, es decir, considerar el abuso del derecho como un ilícito civil.

[390] Rodríguez Grez, P., ob.cit. (nº375), p. 170.

teriores. Para Rodríguez, en cambio, el abuso del derecho se configura como un exceso o desviación del interés jurídicamente protegido por el derecho positivo.[391] Es decir, el derecho subjetivo tiene un límite, cual es el interés que la norma jurídica positiva permite satisfacer. Más allá de ese límite ya no existe un derecho.

Una manifestación clara del reconocimiento de esta teoría se da precisamente en el derecho de propiedad, cuya definición por el Código Civil incluye la limitación en su ejercicio generada por el derecho ajeno.[392] En particular, se ha analizado el abuso del derecho de propiedad en el contexto del derecho ambiental. En efecto, la teoría del abuso del derecho se ha vinculado con la teoría de las inmisiones[393] en donde lo relevante es el resultado no la intención del titular del derecho. Este caso de abuso de derecho consiste en el ejercicio del derecho de propiedad causando molestias al vecino, como malos olores, ruidos, emisiones. Es decir, se trata de casos de contaminación en el contexto de relaciones de vecindad, donde lo relevante no es el dolo o culpa del causante de la inmisión –que daría origen a una indemnización– sino que la posibilidad del que sufre la molestia de poner término al acto contaminador mediante, por ejemplo, acciones posesorias como la querella de amparo.[394]

Para concluir, la misma argumentación se podría adoptar respecto a propietarios de ciertos recursos naturales que ejerzan un uso y aprovechamiento de los mismos que vaya más allá de los límites de su derecho, perjudicando el uso (o no uso) de otros interesados. De esta manera se estaría generando una desviación del interés jurídico protegido por el derecho de propiedad, en los términos de Pablo Rodríguez.

4. Conclusión

Los recursos naturales se encuentran regulados por el ordenamiento jurídico en su calidad de bienes. Se analizó en particular su carácter de bienes comunes, categoría que como se vio, escapa a un análisis exclusivamente jurídico, pero permite entender aquellas características que exigen y determinan la adopción y diseño de un modelo institucional aplicable a la regulación del acceso, uso y aprovechamiento de los mismos.

Los modelos regulatorios a cargo de determinar el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales se basan fundamentalmente en dos instituciones: la soberanía, en el ámbito internacional, y la propiedad, en el ámbito interno. Ambas instituciones, por lo

---

[391] Ibid, pp. 176-180.

[392] Artículo 582, Código Civil: *El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.*

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.

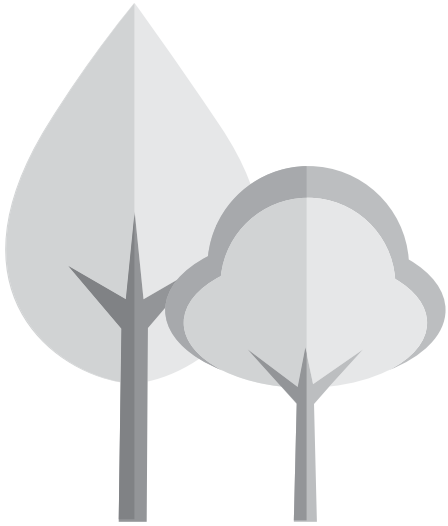
[393] Amunátegui, C., "No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 36 Nº3, pp. 505-525, 2009.

[394] Ibid.

tanto, son las que están a cargo de definir o asignar la titularidad, el uso y los derechos de aprovechamiento sobre los recursos naturales.

El análisis de estas dos instituciones es relevante, puesto que entre ambas se configura el modelo actualmente vigente en materia de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Esto es así, en la medida que existen recursos naturales que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional –ya sea porque se trate de recursos compartidos entre dos o más Estados o porque se encuentren más allá de toda jurisdicción nacional– en cuyo caso la regulación aplicable es internacional. Pero a su vez, debido a que la evolución de la soberanía y el establecimiento de sus limitaciones ha permitido que el derecho internacional sea relevante también para aquellos recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios nacionales de los Estados.

La propiedad, por su parte, ha sido la institución que en la mayoría de los sistemas jurídicos ha determinado las reglas aplicables al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio de los Estados. Para entender los fundamentos de esta institución en materia de recursos naturales, se abordaron las principales teorías justificatorias de la propiedad como modelo institucional, y luego se analizaron los dos tipos de propiedad existentes: la propiedad privada y el dominio público, en cuanto instituciones regulatorias del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.



REGULACIÓN NACIONAL APLICABLE AL ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

CAPÍTULO CUARTO

1. Introducción

En este capítulo se propone una sistematización de la regulación nacional aplicable a los recursos naturales basada en la titularidad del recurso, esto es, en la determinación de si los recursos naturales son bienes objeto de dominio y, en tal caso, si éste es público o privado. En coherencia con este esquema, la intervención regulatoria del Estado obedece a las siguientes habilitaciones que da el ordenamiento jurídico a través de la Constitución Política de la República (CPR).

En primer lugar, respecto de los recursos naturales de dominio público, rigen el artículo 19 Nº 24 inciso sexto[1] –en cuanto a los recursos minerales– y el artículo 19 Nº23, respecto de los recursos naturales que han sido declarados bienes nacionales de uso público por la ley.[2] Luego, en materia de recursos naturales de propiedad privada, se aplica el artículo 19 Nº 21 inciso primero, que justifica la regulación estatal de las actividades

[1] Artículo 19 Nº24, inciso sexto: 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.

[2] Artículo 19 Nº 23: *La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquéllos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de la Constitución.*

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes".

económicas que se basan en los recursos naturales;[3] y el artículo 19 Nº 24 inciso segundo, que permite al Estado regular los recursos naturales con fundamento en la función social de la propiedad privada.[4] Finalmente, respecto a los recursos naturales comunes a todos los "hombres", rige el artículo 19 Nº23 inciso primero. Cabe señalar que el Estado, cualquiera sea la categoría jurídica del recurso natural, tiene la obligación de velar por la protección del medio ambiente y la preservación de la naturaleza.[5]

Vale la pena mencionar que los numerales 23 y 24 mencionados del artículo 19 cumplen funciones diferentes en lo que dice relación con la propiedad privada sobre los recursos naturales. El Tribunal Constitucional lo ha explicado de la siguiente manera: "la Constitución Política ha hecho una diferenciación entre el acceso a la propiedad y el ejercicio del derecho de dominio, destinando para cada uno de estos ámbitos dos diferentes numerales del artículo 19: el 23 para el primero y el 24 para el segundo".[6] El acceso, por lo tanto, dice relación con el derecho de adquisición de bienes cuya propiedad no se tiene. Es así como, en nuestro derecho, existe plena libertad de acceso –en términos jurídicos– a los recursos naturales, con la única excepción de los recursos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y aquéllos que la ley declare que son de dominio público. Esta característica del régimen jurídico nacional –esto es, la libre apropiabilidad de los recursos naturales como regla general– es funcional al modelo de economía libre o no planificada que la Constitución consagra a través de los preceptos que forman lo que se ha llamado la "Constitución económica".[7]

---

[3] Artículo 19 Nº 21: *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.*

[4] Artículo 19 Nº 24: *El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

[5] Artículo 19 Nº 8: *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.*

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente

[6] Considerando 25 de la sentencia del TC Nº 115 de 1990. Citada en Bronfman, A., Martínez, J.I. & Núñez, M., *Constitución Política Comentada. Parte Dogmática. Doctrina y Jurisprudencia* (Editorial Abeledo Perrot, 2012), p. 392.

[7] Ibid, p. 395. Por su parte, José Luis Guerrero sostiene que la constitución económica adhiere claramente a un modelo capitalista y liberal a través de la garantía constitucional a la propiedad privada preeminente y la libre iniciativa económica. El autor critica la adhesión a un modelo económico en particular en la medida que restringe el manejo adecuado de las coyunturas, relegando al Estado a un rol subsidiario. Al respecto ver: Guerrero, J.L., "La Libertad para Desarrollar Actividades Económicas del artículo 19 Nº 21 y la Constitución Económica" en *Revista Persona y Sociedad*, Vol. XIV Nº 3, Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales, ILADES, Universidad Alberto Hurtado, 2000, pp. 141- 156.

De esta manera, al analizar la regulación nacional sobre los recursos naturales se debe tener presente cada uno de estos títulos de intervención estatal. Dicho esto, cabe señalar que en el ordenamiento jurídico nacional la regulación de los recursos naturales se basa en diversas leyes sectoriales. Esta característica fundamental del derecho nacional de los recursos naturales permite suponer la ausencia de un enfoque sistemático para determinar las reglas aplicables a los recursos naturales y genera como consecuencia el análisis separado de los estatutos jurídicos de cada recurso.[8]

Sin perjuicio de ello, el enfoque basado en la titularidad del recurso permite analizar el papel más o menos intenso que le corresponde al Estado como legislador, regulador o administrador de tales recursos. En efecto, la potestad de un Estado sobre los bienes o recursos respecto de los cuales tiene el dominio puede ser muy distinta de aquella potestad que ejerce sobre bienes que se encuentren fuera de esta categoría. De la misma manera, debieran ser diferentes los derechos de los particulares sobre los recursos naturales dependiendo de la titularidad que se ejerza sobre los mismos.

Se partirá este análisis con la clasificación que, en la doctrina nacional, hace Alejandro Vergara Blanco al distinguir las siguientes categorías de recursos naturales según el dominio que se reconoce sobre los bienes: recursos naturales comunes a todos los hombres; recursos naturales de dominio público o "bienes nacionales de uso público"; recursos naturales de dominio estatal o de "reserva estatal"; y recursos naturales de dominio privado.[9]

La relevancia de esta clasificación tiene que ver con la distinción entre aquellos bienes o recursos naturales que pueden y los que no pueden ser apropiados por los particulares. Esta distinción es importante puesto que los recursos naturales que no son objeto de propiedad privada o no se encuentran declarados por la ley como bienes de dominio público, en la práctica corresponden a bienes de libre acceso con todas las consecuencias que ello implica.[10]

A continuación se analizan las principales reglas en materia de acceso, uso y aprovechamiento aplicables a las distintas categorías jurídicas de recursos naturales existentes en el ordenamiento jurídico chileno. Tales reglas derivan de lo dispuesto en los estatutos jurídicos específicos asociados a cada uno de ellos. De esta manera, se propone una sistematización de la regulación nacional vigente en torno al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

---

[8] La ausencia de un enfoque sistemático se refiere a que hasta ahora no se ha abordado el análisis del ordenamiento jurídico de los recursos naturales a partir de categorías de recursos, sino que se ha realizado de manera parcializada (aguas, minas, recursos hidrobiológicos, bosques, etc.).

[9] Vergara Blanco, A., "La *Summa Divisio* de Bienes y Recursos Naturales en la Constitución de 1980" en *Ius Publicum* Nº 12, Universidad Santo Tomás, 2004, pp. 109-112.

[10] Ver capítulo tercero, sección 2.

2. Regulación aplicable a los recursos naturales que constituyen bienes nacionales de uso público y bienes de dominio exclusivo del Estado

En esta categoría se incluyen aquellos recursos naturales que pertenecen a la Nación toda o "bienes nacionales de uso público"[11] y, por otro lado, aquéllos que son de "dominio exclusivo del Estado".[12] Los recursos naturales de dominio público son recursos que no pueden ser objeto de propiedad privada sino que corresponde al Estado, en su calidad de ente regulador, administrar su acceso, uso y aprovechamiento.[13]

Tal como se ha señalado con anterioridad,[14] las concesiones constituyen el título administrativo que faculta a la autoridad para permitir el acceso y constituir a favor del particular derechos de uso y goce exclusivo sobre bienes de dominio público, manteniéndose la titularidad pública del bien. Las concesiones que nuestro ordenamiento jurídico contempla para ello, son las siguientes:

- las concesiones marítimas, mediante las cuales se conceden los fondos marinos, las playas, el borde costero en general y ciertos ríos y lagos;[15]

- las concesiones de acuicultura, que entregan en concesión el lecho marino, rocas y las playas de mar, por una parte, y el lecho y playa de ciertos ríos, por la otra, siempre que sea con el objetivo específico de desarrollar una actividad económica, la acuicultura;[16]

- los derechos de aprovechamiento de las aguas que, en virtud del Código de Aguas, la autoridad constituye mediante un acto concesional a favor de los particulares;

- las concesiones mineras, mediante las cuales se confiere el uso y aprovechamiento de los recursos minerales; y[17]

---

[11] Como las aguas (artículo 6 del Código de Aguas); los lechos de ríos o lagos (artículo 30 del Código de Aguas); el lecho marino (artículo 596 del Código Civil); el mar adyacente y sus playas (artículos 589, 593 y 594 del Código Civil); o la categoría de recursos naturales y elementos del medio ambiente que conforman lo que se ha llamado el borde costero (DS Nº 475/94 del Ministerio de Defensa Nacional, que aprueba la Política Nacional del Uso del Borde Costero, publicada en el Diario Oficial con fecha 11 de enero de 1995).

[12] Como los recursos minerales (artículo 19 Nº 24, inciso sexto, de la CPR).

[13] Esta característica de no susceptibilidad de propiedad privada es común tanto a los "recursos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres" como a los recursos de dominio público. La diferencia es que los primeros no son susceptibles de dominio público ni privado.

[14] Ver sección 3.2.2.b. del capítulo tercero.

[15] Reguladas por el DFL Nº 340 de 1960, sobre Concesiones Marítimas.

[16] Reguladas por la Ley Nº 18.892 de 1989 y sus modificaciones (la última de 2013), Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA).

[17] Reguladas por el Código de Minería y la Ley Nº 18.097 de 1982 (modificada en 1990), Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOC de Concesiones Mineras).

- las concesiones de energía geotérmica.[18]

Por último, cabe señalar que los recursos naturales de dominio público que no estén bajo la administración de un organismo público específico, se entregarán por concesión sujeta a la legislación municipal.[19]

A continuación se identificarán las principales características de las que derivan las reglas relativas al acceso, uso y aprovechamiento aplicables a estos recursos naturales, las que se extraen de los estatutos jurídicos respectivos.

2.1. Otorgamiento de la concesión en ausencia de una planificación pública del uso del recurso

Nuestro ordenamiento jurídico sobre los recursos naturales carece, por regla general, de una planificación que determine cuáles son los usos y cuál es el aprovechamiento que se busca obtener de los recursos. De esta manera, las concesiones sobre los recursos naturales de dominio público se otorgan sin que exista una previa y expresa determinación por parte del Estado del acceso, uso y aprovechamiento que se persigue. Ejemplos paradigmáticos de esta característica son las concesiones mineras y los derechos de aprovechamiento de aguas, casos en que son los particulares, a través de sus solicitudes de concesión quienes van configurando el acceso, uso y aprovechamiento específico del recurso. De esta característica de la regulación nacional derivan diversas reglas que se irán identificando en el análisis que sigue, y que van desde aquélla que determina el acceso al recurso basado en la oportunidad de la solicitud de la concesión hasta la ausencia del reconocimiento de usos preferentes o prioritarios para los recursos naturales.

2.1.1. La excepción: La Política Nacional del Uso del Borde Costero

Cabe señalar, sin embargo, que existe una excepción a esta regla general. Se trata de la incorporación de una instancia de planificación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales que conforman el borde costero.[20] Sin embargo, esta instancia presenta diversas falencias, tanto en cuanto a los organismos encargados de desarrollar la plani-

---

[18] Ley Nº 19.657 de 2000 sobre Concesiones de Energía Geotérmica.

[19] Artículo 5 letra c) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (DFL Nº 1 de 2006, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.695). Las Municipalidades tienen la atribución de administrar sus propios bienes y los bienes nacionales de uso público existentes en el territorio de la comuna, salvo que en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley la administración de éstos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado. El municipio puede otorgar concesiones y permisos respecto de estos bienes nacionales de uso público, incluido su subsuelo, los cuales son otorgados por el alcalde con acuerdo del concejo municipal. Ver Bermúdez, J., *Derecho Administrativo General* (Thomson Reuters, segunda edición actualizada, 2011), pp. 562-563.

[20] DS Nº 475 de 1994 del Ministerio de Defensa Nacional, que aprueba la Política Nacional del Uso del Borde Costero (PNUBC).

ficación, como a las fuentes que han consagrado la figura y la configuración misma de la institución.[21]

El borde costero es definido por el decreto supremo que aprueba la Política Nacional de Uso del Borde Costero (PNUBC) como:

> *"aquella franja del territorio que comprende los terrenos de playas fiscales situados en el litoral, la playa, las bahías, golfos, estrechos, canales interiores y mar territorial de la República, que se encuentran sujetos al control, fiscalización y supervigilancia del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina".*[22]

Es precisamente este mismo decreto supremo el que también contiene la regla que establece una instancia oficial de planificación del uso del borde costero, con el objetivo de propender a una adecuada compatibilización de las múltiples actividades que se realizan o puedan realizarse en esta zona.[23] Esta instancia está a cargo de la "Comisión Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral"[24] que propone una zonificación de los diversos espacios que conforman el borde costero del país, en base a una zonificación preliminar elaborada por el Ministerio de Defensa.[25] El resultado es la existencia de una "Zonificación del Borde Costero"[26] tanto a nivel nacional como a nivel regional, a través de la Zonificación Regional del Borde Costero a cargo de Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero (CRUBC).[27]

---

[21] Sepúlveda, P. "Zonificación del Borde Costero y Evaluación Ambiental Estratégica en la Planificación del Litoral", en Bermúdez, J. & Hervé, D., *Justicia Ambiental. Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (LOM Ediciones, Santiago, 2013), p. 386.

[22] La Subsecretaría para las Fuerzas Armadas es la continuadora legal de la Subsecretaría de Marina, de acuerdo con la Ley Nº 20.424 de 2010.

[23] Tal compatibilización se logra mediante una apropiada consideración de la realidad geográfica de cada uno de los sectores o áreas del litoral, las que en algunos casos condicionan en forma determinante sus usos específicos –como es el caso de las bahías naturales, proximidad a centros poblados, condiciones meteorológicas locales, accesos, entre otras–. Artículo 1, Sección III, sobre objetivos generales de la PNUBC, DS Nº 475 de 1994.

[24] Artículo 2, DS Nº 475 de 1994. La Comisión está constituida por 12 representantes de distintas reparticiones públicas.

[25] Artículo 2, letra a, DS 475 de 1994.

[26] Instrumento definido, a partir del 2010, por la LGPA en su artículo 2 Nº 57 como: *Zonificación del borde costero: proceso de ordenamiento y planificación de los espacios que conforman el borde costero del litoral, que tiene por objeto definir el territorio y establecer sus múltiples usos, expresados en usos preferentes, los que no serán excluyentes, salvo en los casos que se establezcan incompatibilidades de uso con actividades determinadas en sectores delimitados en la misma zonificación y graficados en planos que identifiquen, entre otros aspectos, los límites de extensión, zonificación general y las condiciones y restricciones para su administración, en conformidad con lo dispuesto en la Política Nacional de Uso del Borde Costero establecida en el decreto supremo (M) No 475, del Ministerio de Defensa Nacional, de 1995, o la normativa que lo reemplace.*

[27] Efectivamente, para llevar a la práctica la zonificación que indica la PNUBC resulta esencial la participación de las regiones. Es por ello que el Gobierno mediante el Instructivo Presidencial Of. (Gab.Pres) Nº 1 de fecha 31 de Enero de 1997, encomendó a los Intendentes Regionales para que acorde con sus propias

Un efecto relevante de esta planificación es que la concesión marítima debe ajustarse a dicha zonificación, según lo reconoce expresamente el Reglamento sobre Concesiones Marítimas.[28] En efecto, en sus artículos 10 y 15 sostiene que debe preferirse aquella solicitud de concesión que mejor represente el uso previsto para el área, de acuerdo con la zonificación respectiva según lo establecido en la PNUBC.[29] Es decir, a través del Reglamento de Concesiones se da eficacia a la planificación realizada a través de la zonificación, específicamente en lo que dice relación con las concesiones marítimas. Cabe señalar, sin embargo, que este mismo efecto no se generó respecto de las concesiones de acuicultura, las que fueron muchas veces otorgadas en sectores no destinados a esta actividad según la zonificación del borde costero,[30] en la medida que se fundaban en disposiciones de la LGPA, de mayor jerarquía que el decreto que consagra la zonificación.

---

realidades elaboraran un Estudio de Zonificación de los Sectores Costeros, sobre la base de una metodología orientadora y además les impartió la instrucción de constituir las Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero (CRUBC). Estas comisiones se constituyen en base al Reglamento de Funcionamiento Interno de las mismas y dependen funcional y administrativamente del Gobierno Regional (Oficio Presidencial Nº 001, de 28 de febrero de 2005). Con posterioridad, la Ley Nº 20.249 de 2008, que Crea el Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios, incluyó en su artículo 2 letra b) una definición de esta Comisión que señala: *comisión creada como instancia de coordinación en la aplicación de la política de uso del borde costero del litoral aprobada por el decreto supremo No 475, de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional, integrada por representantes de los ministerios y de los servicios públicos regionales con competencia sobre el borde costero o cuyas funciones tengan incidencia en él, creadas en cada región por el Intendente Regional.* Hasta el año 2014 sólo dos regiones cuentan con zonificaciones aprobadas, la de Aysén (DS Nº 153 de 23 de mayo de 2004) y la de Coquimbo (DS Nº 518 de 12 de diciembre de 2005). Información obtenida de la página web de la Comisión Nacional del Uso del Borde Costero. http://www.ssffaa.cl/index.php/cnubc-zonificacion-en-regiones/ (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

[28] DS Nº 2 de 2005 del Ministerio de Defensa Nacional.

[29] Artículo 10: *En caso que varios interesados soliciten concesión en todo o en parte, sobre un mismo sector, prevalecerá aquella solicitud cuyo objeto represente mejor el uso previsto para el área, de acuerdo con la zonificación respectiva, conforme con lo establecido en la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República.*

Si dos o más solicitudes tuvieren un mismo objeto, tendrá preferencia aquella que mejor represente alguno de los siguientes factores, en el orden señalado: seguridad nacional, beneficio fiscal, interés social, generación de empleos o divisas.

En caso de que las solicitudes signifiquen iguales o equivalentes beneficios, la preferencia se determinará por la fecha de presentación de aquéllas. A igualdad de todos los factores anteriores, resolverá el Ministro o Director, según el caso.

Artículo 15, incisos primero y segundo: *Las concesiones podrán ser modificadas, prorrogadas, renovadas o ampliadas previo decreto o resolución de la autoridad correspondiente, con las formalidades, condiciones y requisitos de acuerdo con el procedimiento aplicable a las solicitudes de otorgamiento, en lo que fuere procedente.*

Las solicitudes de renovación de concesión serán preferidas a las que presenten nuevos postulantes, siempre que se hubieren formulado antes del vencimiento de la concesión que se solicita renovar, que no exista otra solicitud que represente un mejor uso del borde costero, de acuerdo con la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República, y que el concesionario haya dado cumplimiento a las obligaciones impuestas en el respectivo decreto.

[30] Un buen ejemplo es la región de Aysén que, contando con Zonificación del Borde Costero y con el turismo como uso preferente, igualmente se otorgaron concesiones de acuicultura, provocando efectos ne-

La introducción en el 2010 de la definición de Zonificación del Borde Costero al articulado de la LGPA cambió, en parte, la situación, dando rango legal a este instrumento para la actividad acuícola.[31] Es decir, aun cuando no se establece en la ley un procedimiento ni reglas aplicables para la elaboración de la zonificación, la LGPA, en su artículo 67, y el Reglamento de Concesiones de Acuicultura, en su artículo 15 bis, le dan un efecto obligatorio a la zonificación.[32]

Además, existen, junto con la Zonificación, otros instrumentos de planificación que la complementan en materia de acuicultura. Estos son, en el ámbito del uso del espacio, las "Áreas Apropiadas para la Acuicultura (AAA)"[33] y en materia sanitaria, las "Agrupaciones de Concesiones".[34] Así, las AAA determinan el espacio geográfico en que el Estado está facultado para recibir y tramitar solicitudes de concesión de acuicultura[35] y las agrupaciones de concesiones –también llamadas "barrios" de centros de cultivos–,[36] incorporan, por su parte, un enfoque grupal en la gestión territorial y sanitaria de la acuicultura. En efecto, con este último instrumento se pasa de un enfoque individual a otro

---

gativos en el medio ambiente y en la industria turística. Ver Sepúlveda, P., ob.cit. (nº 21), p. 388.

[31] Se entiende por "acuicultura" a la actividad que tiene por objeto la producción de recursos hidrobiológicos organizada por el hombre. Artículo 2 Nº 3, LGPA.

[32] Se debe agregar aquí también lo dispuesto por el artículo 8, inciso tercero de la LBGMA, que exige para efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el pronunciamiento de la autoridad marítima competente sobre la compatibilidad territorial del proyecto.

[33] De acuerdo con el artículo 67 de la LGPA es la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura la encargada de determinar las AAA y de realizar los estudios técnicos pertinentes, consultando previamente a los organismos encargados de los usos alternativos de los terrenos o aguas respectivas, incluyendo a la Comisión Regional del Uso del Borde Costero. La Subsecretaría debe publicar su propuesta de AAA en el Diario Oficial con el objeto que cualquier particular o institución afectada pueda manifestar su opinión. En la definición de las áreas se tendrán en consideración especialmente la existencia de recursos hidrobiológicos o de aptitudes para su producción, la protección del medio ambiente, las actividades pesqueras extractivas artesanales y sus comunidades, los accesos y salidas de puertos y caletas, las áreas de desarrollo portuario, los aspectos de interés turístico y las áreas protegidas que se encuentren contempladas en la zonificación del borde costero.

[34] Definida por el artículo 2 Nº 52 de la LGPA como: Agrupación de concesiones: conjunto de concesiones de acuicultura que se encuentran dentro de un área apta para el ejercicio de la acuicultura en un sector que presenta características de inocuidad epidemiológicas, oceanográficas, operativas o geográficas que justifican su manejo sanitario coordinado por grupo de especies hidrobiológicas, así declarado por la Subsecretaría. El Servicio establecerá períodos de descanso coordinado y medidas profilácticas y tratamientos terapéuticos para los centros que cultiven el grupo de especies respectivo, de conformidad con el reglamento a que se refiere el artículo 86. En los casos que corresponda conforme al grupo de especies hidrobiológicas, por resolución del Servicio, se establecerán programas de vigilancia bacteriológica, química y toxicológica, de conformidad con el reglamento que se dicte en virtud del artículo 122 letra b) de esta ley. La prestación de servicios a los centros de cultivo respectivos, así como la operación de centros de acopio de peces, quedarán sometidas a las medidas coordinadas.

[35] Sin embargo, esto no implica que en dichas áreas no se puedan desarrollar también otras actividades, como turismo, pesca u otra actividad basada en una concesión marítima -.Ver

http://www.subpesca.cl/institucional/602/w3-propertyvalue-50829.html (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

[36] Instrumento introducido por la Ley Nº 20.434 de 2010, que modifica la LGPA en materia de Acuicultura.

grupal en la gestión que permite adoptar medidas de administración coordinadas para el conjunto de concesiones acuícolas de una zona.[37] En cuanto a la complementariedad de estos instrumentos de planificación, la propia LGPA señala que las AAA y las concesiones y agrupaciones de concesiones de acuicultura deben sujetarse a lo dispuesto por la zonificación respectiva del borde costero.[38]

Por lo tanto, a pesar que una característica del ordenamiento jurídico nacional de los recursos naturales es la ausencia de una planificación en el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales de dominio público, existe una regla de excepción en el caso de las concesiones marítimas y de acuicultura, que incorpora la exigencia de constituir dichas concesiones en conformidad con la planificación pública elaborada para el sector.[39]

2.2. Diversidad de mecanismos de asignación

Existen diversos mecanismos de asignación de derechos o de acceso sobre los recursos naturales.[40] El ordenamiento jurídico nacional aplicable a los recursos naturales de dominio público contempla, fundamentalmente, el mecanismo de asignación directa de las concesiones basado en el orden cronológico de las solicitudes, constituyendo la regla fundamental para la determinación del acceso a dichos recursos. Sin embargo, se pueden distinguir también otros mecanismos, los que fundamentan las siguientes reglas en materia de acceso a los recursos naturales de dominio público:

2.2.1. Regla de asignación directa basada en el primer solicitante

Esta regla es la que se reconoce de manera preferente en nuestro ordenamiento jurídico para la asignación de las concesiones sobre los recursos naturales de dominio público. Quizás el caso más paradigmático es el de la concesión minera, ya que de acuerdo con la ley ésta se debe otorgar a quien primero solicite la manifestación o pedimento.[41] Es decir, el criterio para conceder los derechos mineros en Chile radica en la oportunidad de

---

[37] Este enfoque se encuentra regulado específicamente por el Reglamento de Medidas de Protección, Control y Erradicación de Enfermedades de Alto Riesgo para las Especies Hidrobiológicas, DS Nº 319 de 2001, modificado por el DS Nº 275 de 2010, ambos del Ministerio de Economía.

[38] La ley lo señala al dar prioridad a lo que dispone la zonificación por sobre las AAA, las que –en caso necesario– deben modificarse para ser compatibles con la zonificación. Artículo 67, inciso duodécimo, LGPA.

[39] Cabe recordar, sin embargo, que sólo dos regiones cuentan con Zonificación del Borde Costero, por lo que en la práctica, la regla general de ausencia de planificación casi no admite excepción.

[40] Ver, por ejemplo, Raymond, L., *Private Rights in Public Resources. Equity and Property Allocation in Market-Based Environmental Policy* (Resources for the Future, Washington DC, 2003).

[41] Artículo 5 Ley Orgánica de Concesiones Mineras: (…) *Se tendrá por descubridor a la persona que primero inicie el trámite de constitución de una concesión minera respecto de una extensión territorial no amparada por una concesión minera vigente, quien tendrá preferencia para constituirla, salvo que haya habido fuerza o dolo para anticiparse en el trámite o para retardar el del que realmente descubrió primero (…).*

la solicitud y no en otros criterios como podría ser el mejor cumplimiento de su finalidad u objetivo o en la sustentabilidad del proyecto.

En materia de derecho de aguas también se aplica esta regla, aunque admite ciertas excepciones: la disponibilidad y la necesidad de las aguas solicitadas. Es decir, la DGA dicta una resolución otorgando el derecho de aguas, a quien primero lo solicite, pero sólo en la medida que existan "aguas disponibles" [42] y se justifique la "necesidad" de la solicitud.[43] La fijación de estos dos supuestos o requisitos para el otorgamiento del derecho de aprovechamiento implica no solamente que haya un nivel de agua suficiente, sino que implica también la consideración de una serie de otros factores que debe evaluar la autoridad.[44]

Es así como se podrá denegar un derecho si el solicitante no cumple con los requisitos del artículo 140 del Código de Aguas, en particular, la determinación o justificación de la "necesidad" de extraer la cantidad de agua que se pretende.[45] Este último requisito es importante puesto que permite a la autoridad constituir el derecho de aguas, no sólo en función de la oportunidad de la solicitud sino que, también, considerando su objetivo.[46] Sin embargo, lo anterior no implica una facultad explícita para la DGA de poder priorizar usos o preferir uno por sobre otro en caso de solicitudes en conflicto.

Por lo tanto, de acuerdo con el Código de Aguas, no existen usos preferentes ni prioridades al momento de constituir un derecho de aprovechamiento. De ahí que si existen varias solicitudes presentadas dentro de un periodo de 6 meses, sobre las mismas aguas y sin existir recursos suficientes para todos, se deberá proceder a un remate público.[47]

Por lo tanto, se puede concluir que esta regla del primer solicitante rige especialmente respecto de las concesiones mineras y el derecho de aguas, aunque existen algunas limitaciones para la constitución de este último: la disponibilidad, la necesidad y la concurrencia de solicitudes en un periodo determinado.

---

[42] Artículo141, Código de Aguas.

[43] Artículo 140, Código de Aguas.

[44] Segura Riveiro, F., *Derecho de Aguas* (LexisNexis, 2006), pp. 80-81 y 85-87. El autor menciona, por ejemplo, la mantención de niveles históricos de los cauces, la fijación de reservas para riego o la invocación de intereses ambientales. A su vez, analiza la posibilidad de la DGA de rechazar una solicitud en caso que se busque perjudicar a terceros (aplicando la teoría del abuso del derecho, ya mencionada en la sección 3.2.3.d. del capítulo tercero).

[45] La última reforma del 2005 modificó en el artículo 140 la palabra "desea" por "necesita" lo que a juicio de Francisco Segura implica que la autoridad deberá otorgar los derechos que se necesitan, y no otros. Ibid, pp. 73-74.

[46] En realidad, justificar la "necesidad" implica que la cantidad de recursos hídricos que se solicitan sean proporcionales al uso que se les quiere dar. Por ejemplo, una determinada superficie de riego o la generación de una cierta cantidad de MW.

[47] Artículos 142 -145, Código de Aguas.

Por último, esta regla también rige en la práctica para la asignación de las concesiones marítimas y las de acuicultura, aun cuando en teoría en estos casos debiera aplicarse fundamentalmente el criterio de la zonificación, como se verá en el apartado siguiente.

2.2.2. Regla de asignación directa basada en una zonificación

Esta regla se aplica respecto de las concesiones marítimas y de acuicultura, cuando existe una zonificación del borde costero y cuando se han determinado Áreas Apropiadas para la Acuicultura.

En efecto, de acuerdo con el artículo 10 del Reglamento de Concesiones Marítimas, la autoridad debe optar por aquella concesión que mejor represente el uso previsto en la zonificación. De acuerdo con la misma disposición, en el caso que dos o más solicitudes tuvieran el mismo objeto, se preferirá aquélla que represente mejor alguno de los siguientes factores: seguridad nacional, beneficio fiscal, interés social, generación de empleos o divisas.[48] Por lo tanto, no se deben priorizar las concesiones marítimas cronológicamente.[49] Esta situación ocurrirá sólo si las concesiones representan beneficios iguales o equivalentes respecto de los factores indicados, en cuyo caso la preferencia se determinará por la fecha de presentación.

Por su parte, las concesiones de acuicultura se asignan directamente al primer solicitante pero sólo en la medida que se ajusten a lo dispuesto por las AAA y la Zonificación, si la hubiere.

2.2.3. Regla de asignación basada en una licitación pública

Esta regla adquiere principal reconocimiento en la legislación sobre concesiones de energía geotérmica, que contempla dos vías para la obtención de una concesión de exploración y/o explotación:[50] ya sea por otorgamiento directo, en que se presenta la solicitud de manera directa al Ministerio de Energía, o por licitación pública, convocada por el Ministerio.[51] Es esta última, sin embargo, la más relevante. En efecto, las concesiones de energía geotérmica que recaigan sobre una "fuente probable" siempre deberán ser otorgadas mediante una licitación pública, que será convocada de oficio por el Ministe-

[48] Artículo 10, inciso segundo, DS Nº 2 de 2005, Reglamento de Concesiones Marítimas.

[49] Ver Dictámenes Nº 34.101 de 2012; Nº 33.435 de 2008; Nº 28.265 de 2007, de la Contraloría General de la República.

[50] Artículo 11, Ley Nº 19.657.

[51] Centro de Energías Renovables, "Energías Renovables en Chile. Ficha Informativa Geotermia", disponible en http://cer.gob.cl/factsheets/Geotermia_2012_lr.pdf (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

rio o a petición de uno o más particulares.[52] Por otra parte, el Ministerio también deberá convocar a una licitación pública si una solicitud de concesión directa se superpone con otra. Y, en todo caso, siempre se podrá llamar a licitación pública para el otorgamiento de concesiones de "fuentes no probables".

Por otro lado, esta regla se aplica en el caso de los recursos minerales no concesibles que se decida explotar mediante contrato especial de operación. El procedimiento para celebrar dicho contrato se puede iniciar por solicitud de la empresa o por licitación, convocada por la autoridad. Las autoridades administrativas que representan al Estado en la celebración de estos contratos son el Ministerio de Energía –cuando tengan por objeto hidrocarburos y materiales atómicos naturales[53]– y el Ministerio de Minería –previo informe favorable del Consejo de la Comisión Chilena del Cobre, cuando tengan por objeto sustancias minerales metálicas o no metálicas no susceptibles de concesión, con exclusión de los hidrocarburos y los materiales atómicos naturales–.[54]

De lo anterior se puede deducir que el mecanismo de asignación de las concesiones sobre recursos naturales de dominio público obedece, por regla general, a la asignación directa basada en el primer solicitante. Asimismo, puede apreciarse que reglas que se basen en la planificación del uso del recurso, la zonificación o la licitación del mismo, operan sólo como un complemento de la regla de asignación basada en la primera solicitud.

Las reglas de asignación son –como se puede apreciar– especialmente relevantes en lo que dice relación con las condiciones y requisitos para lograr el acceso a este tipo de recursos.

Por último, que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico sea la asignación directa al primer solicitante de la concesión es, sin duda, coherente con la característica anteriormente identificada, consistente en la ausencia de planificación en el acceso y uso de los recursos naturales. Característica que deriva del modelo de economía libre o no planificada consagrada en la CPR.

---

[52] Artículo 16, Ley Nº 19.657. Esta disposición señala también qué se entiende por "fuente probable", indicando que son los afloramientos espontáneos de aguas que contengan calor del interior de la tierra y el área geográfica circundante. Estas fuentes deberán ser identificadas en un reglamento especial que deberá contener la individualización de la región, provincia y comuna donde se ubique, las coordenadas U.T.M. de sus vértices y la superficie estimada que comprende la fuente, expresada en hectáreas. Sin perjuicio de ello, sostiene que tendrán el carácter de fuentes probables de energía geotérmica las siguientes: Jurasi, Untupujo, Chiriguaya, Surire, Polloquere, Enquelca, Berenguela, Quiritari, Puchuldiza, Chuzmiza, Pampa Lirima, Colpagua, Mamiña, Pica, Ascotán, El Tatio, Alitar, Aguas Calientes, Tilopozo y Tuyaito. El reglamento a que se refiere este artículo deberá establecer el área geográfica que cada una de ellas comprende.

[53] Artículo 2, Ley Nº 20.402 de 2009, que crea el Ministerio de Energía.

[54] Artículo 5 letra i), DFL Nº 202 de 1960, Ley Orgánica del Ministerio de Minería.

2.3. Derecho de propiedad privada sobre el título concesión

En materia de concesiones se debe distinguir entre el derecho que adquiere el titular sobre la concesión misma y el derecho que adquiere sobre los recursos naturales que son objeto de la concesión. Este último derecho es, principalmente, el "derecho de uso" sobre los recursos naturales, que se analizará en la sección siguiente.[55] En cambio, lo que en esta sección se busca, es determinar los derechos que el titular adquiere sobre la concesión propiamente tal.

La legislación nacional es clara al reconocer un derecho de propiedad privada sobre la concesión en los casos de la concesión minera y en el derecho de aprovechamiento de aguas. En efecto, respecto de la concesión minera, se crea en el concesionario el *derecho de aprovechamiento minero*[56] que consiste en el derecho de propiedad que el titular tiene sobre la concesión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 19 Nº 24 inciso noveno de la Constitución, que señala:

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

Este derecho de propiedad sobre la concesión minera lleva consigo el derecho de transmisión de la misma;[57] el derecho de indemnización, en caso de expropiación de la concesión por el daño patrimonial que se le haya causado;[58] y el derecho a renunciar a la concesión.[59] A su vez, la legislación confiere al titular de la concesión minera el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de la concesión –las *aguas del minero*[60]–, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos, siendo este derecho inseparable de la concesión.[61]

En cuanto al derecho de aprovechamiento de aguas, la Constitución también es clara al otorgar derecho de propiedad privada sobre el mismo, derecho contemplado en el artículo 19 Nº 24, inciso final, que señala:

> *Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.*

---

[55] Sección 2.4 de este mismo capítulo.

[56] Vergara Blanco, A., "Concesiones de Dominio Público y Caracterización de las Concesiones Mineras", *Revista Chilena de Derecho,* Volumen 16 Nº 3, 1989, p. 796.

[57] Artículo 2, LOC de Concesiones Mineras.

[58] Artículo 10 Nº 4 y 11 Nº 3, LOC de Concesiones Mineras.

[59] Artículo 18 inciso final, LOC de Concesiones Mineras y artículo 162 del Código de Minería.

[60] Ver Alburquenque, W., "Los derechos de aguas del minero" en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Año 2000, Volumen 2, Nº1, pp. 13-20.

[61] Artículo 110, Código de Minería. Fallos recientes de la Corte Suprema han reforzado la existencia y amplitud de este derecho. Ver, por ejemplo, sentencia Corte Suprema, Rol Nº 6.997 de 2012.

El Código de Aguas reitera esta disposición, en su artículo 6, que sostiene que:

> *El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código.*
>
> *El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.*

Es decir, el modelo institucional que establece la legislación nacional en materia de aguas y de minería se basa en garantizar el derecho de propiedad privada sobre el derecho de uso del recurso natural, manteniendo formalmente la declaración de dominio público sobre el recurso natural mismo. A este fenómeno de garantizar la propiedad sobre otro derecho –extenso en Chile– se le ha llamado la "propietarización de los derechos".[62] Para algunos, este fenómeno constituye una crisis dogmática que lleva al vacío de la institución de la propiedad ("cuando todo sea propiedad … ya por lógica, al mismo tiempo, nada va a ser propiedad…").[63] Para otros, en cambio, el derecho como tal constituye precisamente un reparto o distribución de propiedades sobre distintos bienes.[64] Es así como todos los derechos son algo que está en el patrimonio de los sujetos, por lo tanto "los derechos son, como bienes que integran el patrimonio de la persona, su propiedad".[65]

Este enfoque, que como se ve, se aplica a las concesiones sobre los recursos naturales, constituye en la práctica una privatización de tales recursos, lo que genera una serie de consecuencias en la configuración del estatuto jurídico que les es aplicable. Tal como se concluye de las reglas que se identifican en este capítulo, las concesiones han ido perdiendo su carácter de título habilitador otorgado por el Estado para obtener el acceso y uso de los recursos naturales de dominio público –manteniendo el Estado facultades de administración sobre los mismos– y se han ido convirtiendo en verdaderos títulos de propiedad privada sobre tales recursos.

En materia de aguas, se ha sostenido que este diseño persigue "posibilitar un libre acceso a la creación de los derechos (primera asignación en el lenguaje usual) y una libre transferibilidad de los títulos de aguas (mercado), sin afectar su condición de estar al alcance de todos".[66] Es decir, lo que se ha buscado es crear un "libre mercado de aguas" que permita una asignación eficiente del recurso entre los usuarios. De esta manera,

---

[62] Al respecto ver: López Santa María, J., *Los Contratos. Parte General* (Editorial Jurídica de Chile, 1986), pp. 204-210; y Bronfman, A., Martínez, J.I. & Núñez, M., ob.cit. (nº 6), pp. 406-409.

[63] Vergara Blanco, A., "La propietarización de los derechos" en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV* (1991-1992), p. 291.

[64] Soto Kloss, E., citado por Bronfman, A., Martínez, JI & Núñez, M., ob.cit. (nº 6), p. 409.

[65] Ibid.

[66] Vergara Blanco, A., "La libre transferibilidad de los derechos de aguas. El caso chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 Nº 2, 1997, p. 370.

también se ha separado el derecho de aguas de los derechos sobre las tierras en que se encuentran.[67] Este sistema jurídico, que mercantiliza el agua, implica el establecimiento de varias de las reglas que se analizarán más adelante, como por ejemplo, la ausencia de usos prioritarios o preferentes al momento de otorgar derechos de aprovechamiento.

Como consecuencia del reconocimiento de un derecho de propiedad privada sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, el titular del mismo –al igual que el titular de la concesión minera– tiene el derecho a indemnización por expropiación del derecho de aguas y el derecho de transmisión por causa de muerte, a los que se aplican las reglas generales del derecho civil.[68] Es decir, su estatuto jurídico se asemeja más al de un recurso natural de propiedad privada, que al de un recurso natural de dominio público.

Cabe señalar, sin embargo, que en materia de derecho de aguas la DGA puede limitar –por lo tanto, sin indemnizar– algunos derechos del titular en épocas de extraordinaria sequía solicitando al Presidente de la República que decrete una *"zona de escasez"*.[69] Esta medida tiene una duración máxima de seis meses y permite a la DGA suspender las facultades de las juntas de vigilancia; autorizar extracciones de agua sin constituir derechos de aprovechamiento y sin limitación de caudal ecológico; y, a su vez, adoptar todas las medidas restrictivas necesarias (áreas de restricción o prohibición) sin las formalidades que prescribe el Código. Por lo tanto, se trata de una verdadera suspensión temporal de los derechos de dominio de los titulares del derecho de aprovechamiento, quienes tendrán derecho de indemnización, pero sólo por arbitrariedad de la DGA en la disminución proporcional de los derechos.[70] Es decir, la legislación de aguas establece la existencia de situaciones de excepción en que se pueden limitar los derechos de propiedad del titular por la autoridad, sin que constituya una expropiación.[71]

En cuanto a las concesiones geotérmicas, el legislador también reconoce al titular el derecho de propiedad privada sobre la concesión;[72] el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas alumbradas en los trabajos de exploración o de explotación, de manera consuntiva y continua, en la medida necesaria para el ejercicio de la concesión y

---

[67] Cabe señalar que el funcionamiento del modelo ha sido fuertemente criticado, desde diversos lugares. Por ejemplo, Bauer, C., *Canto de Sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales* (RFF Press, Bekeaz, 2004).

[68] Artículo 114 Nº 6, Código de Aguas.

[69] Artículo 314, Código de Aguas.

[70] Segura Riveiro, F., ob. cit. (nº 44), p. 198.

[71] En la práctica, sin embargo, son muy pocas las veces en que declarada la zona de escasez, la DGA procede a redistribuir las aguas para minimizar los daños de la sequía, debido principalmente a la posibilidad de reclamar indemnización en caso que un titular de derechos de aprovechamiento de agua reciba menos de lo que le correspondería en atención a las disponibilidades existentes. Es decir, cualquier error de la DGA puede ser muy costoso por lo que en definitiva opta por no ejercer esta facultad. Ver, Centro de Derechos Humanos, UDP, "El derecho al agua como derecho humano: El Caso de la Provincia de Petorca" en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2013* (Ediciones UDP, 2013), pp. 255-282.

[72] Artículo 5, inciso segundo, Ley Nº 19.657.

mientras ésta dure;[73] y, por último, también se reconoce el derecho de transmisión de la concesión por causa de muerte.[74]

Por último, la excepción a la regla nuevamente está constituido por el estatuto aplicable a las concesiones marítimas y de acuicultura ya que la legislación respectiva no establece que el titular de la concesión adquiere un derecho de propiedad privada sobre la misma. Por el contrario, en el caso de las concesiones marítimas sólo señala que se trata de un acto administrativo que confiere a su titular los derechos de uso y goce sobre determinados bienes nacionales.[75] En este último caso, por lo tanto, se ha mantenido hasta ahora un estatuto jurídico más acorde con la naturaleza de recursos naturales de dominio público.[76]

2.4. Derecho y obligación de usar el recurso

Junto con el derecho de propiedad privada que se otorga sobre la concesión, el ordenamiento jurídico sobre recursos naturales de dominio público, confiere un derecho básico al titular de la concesión, cual es el *derecho a usar el bien concedido* de acuerdo con la finalidad que justifica su otorgamiento.[77] Este derecho y obligación de usar el bien concedido deriva de la lógica imperante en el ordenamiento jurídico nacional consistente en obtener el mejor aprovechamiento económico del recurso.[78]

Este derecho –y su obligación correlativa– se encuentra regulado por los diversos estatutos jurídicos aplicables, desprendiéndose las siguientes reglas específicas:

2.4.1. Obligación de usar sólo los recursos naturales objeto de la concesión

Esta regla supone delimitar claramente los recursos naturales que son objeto de la concesión, cuestión que se deduce de la normativa aplicable a cada caso.

---

[73] Artículo 27, Ley Nº 19.657.

[74] Artículo 25, Ley Nº 19.657.

[75] Artículo 2, DFL 340 de 1960, Ley de Concesiones Marítimas, y artículo 2 Nº 12, LGPA, para las concesiones de acuicultura.

[76] Sin embargo, se tramita en el Congreso Nacional, desde julio de 2012, un proyecto de ley sobre Administración del Borde Costero y Concesiones Marítimas (Boletín Nº 8467-12), que propone modificar el estatuto jurídico aplicable a estas concesiones, otorgando al titular derechos similares a aquellos que confiere la propiedad privada.

[77] De acuerdo con Vergara Blanco, aun cuando en algunos casos la legislación no lo establece expresamente, este derecho del concesionario constituye un derecho real que se ejerce sobre una cosa y que es de naturaleza administrativa. Vergara Blanco, A., "Los derechos reales administrativos: un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile", *Actas XX Jornadas de Derecho Público*, pp. 459-497.

[78] Tal como se verá en el capítulo siguiente, la lógica ambiental no obedece al mismo objetivo ya que se podrá en ciertos casos establecer que la finalidad de un recurso puede ser su "no uso". Ver sección 2.9 del capítulo quinto.

- *Concesión marítima*:

Los recursos naturales que son objeto de concesión marítima son: las aguas marítimas,[79] las playas de mar y terrenos de playa fiscales,[80] el fondo o lecho marino,[81] las aguas terrestres, las playas, terrenos de playa y los fondos de ríos y lagos navegables por buques de más de 100 toneladas.[82] El Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Subsecre-

[79] De acuerdo con el derecho internacional (Convemar), las zonas marítimas que se encuentran sometidas a la jurisdicción nacional se denominan mar territorial –hasta las 12 millas marinas–, zona contigua –hasta las 24 millas marinas– y, zona económica exclusiva –hasta las 200 millas marinas–. Respecto de cada una de estas zonas el Estado ribereño tiene distintos derechos, que van desde la soberanía territorial sobre el mar territorial hasta los derechos soberanos para explorar, explotar y conservar los recursos naturales en la zona económica exclusiva. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1 del DFL 340 sólo serán concesibles las porciones de agua de mar –definidas por el artículo 1 Nº 31 del Reglamento sobre Concesiones Marítimas como el espacio de mar *destinado a mantener cualquier elemento flotante estable*– comprendidas en el mar territorial.

[80] Las playas de mar han sido definidas por el artículo 594 del Código Civil como *la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas.* Por su parte, los "terrenos de playa fiscales" comprenden una faja de 80 metros de ancho medida desde la línea de más alta marea. Es decir, los terrenos de playa por definición son fiscales, no quedando comprendido en esta categoría el terreno particular que deslinda con la playa. Así lo confirma el artículo 1 Nº 38 del Reglamento de Concesiones Marítimas que señala que *los terrenos de propiedad particular que, según sus títulos, deslinden con sectores de terreno de playa, o con la línea de la playa de la costa del litoral o de la ribera en los ríos o lagos, no son terrenos de playa. En aquellos títulos de dominio particular que señalan como deslinde el mar, el Océano Pacífico, la marina, la playa, el puerto, la bahía, el río, el lago, la ribera, la costa, etc., debe entenderse que este deslinde se refiere a la línea de la playa.* Por último, cabe señalar que los terrenos de playa fiscales no son enajenables de acuerdo con el artículo 6 del DL 1939 de 1977, siendo susceptibles sólo de actos de administración por parte del Ministerio de Defensa Nacional.

[81] El fondo marino comprende *la extensión de suelo comprendido desde la línea de más baja marea, aguas adentro, en el mar* (artículo 1 Nº 19 del Reglamento de Concesiones Marítimas). Esta misma definición se encuentra en el artículo 2 Nº 22 de la LGPA.

[82] Las playas de ríos y lagos son definidas como la extensión de suelo que bañan las aguas en sus crecidas normales hasta la línea de las aguas máximas (artículo 1 Nº 30 del Reglamento de Concesiones Marítimas). Cabe señalar que la playa de un río o lago se encuentra también definida por el Código de Aguas, cuando señala lo que se entiende por álveo o cauce natural de una corriente de uso público, en su artículo 30, indicando que consiste en *el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas. Este suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios riberanos podrán aprovechar y cultivar ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas.* El artículo 35 del mismo Código también define el álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, señalando que *es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria. Este suelo es de dominio privado, salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas.* Los terrenos de playa de ríos y lagos, por su parte, comprenden la faja de terreno de propiedad del fisco de hasta 80 metros de ancho medida desde la ribera en los ríos o lagos (artículo 1 Nº 38 del Reglamento de Concesiones Marítimas). Por último, los fondos de ríos y lagos son la extensión de suelo comprendido desde la línea de aguas mínimas en sus bajas normales, aguas adentro, en ríos y lagos (artículo 1 Nº 19 del Reglamento de Concesiones Marítimas). Esta misma definición se encuentra en el artículo 2 Nº 22 de la LGPA.

taría para las Fuerzas Armadas,[83] es quien tiene la facultad privativa de conceder el uso particular de estos recursos.[84]

- *Concesión de acuicultura:*

Los recursos naturales conferidos a los particulares a través de las concesiones de acuicultura son las porciones de agua y lecho marino, y porciones de agua y lecho de ríos[85] navegables por buques de más de 100 toneladas.[86] Las concesiones de acuicultura que reconoce la ley son, por lo tanto, las de playa; de terrenos de playa; de porción de agua y fondo; y de rocas.[87] Las concesiones de acuicultura también son otorgadas por decreto supremo del Ministerio de Defensa, a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.[88]

- *Concesión minera:*

El artículo 19 N°24, inciso sexto, de la CPR dispone:

> *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*

---

[83] Artículo 1, DFL 340: *Al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, corresponde el control, fiscalización y supervigilancia de toda la costa y mar territorial de la República y de los ríos y lagos que son navegables por buques de más de 100 toneladas.*

[84] Artículo 2, DFL 340: *Es facultad privativa del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, conceder el uso particular en cualquier forma, de las playas y terrenos de playas fiscales dentro de una faja de 80 metros de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral; como asimismo la concesión de rocas, fondos de mar, porciones de agua dentro y fuera de las bahías; y también las concesiones en ríos o lagos que sean navegables por buques de más de 100 toneladas, o en los que no siéndolo, siempre que se trate de bienes fiscales, en la extensión en que estén afectados por las mareas, de las playas de unos y otros y de los terrenos fiscales riberanos hasta una distancia de 80 metros medidos desde donde comienza la ribera.*

[85] La Ley Nº 20.434 de 2010, que modificó la LGPA, eliminó la posibilidad de otorgar nuevas concesiones de acuicultura en lagos. Ver transcripción del artículo 67 modificado de la LGPA en el pie de pagina siguiente que sólo hace referencia a los ríos navegables por buques de más de 100 toneladas.

[86] Artículo 67, inciso primero, LGPA: *En las áreas de playas de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas, dentro y fuera de las bahías, y en los ríos que sean navegables por buques de más de cien toneladas de registro grueso, fijadas como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, por grupo o grupos de especies hidrobiológicas, por uno o más decretos supremos, expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional, existirán concesiones de acuicultura para actividades acuícolas, las que se regirán sólo por las disposiciones de este título y sus reglamentos.*

[87] Artículo 67, inciso décimo, LGPA.

[88] Sin perjuicio que la solicitud debe presentarse ante la Dirección Regional respectiva del Servicio Nacional de Pesca.

> *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.*

Es de especial importancia, entonces, determinar qué recursos naturales se encuentran incluidos dentro de las sustancias minerales que son de dominio público. De acuerdo con la propia Constitución se excluyen del dominio público las arcillas superficiales. El Código de Minería reitera esta exclusión y la detalla señalando que no se consideran sustancias minerales las arcillas superficiales y *"las arenas, rocas y demás materiales aplicables a la construcción. Las salinas artificiales formadas en las riberas del mar, lagunas o lagos, tampoco se consideran sustancias minerales, y el derecho a explotarlas corresponde a los propietarios riberanos dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua…".*[89]

La determinación de qué sustancias forman parte de la categoría de "arcillas superficiales" y –por lo tanto– no son parte del dominio público, ha sido controvertido a nivel nacional. En particular esta controversia deriva de la competencia que existe por el uso de los recursos que componen el suelo, entre la minería, la agricultura y otras actividades, como la construcción. El Código de Minería sólo menciona a "la construcción" como actividad que compite por el uso de las arenas y rocas y otros materiales. Sin embargo, no se puede desconocer que hay otras actividades que requieren de este tipo de sustancias o que exigen la no explotación minera de las mismas para poder desarrollarse, como la agricultura o ciertos usos tradicionales de recursos naturales que se ubican en la parte superficial del suelo. Cabe mencionar que algunos fallos judiciales han reconocido la protección de la actividad agrícola como finalidad de la exclusión de las arcillas superficiales del dominio minero.[90] Esta discusión tiene, entonces, relevancia en la determinación de las reglas aplicables al acceso, uso y aprovechamiento de recursos naturales que, a pesar de encontrarse en el suelo, no constituyen recursos minerales.[91]

---

[89] Artículo 13, Código de Minería.

[90] En efecto, la Corte Suprema ha distinguido entre arcillas superficiales y profundas, indicando que las primeras se excluyen del dominio minero con el objeto de mantener los suelos agrícolas, definiendo arcillas superficiales como "las que se encuentran en el suelo cultivable, esto es, en la sobrecarga vegetal". (Sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de julio de 1992, Rol Nº 4602-1992).

[91] Un claro ejemplo, lo constituye el recurso natural de las turberas en el sur de Chile, cuya naturaleza jurídica como recurso mineral ha sido muy cuestionada. Respecto a esta discusión, ver Ríos Menéndez, A., "Turberas de la Patagonia, en la encrucijada entre desarrollo y conservación", en *Derecho Ambiental en Tiempos de Reformas*, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 2010, pp. 257-275; Hausser, A., "Los depósitos de turba en Chile y sus perspectivas de utilización", en *Revista Geológica de Chile*, Volumen 23 Nº 2, diciembre 1996, pp. 217- 229; y Díaz, F., Zegers, G., & Larraín, J., "Antecedentes sobre la importancia de las turberas y el Pompoñ en la Isla de Chiloe", *Fundación Senda Darwin,* 2005, 33 pp. Disponible en:

http://www.infoandina.org/sites/default/files/publication/files/Turberas.pdf (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

Por otro lado, la Constitución y el Código de Minería distinguen entre aquellas sustancias minerales de dominio público susceptibles o no susceptibles de concesión minera. Dicha distinción –que implica la aplicación de diferentes regímenes jurídicos de aprovechamiento– se basa en la importancia que se asigna a algunos recursos minerales.[92] La regla general, sin embargo, es que las sustancias minerales sean concesibles.[93] Cabe señalar que la concesión minera se constituye por resolución judicial, a diferencia de los casos anteriores.[94]

Por lo tanto, la regla aplicable es que se pueden otorgar en concesión las sustancias minerales metálicas y no metálicas y en general toda sustancia fósil. Además, se pueden conceder las sustancias minerales contenidas en desmontes, escorias o relaves, abandonadas por su dueño, que existan en la extensión territorial respectiva.[95] Y, por último, también son objeto de concesión aquellas sustancias minerales de valor estratégico como el uranio y el torio, pero sujetas a normas especiales que otorgan al Estado la primera opción de compra.[96]

En cuanto a las sustancias no concesibles, el artículo 19 Nº 24 inciso décimo, de la Constitución, establece:

> *"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."*

Es el Código de Minería el que identifica precisamente las sustancias minerales no susceptibles de concesión minera, incluyendo a los hidrocarburos líquidos o gaseosos, los

---

[92] Vergara Blanco, A., "Teoría del Dominio Público y Afectación Minera", en *Revista Chilena de Derecho,* Volumen 17 Nº 1, 1990, p. 156.

[93] Artículo 5, Código de Minería: *"Son concesibles, o denunciables, las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presente, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional a las que se tenga acceso por túneles desde tierra."*

[94] Artículo 19 Nº 24, inciso octavo de la CPR.

[95] Artículo 3, inciso tercero, Ley Nº 18.097 de 1982 y artículo 6, Código de Minería.

[96] Vergara Blanco, A., "Teoría del Dominio Público y Afectación Minera" … ob. cit. (nº 92), p. 157. Ver artículos 15 y 16, LOC de Concesiones Mineras y artículos 10-12, Código de Minería.

yacimientos de cualquier especie existentes bajo las aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional, los yacimientos situados en zonas de seguridad nacional y el litio.[97] En estos casos, la exploración o explotación podrá 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.[98]

Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido una regulación específica para los contratos especiales de operación, aplicable exclusivamente a los yacimientos de hidrocarburos.[99] En efecto, de acuerdo con esta normativa específica, el contrato especial de operación es aquel que el Estado celebra con un contratista para la exploración, explotación o beneficio de yacimientos de hidrocarburos, con los requisitos y bajo las condiciones que fije por decreto supremo el Presidente de la República.[100]

Una de las reglas aplicables a este acto administrativo es aquella que establece que el contratista no adquiere el derecho de aprovechamiento del recurso, regulación que se deduce del artículo 2 del DFL Nº 2, que señala:

> *"Los contratos especiales de operación, no afectarán en caso alguno el dominio del Estado sobre los yacimientos de hidrocarburos y demás elementos y compuestos químicos que los acompañan, no constituirán concesiones, no conferirán ningún derecho sobre dichos hidrocarburos, elementos y compuestos, no concederán facultades de apropiación o aprovechamiento sobre los mismos."*

Es decir, estos recursos minerales se excluyen del aprovechamiento privado.[101] En realidad, lo que la empresa contratista adquiere como contraprestación es una "retribución" por la explotación, consistente en *pagos*, ya sea en moneda nacional o extranjera, y los

---

[97] Artículo 7, Código de Minería: "*No son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, el litio, los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdición nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concebilidad o de importancia para la seguridad nacional.*"

[98] Artículo 8, Código de Minería y artículo 3, inciso cuarto, LOC de Concesiones Mineras.

[99] Se trata del DFL Nº 2 de 1986, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DL Nº 1.089, de 1975, que establece Normas sobre Contratos de Operacion Petrolera.

[100] Artículo 1 Nº 1, DFL Nº 2 de 1986.

[101] En contra de esta posición, Vergara Blanco, A., "Teoría del Dominio Público y Afectación Minera"…, ob.cit. (nº 92), p. 157. Según este autor, en este caso se mantiene la regla general de nuestro ordenamiento jurídico respecto al aprovechamiento privado de los recursos naturales, que proviene de la disposición constitucional del artículo 19 Nº 23. La única diferencia es que no se obtiene mediante concesión minera. Sin embargo, cabe señalar que este mismo autor exceptúa al litio del aprovechamiento privado, indicando que su exploración, explotación o beneficio, sólo podrá efectuarse directamente por el Estado, por no existir reglamentación específica para su aprovechamiento por los particulares. Ibid.

hidrocarburos, que el contratista reciba con motivo de las actividades de exploración y explotación.[102] A su vez, el DFL Nº 2 establece un régimen tributario especial, ciertas garantías para el contratista y un régimen de importación de bienes.

- *Concesión geotérmica:*

La energía geotérmica es considerada una energía renovable no convencional (ERNC).[103] Su marco regulatorio propio es la Ley Nº 19.657 de 2000, sobre Concesiones de Energía Geotérmica, que establece en su artículo 3 que:

> *"Se entenderá por energía geotérmica aquella que se obtenga del calor natural de la tierra, que puede ser extraída del vapor, agua, gases, excluidos los hidrocarburos, o a través de fluidos inyectados artificialmente para este fin."*

De acuerdo con la misma ley, la energía geotérmica es un bien del Estado,[104] susceptible de ser explorado y explotado, previo otorgamiento de una concesión por parte del mismo. Esta incorporación de la energía geotérmica al dominio público no ha estado exenta de controversia. Quizás la crítica más razonable es aquella que cuestiona la calificación que hace la ley de la energía geotérmica como el bien que sería objeto de la concesión. En efecto, la ley sostiene que es la energía el "bien" sobre el cual el Estado ejerce dominio público. Tal como plantea Vergara Blanco, esta aseveración implica una confusión entre la causa y el efecto ya que la energía en realidad constituye un potencial que puede ser generado por una cosa o un bien.[105] El bien en cuestión –sostiene Vergara Blanco– serían en realidad o las minas o las aguas, que ya se encuentran publificadas.[106]

Sin embargo, aquí se sugiere una posición distinta en torno al bien que debiera ser objeto de la concesión. En efecto, el bien o recurso natural objeto de una concesión de energía geotérmica es –tal como la ley lo indica al definir qué se entiende por este tipo de energía– el calor natural de la tierra.[107] Es, por lo tanto, dicho calor el que debiese haber

---

[102] Artículo 1 Nº 3, DFL Nº 2 de 1986.

[103] De acuerdo con la Ley Nº 20.257 de 2008, que *Introduce Modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la Generación de Energía Eléctrica con Fuentes de Energías Renovables No Convencionales*, la energía eléctrica generada por medios de generación renovables no convencionales es aquella cuya fuente de energía primaria es la energía de biomasa, la energía hidráulica cuya potencia sea inferior a 20.000 kw, la energía geotérmica, la energía solar, la energía eólica, la energía de los mares y los demás medios de generación que la Comisión Nacional de Energía determine fundadamente.

[104] Artículo 4, Ley Nº 19.657.

[105] Vergara Blanco, A., "La *summa divisio*…" ob.cit. (nº 9), p. 123. Otra crítica sostenida por el mismo autor dice relación con la "reserva estatal" que efectúa la ley sobre la energía geotérmica, lo que sería inconstitucional según su propia interpretación del alcance del artículo 19 Nº 23 de la Constitución, que desarrolla en su mismo trabajo, p. 122 (los bienes públicos pertenecerían a la Nación, no al Estado).

[106] Ibid.

[107] Así como la energía hidroeléctrica es producto del uso del recurso hídrico, la energía geotérmica es producto de la utilización del calor natural de la tierra.

sido publificado por la Ley Nº 19.657 para regular las concesiones de energía geotérmica. Esta afirmación que distingue el calor de la tierra de la energía geotérmica que puede generar, se explica claramente si se recurre a los conceptos de "sistema" o "núcleo" de un recurso –el calor de la tierra– y al de "unidad" o "producto" –la energía–.[108]

El recurso natural objeto de la concesión es, por lo tanto, el calor natural de la tierra –que puede ser extraído del vapor, del agua, o de gases, o incluso de fluidos inyectados artificialmente– que se encuentre dentro del área de la concesión respectiva.[109] Dicho recurso se debe encontrar en el territorio continental, insular o antártico incluyendo las aguas interiores, el mar territorial y la zona económica exclusiva.[110] Se exceptúa, sin embargo, el calor proveniente de las aguas termales, minerales o no minerales, que se utilicen para fines sanitarios, turísticos o de esparcimiento.[111]

- *Derecho de aprovechamiento de aguas:*

El Código de Aguas permite constituir derecho de aprovechamiento de aguas sobre las aguas terrestres, superficiales o subterráneas. Éstas se encuentran definidas por el artículo 2 del mismo cuerpo legal.[112]

La legislación sobre derechos de aprovechamiento de aguas exige el uso de los derechos de aprovechamiento, ya sean consuntivos o no consuntivos. La finalidad legal de exigir el uso de los derechos se incorporó mediante el establecimiento de la obligación de pagar una patente anual a beneficio fiscal, en caso de no construir las obras de captación de

---

[108] Ver Sección 2.2.1 del capítulo tercero.

[109] Artículo 22, Ley Nº 19.657.

[110] Cabe señalar que para Alejandro Guzmán Brito, el objeto de la concesión está definido por el artículo 7, inciso primero de la ley, que sostiene que *"la extensión territorial de la concesión de energía geotérmica configura un sólido cuya cara superior es, en el plano horizontal, un paralelogramo de ángulos rectos, en el que dos de sus lados tienen orientación U.T.M. norte sur, y cuya profundidad es indefinida dentro de los planos verticales que lo limitan. Las dimensiones del largo y del ancho del paralelogramo deberán ser, para una concesión de exploración, múltiplos enteros de mil metros y, para una concesión de explotación, múltiplos enteros de cien metros."* Así, para este autor, el objeto de la concesión de energía geotérmica sería un sólido geológico que constituye un bien nacional de uso público. Guzmán Brito, A., "Dos hipotecas sobre derechos reales administrativos inmuebles: las hipotecas de una concesión de acuicultura y de una concesión de energía geotérmica", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVI (Valparaíso, Chile, 1er semestre 2011), p. 113.

[111] Artículo 2, Ley Nº 19.657. Esta excepción resulta coherente con el tratamiento que hace la ley de la concesión geotérmica, ya que ésta se define no sólo por el recurso natural objeto de la misma sino que también por la finalidad específica para la que se otorga.

[112] *Son aguas superficiales aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas.*

Son aguas corrientes las que escurren por cauces naturales o artificiales.

Son aguas detenidas las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses.

Son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.

las aguas y, además, –en caso que se trate de derechos no consuntivos– de no construir las obras necesarias para su restitución.[113]

De todo lo anterior, se deduce el derecho y la obligación del titular de una concesión de dominio público sobre recursos naturales, de dar uso exclusivamente al recurso natural objeto de la concesión.

2.4.2. Obligación de usar el recurso respetando la finalidad de la concesión

La totalidad de los estatutos jurídicos aplicables a las concesiones sobre recursos naturales establecen que los derechos que se confieren al particular, a través de dichas concesiones, deben sujetarse exclusivamente al cumplimiento del objetivo de la concesión. Tales objetivos se encuentran determinados por la regulación aplicable a cada caso.

Por ejemplo, en cuanto a las concesiones de acuicultura, la LGPA en su artículo 69 y el Reglamento de Concesiones de Acuicultura[114] establecen que éstas tienen por objeto la realización de actividades de cultivo en el área concedida, respecto de la especie o grupo de especies hidrobiológicas indicadas en las resoluciones que las otorgan, y permiten a sus titulares el desarrollo de sus actividades, sin más limitaciones que las expresamente establecidas en la ley y sus reglamentos.[115]

Respecto a las concesiones de explotación de energía geotérmica[116] la Ley Nº 19.657 establece como obligación principal la de *generar energía geotérmica*. Por lo tanto, las concesiones de este tipo tienen una función específica, esto es, que el recurso natural que es objeto de la concesión sea utilizado para la generación de esta energía renovable no convencional.[117]

En cuanto a las concesiones mineras, es la propia CPR, la que en su artículo 19 Nº 24, inciso séptimo, establece que la concesión minera obliga al dueño *a desarrollar la actividad*

---

[113] La reforma de la Ley Nº 20.017 de 2005 al Código de Aguas, introdujo esta obligación de pagar patente en caso de no uso del derecho de aprovechamiento, la que se encuentra regulada en los artículos 129 bis 4 a 129 bis 21 del Código.

[114] DS Nº 290 de 1993 del Ministerio de Economía.

[115] Se ha sostenido que el derecho de uso y goce de los bienes que se otorga mediante la concesión de acuicultura no constituye un derecho pleno –como sería, por ejemplo, el usufructo– ya que se encuentra funcionalmente limitado para ejecutar actividades de acuicultura sobre los mismos. Guzmán Brito, A., "Dos hipotecas sobre…", ob.cit. (nº 110), p. 82.

[116] Definidas por el artículo 6 de la Ley Nº 19.657 como *el conjunto de actividades de perforación, construcción, puesta en marcha y operación de un sistema de extracción, producción y transformación de fluidos geotérmicos en energía térmica o eléctrica.*

[117] Este derecho es conferido sólo por la concesión de explotación, que según el artículo 6 de la ley, confiere el derecho a utilizar y aprovechar la energía geotérmica que exista dentro de sus límites. La concesión de exploración, en cambio, faculta a realizar actividades de exploración de la energía geotérmica que se encuentre dentro del área de la concesión.

necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Por su parte, el derecho de aprovechamiento de aguas exige el uso del recurso hídrico, obligación que se desprende del establecimiento del pago de una patente por el no uso, ya mencionada en la sección anterior. Por último, en relación con las concesiones marítimas su objetivo debe ser coherente con la PNUBC y la Zonificación Nacional y Regional, si la hubiere.

2.4.3. Inexistencia de usos preferentes para el recurso

La regla general es que la legislación nacional aplicable a los recursos naturales no contempla la existencia de usos preferentes o respecto de los cuales se debe otorgar prioridad al momento de otorgar una concesión. Esta situación es coherente con lo ya establecido respecto a la ausencia general de planificación respecto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

Sin embargo –y tal como se estableció respecto a la regla de la planificación– la excepción a esta regla se incorpora particularmente en la regulación del Borde Costero, que otorga a la Administración la facultad de priorizar aquellas concesiones marítimas que mejor representen los usos preferentes establecidos en las zonificaciones respectivas. En efecto, así lo reconoce el Reglamento sobre Concesiones Marítimas[118] que en sus artículos 10 y 15 sostiene que debe preferirse aquella solicitud de concesión que mejor represente el uso previsto para el área, de acuerdo con la zonificación respectiva según lo establecido en la PNUBC.

A su vez, la Ley Nº 20.434 de 2010, que Modifica la LGPA –en materia de Acuicultura– tomó en consideración esta temática y, tal como ya se ha analizado, reconoció que la PNUBC es un instrumento orientador y ordenador de las actividades que se desarrollan en el borde costero como es la "Zonificación del Borde Costero". Conforme a ella, los Gobiernos Regionales, a través de procesos participativos, con integración pública y privada regional, establecen los espacios en que preferentemente pueden ser desarrolladas las actividades en el borde costero, velando siempre por la compatibilidad de usos, la prevención de conflictos entre usuarios y el desarrollo de las legítimas aspiraciones regionales. De esta manera, también se podrán rechazar solicitudes de concesiones de acuicultura en sectores de uso incompatible con la acuicultura, de acuerdo con la zonificación del borde costero[119] y las AAA.[120]

---

[118] DS Nº 2 de 2005 del Ministerio de Defensa Nacional.

[119] Artículo 15 bis, *Reglamento de Concesiones de Acuicultura: Sin perjuicio de lo señalado en los artículos anteriores, en el evento de que se establezca la zonificación del borde costero en la forma prevista en el artículo 67 de la ley, las solicitudes que se encuentren en áreas definidas de uso incompatible con la acuicultura, cualquiera sea su estado de tramitación, deberán ser denegadas por resolución fundada de la Subsecretaría de Pesca o la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, según corresponda.*

[120] Sin embargo, se debe señalar que no existe una priorización dentro de los diversos usos que se pueden dar a las concesiones de acuicultura, así por ejemplo, algas sobre salmones, o pequeña escala sobre acuicultura industrial.

La existencia de esta regla que exige la compatibilización de las múltiples actividades que se realizan o puedan realizarse en el borde costero –aun cuando su práctica no sea muy extendida por la ausencia de zonificaciones regionales aprobadas– constituye un ejemplo de la previa determinación de usos preferentes, por parte de los organismos públicos competentes, a raíz de factores geográficos, naturales, recursos existentes, planes de desarrollo, centros poblados próximos o aledaños, entre otros.[121]

La ausencia de una regla similar que determine usos prioritarios en materia de recursos hídricos, por ejemplo, ha sido fuertemente criticada.[122] Sin embargo, el libre acceso y libre mercado que se pretende obtener con la legislación hídrica, se logra sólo en la medida que no existan usos determinados que habiliten a pedir derechos de aguas con preferencia de unos solicitantes sobre otros.[123] Las consecuencias de esta característica de la regulación nacional –que delega en los particulares y el mercado la determinación de los diversos usos que se dará a las aguas– se han manifestado, por ejemplo, en el permanente conflicto existente en Chile entre derechos consuntivos y no consuntivos y, en particular, entre los usos del recurso para riego o hidroelectricidad.[124]

2.4.4. Obligación de usar los recursos de manera compatible con otras actividades y el derecho a usarlos con preferencia de otras actividades

A diferencia de la regla anterior, lo que aquí se enfatiza –más que el establecimiento o no de usos preferentes para el recurso natural en cuestión– es la imposición de una obligación de compatibilizar el uso autorizado con otros posibles usos en una misma zona.

Se refiere, por lo tanto, al derecho a usar un recurso para el desarrollo de una actividad económica específica y su relación con otras actividades económicas que compiten por el uso del recurso en una zona específica. En este sentido, el ordenamiento jurídico nacional establece dos reglas contrarias. La primera exige compatibilizar el uso del recurso natural conferido con otras actividades económicas que se desarrollen en la misma área o zona. Esta regla es reconocida, por ejemplo, en la LGPA que exige al titular de la concesión de acuicultura ejecutar la actividad de manera armónica y sustentable con otras actividades que se desarrollen en la misma área.[125] De la misma manera, las concesiones

---

[121] Artículo 1, Sección IV Nº 5, sobre objetivos específicos de la política, del DS Nº 475 de 1994.

[122] Ver, por ejemplo: Larraín, S. "Aguas, Derechos Humanos y Reglas de Mercado", en Larraín, S. & Poo, P. *Conflictos por el agua en Chile. Entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado* (Programa Chile Sustentable, 2010), p. 16; Universidad Diego Portales, *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2013, Hechos 2012*, Capítulo "El Derecho al agua como un derecho humano: el Caso de la Provincia de Petorca" (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, 2013), pp. 268-271.

[123] Segura Riveiro, F., ob.cit. (nº 44), p. 133.

[124] Ver, Bauer, C., *Contra la Corriente. Privatización, Mercados de Agua y el Estado en Chile,* Colección Ecología y Medio Ambiente, Fundación Terram (Lom Ediciones, 2002), pp. 117 y ss.

[125] Artículo 67 bis, LGPA: las concesiones de acuicultura *"…no entregan dominio alguno a su titular sobre las aguas ni el fondo marino ubicado en los sectores abarcados por ellas, y sólo les permitirá realizar aque-*

marítimas deben constituirse de manera de compatibilizar los diversos usos contemplados en la zonificación.[126]

La segunda, por el contrario, establece una preferencia u opción respecto a una actividad económica por sobre otras actividades en el uso de un recurso natural. Así se da en el caso de la actividad minera en que la regulación consagra un régimen jurídico que privilegia los derechos del minero "por encima, a veces, de actividades igualmente respetables susceptibles de llevarse a cabo en un mismo lugar".[127]

Así, el Código de Minería de 1983 consagra como derechos mineros las facultades de catar y cavar para buscar sustancias minerales,[128] los derechos de aprovechamiento de aguas necesarios para los trabajos de la concesión[129] y el derecho de constituir concesión minera de exploración o de explotación sobre las sustancias concesibles.[130] Estos derechos mineros que son garantizados ampliamente por la legislación nacional implican una posición privilegiada del titular frente a otras posibles actividades económicas.

2.4.5. Ausencia de limitaciones sobre la cantidad del recurso natural que se puede utilizar

La regla general en el ordenamiento jurídico nacional sobre los recursos naturales de dominio público, es el otorgamiento de la concesión sin que se incorporen límites en cuanto al uso y aprovechamiento del recurso concedido. Así, por ejemplo, la legislación minera al regular las condiciones y requisitos de la concesión no limita la cantidad de minerales que se pueden explotar del yacimiento concedido. Lo mismo rige en materia de concesiones de energía geotérmica.

Excepcionalmente la LGPA establece una regla que limita la superficie que se puede otorgar en concesión de acuicultura. En efecto, según el artículo 75 bis, no se podrá:

> *"… solicitar concesiones de acuicultura que representen más del 20% del total de la superficie concesible de una región, entendiendo por tal las áreas apropiadas para la acuicultura descontada la superficie ya otorgada en concesión o destinación, la*

---

llas actividades para las cuales les han sido otorgadas, de manera armónica y sustentable con otras que se desarrollen en el área comprendida en la respectiva concesión, tales como la pesca artesanal y el turismo, entre otras."

[126] Esta exigencia se puede concluir de la obligación que impone el DS Nº 2 de 2005 de otorgar las concesiones marítimas de acuerdo con los usos contemplados en la zonificación del borde costero, zonificación que tiene por objeto compatibilizar los múltiples usos de los recursos que lo conforman.

[127] Novoa, L. & Bambach, J.P., "Uso inadecuado del régimen legal minero", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2003, Nº 1, p. 50.

[128] Artículos 14-20, Código de Minería.

[129] Artículo 110, Código de Minería.

[130] Artículo 2, Código de Minería.

> *que haya sido objeto de una declaración oficial para una finalidad distinta de la acuicultura y las distancias entre centros de cultivo exigidas por los reglamentos a que se refieren los artículos 86 y 87."*

Otras limitaciones que, en este mismo sentido, ha adoptado la LGPA son, por ejemplo, la suspensión del ingreso y el otorgamiento de concesiones de acuicultura para peces en las regiones de Los Lagos y Aysén, salvo que ya tuviesen aprobados sus respectivos proyectos técnicos[131] y el establecimiento de distancias mínimas respecto de otros sectores.[132]

Por otro lado, el Código de Aguas, en su modificación del 2005, incorporó el criterio de "necesidad" para constituir derechos de aguas. Tal como se indicó con anterioridad[133] este requisito permite a la DGA limitar la cantidad de agua que se confiere en el derecho de aprovechamiento.

Sin embargo, fuera de la legislación acuícola y la de aguas, las legislaciones sectoriales aplicables a los recursos naturales de dominio público, no contemplan una regla que imponga límites sobre la cantidad del recurso que se puede utilizar, extraer o explotar. En todo caso, hay que tener presente que en la medida que las actividades económicas que se basan en recursos naturales deben, por regla general, someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, es posible establecer ciertas limitaciones de cantidad respecto del uso de un recurso natural, pero sólo en función de sus impactos ambientales (es decir, no en función de otros objetivos como la compatibilización de usos sobre un mismo recurso, la conservación del mismo o, el establecimiento del no uso de ciertos recursos).

2.4.6. Obligación de usar los recursos naturales en armonía con el interés público y los derechos de terceros

Esta obligación está incorporada en toda la legislación nacional aplicable a los recursos naturales de dominio público.

En efecto, en relación con el Borde Costero, se sostiene que la principal obligación es el uso de los recursos naturales objeto de la concesión, en armonía con el interés público.[134] En materia de acuicultura, se confiere el derecho respectivo "sin perjuicio de los

---

[131] Artículo 2, Ley Nº 20.434 de 2010.

[132] DS Nº 275 de 2010, que modifica DS Nº 319 de 2001, ambos del Ministerio de Economía.

[133] Sección 2.2.1. de este capítulo.

[134] Navarrete, A., "Régimen jurídico de las concesiones marítimas", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 Nº 4, 1998,. (nº73), p. 970.

derechos de terceros"[135] y "en armonía con el interés público".[136] Respecto a los recursos minerales, tal como ya se indicó, el artículo 19 Nº 24 de la CPR, inciso séptimo, establece que la concesión minera obliga al dueño a *desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento*. En el desarrollo de esta actividad, a su vez, la ley le impone ciertas obligaciones, tal como la de *soportar servidumbres sobre su concesión*,[137] la de *respetar concesiones mineras ajenas*[138] y la de *indemnizar* al dueño del terreno superficial, a otro concesionario y a cualquier persona por los daños que ocasione.[139] Además, tiene la obligación de obtener el permiso del dueño del predio superficial para explorar en terrenos de cateo reglamentado, en casas y sus dependencias o en terrenos que contengan arbolados o viñedos.[140] También debe obtener, cuando corresponda, los permisos que señala el artículo 17 del Código de Minería.[141]

La Ley de Concesiones de Energía Geotérmica, por su parte, establece ciertas limitaciones a los derechos del concesionario basadas en los derechos de terceros. Por ejemplo, se establece que en los mismos terrenos comprendidos por una concesión de energía geotérmica se podrán constituir concesiones mineras, derechos de aprovechamiento de aguas u otorgarse permisos de exploración de aguas subterráneas, otorgarse concesiones administrativas y celebrarse contratos especiales de operación en el caso de sustancias no susceptibles de concesión minera.[142] Asimismo, el Estado o sus empresas podrán explorar o explotar tales sustancias en terrenos comprendidos en una concesión geotérmica. En caso de ser necesario, los titulares de los derechos o concesiones respectivas deberán realizar, a su cargo, las obras necesarias para subsanar las dificultades, debiendo indemnizarse al titular del derecho constituido previamente.[143]

Por último, el titular del derecho de aprovechamiento de aguas tiene la obligación de *no perjudicar los derechos de terceros* constituidos sobre las mismas aguas –en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades–.[144]

Por lo tanto, la legislación nacional es clara al establecer que el titular de una concesión de dominio publico debe respetar los derechos de terceros que puedan verse afectados

---

[135] Artículo 75, LGPA.

[136] Artículo 67 bis LGPA.

[137] Artículo 8, LOC de Concesiones Mineras y artículos 126 y siguientes del Código de Minería.

[138] Artículo 8, LOC de Concesiones Mineras.

[139] Artículo 14, LOC de Concesiones Mineras y artículo16 Nº 3 del Código de Minería.

[140] Artículo 7, LOC de Concesiones Mineras y artículos 14 y 15 del Código de Minería. En caso que no se obtenga el permiso del dueño respecto de los terrenos de cateo reglamentado, la ley contempla un procedimiento judicial para que el permiso sea otorgado por el juez.

[141] Se trata del permiso que deben otorgar algunas autoridades administrativas en los casos que la norma legal señala.

[142] Artículo 28, Ley Nº 19.657.

[143] Artículo 28, Ley Nº 19.657.

[144] Artículo 14, inciso segundo y artículo 129 bis, Código de Aguas.

–patrimonialmente– por el ejercicio de la concesión. A su vez, la mayoría de los estatutos revisados –con la excepción de las leyes sobre concesiones geotérmicas y derecho de aprovechamiento de aguas, que no lo señalan expresamente– exigen respetar y satisfacer el interés publico involucrado en el otorgamiento de estas concesiones.

2.5 Derechos a explorar y explotar

Estos derechos se reconocen expresamente en la legislación minera, de energía geotérmica y de aguas.

Los derechos propios de la concesión de exploración minera son el derecho a explorar dentro de los límites de la concesión;[145] el derecho de catar y realizar trabajos de exploración en todo el ámbito de la concesión –para investigar la existencia de sustancias minerales concesibles–;[146] y el derecho de exclusividad para manifestar pertenencia.[147] Finalmente la ley le concede también el derecho exclusivo frente a la facultad de catar y cavar de terceros y ante otra concesión de exploración posterior.[148]

Respecto de la concesión de exploración de energía geotérmica, el artículo 6 de la Ley Nº 19.657 define "exploración" como el conjunto de operaciones que tienen el objetivo de determinar la potencialidad de la energía geotérmica. La concesión de exploración, por lo tanto, confiere el derecho a realizar los estudios, mediciones y demás investigaciones tendientes a determinar la existencia de fuentes de recursos geotérmicos, sus características físicas y químicas, su extensión geográfica y sus aptitudes y condiciones para su aprovechamiento.[149] A su vez, se confiere a su titular, el derecho exclusivo a que se le otorgue la concesión de explotación sobre la respectiva área de exploración.[150] Este derecho se puede ejercer durante la vigencia de la concesión de exploración y hasta dos años después de vencida.

Por último, en el caso del derecho de aprovechamiento de aguas, se distingue si se trata de aguas superficiales o aguas subterráneas, admitiendo –por la naturaleza de estas últimas– su exploración, con el objeto de su alumbramiento, sin la necesidad de contar con un derecho de aprovechamiento pero, sujetándose a las normas que establezca la DGA.[151] En cambio, para la explotación del recurso se requiere constituir derecho de aprovechamiento de aguas.

---

[145] Artículo 11 Nº 1, LOC de Concesiones Mineras y artículos 107 y 116, inciso primero, del Código de Minería.

[146] Artículo 10 Nº 1, LOC de Concesiones Mineras y artículos 107 y 113 del Código de Minería.

[147] Artículo 10 Nº 2, LOC de Concesiones Mineras y artículo 114 Código de Minería.

[148] Artículo 108, Código de Minería.

[149] Artículo 6, Ley Nº 19.657.

[150] Artículo 14, Ley Nº 19.657.

[151] Estas normas están contenidas en la Resolución Nº 186 de 1996. Para efectos de explorar en terrenos ajenos, se establece la exigencia de contar con la autorización del dueño del mismo, si el suelo es privado. Si

La existencia de un derecho de exploración previo a la explotación, que confiere derechos exclusivos y preferentes para la explotación del recurso va configurando desde temprano un estatuto jurídico que protege fuertemente los derechos del titular de la concesión.

2.6. Derecho a apropiarse del producto

Este derecho se reconoce expresamente en la legislación minera, aun cuando también se desprende de los demás estatutos jurídicos aplicables a los recursos naturales de dominio público.

En particular, en el caso del titular de la concesión minera de exploración se reconoce expresamente el derecho a hacerse dueño de las sustancias minerales concesibles que necesite extraer en el ejercicio de su derecho de exploración.[152] Respecto a la concesión de explotación, la ley reconoce el *derecho a hacerse dueño de todas las sustancias concesibles dentro de los límites de la pertenencia*;[153] y el *derecho a adquirir demasías*.[154]

En los demás estatutos jurídicos no se señala expresamente este derecho, sin embargo, se puede deducir del derecho de propiedad privada que adquiere el titular de la concesión sobre la misma. En efecto, al reconocer el ordenamiento jurídico este derecho, implícitamente se reconoce que el producto obtenido a través de la concesión pasa a formar parte del patrimonio del titular. Así, por ejemplo, el derecho de aprovechamiento de aguas permite a su titular usar y disponer de las aguas que obtiene en virtud de ese derecho.

Esta regla tiene consecuencias muy relevantes para efectos de la mantención del recurso natural. En efecto, si no se establecen límites adecuados respecto a la cantidad de unidades que se pueden explotar o extraer de un recurso,[155] se puede poner en riesgo el sistema o la base del recurso en cuestión, que es lo que permite la sustentabilidad del mismo en el tiempo.[156]

---

se trata de bienes nacionales de uso público o fiscales, corresponde la autorización a la DGA. Por último, también existen las zonas de búsqueda restringida que comprenden zonas que alimentan vegas y los bofedales de las regiones de Tarapacá y de Antofagasta, que requerirán autorización de la DGA independiente que se trate de suelos privados o públicos.

[152] Artículo 10 Nº 3, LOC de Concesiones Mineras y artículo 113 del Código de Minería.

[153] Artículo 11 Nº 2, LOC de Concesiones Mineras y Artículo 116, inciso segundo, Código de Minería.

[154] Artículo 31, Código de Minería: *El terreno encerrado por tres o más pertenencias constituidas, en que no sea posible constituir otra de la forma y cabida mínima indicadas en el artículo 28, será una demasía y accederá por ministerio de la ley, en el momento en que se constituya la pertenencia que dé origen a la demasía, a aquella que haya sido o se tenga por manifestada primero.*

[155] Ver sección 2.4.5. de este capítulo.

[156] Ver sección 2.2.1 del capítulo tercero.

2.7. Derecho a realizar negocios jurídicos sobre la concesión

El ordenamiento jurídico aplicable reconoce con diversa amplitud el derecho del titular de una concesión a realizar negocios jurídicos sobre ella. Así, por ejemplo en un extremo se encuentra la concesión marítima que confiere al concesionario el derecho a transferir la concesión –vender, arrendar, permutar– pero siempre y cuando cuente con la aprobación de la autoridad concedente.[157] Y, en el otro, el derecho de aprovechamiento de aguas que, en la medida que constituye un derecho de propiedad privada del titular, permite la realización de todo tipo de negocios jurídicos con mínima intervención de la autoridad administrativa.[158] En efecto, el titular del derecho de aprovechamiento puede transferir libremente el derecho ya que constituye "un bien autónomo que integra el patrimonio de su titular".[159] A su vez, el Código de Aguas reconoce el derecho a constituir hipoteca sobre el derecho de aprovechamiento.[160]

En una posición similar al derecho de aprovechamiento de aguas se encuentran las concesiones mineras y de energía geotérmica. Las concesiones mineras permiten a su titular transferir la concesión y los derechos reales constituidos sobre ella[161] y constituir hipoteca sobre la concesión.[162] La concesión de energía geotérmica, por su parte, permite a su titular transferir la concesión, total o parcialmente[163] y constituir caución sobre la concesión.[164] [165]

---

[157] Artículos 40 - 46, Reglamento de Concesiones Marítimas.

[158] Dentro de las principales funciones de la DGA se encuentra la confección y mantención de un catastro público de aguas en el que se consignarán todos los datos, actos y antecedentes que digan relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas o que se construyan para ejercerlos (Artículo 122, Código de Aguas).

[159] Segura Riveiro, F., ob.cit. (nº44), p. 105. Ver artículos 113 y 117, que se refieren a las formalidades que se exigen para el perfeccionamiento de los actos traslaticios del dominio y de la tradición del derecho de aprovechamiento.

[160] Artículo 110, Código de Aguas: *Los derechos de aprovechamiento inscritos pueden ser hipotecados independientemente del inmueble al cual su propietario los tuviere destinados. Los no inscritos sólo podrán hipotecarse conjuntamente con dicho inmueble.*

Artículo 111, Código de Aguas: *La hipoteca de los derechos de aprovechamiento inscritos deberá otorgarse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo.*

[161] Artículo 2, LOC de Concesiones Mineras.

[162] Artículo 2, LOC de Concesiones Mineras.

[163] Artículo 24, Ley Nº 19.657.

[164] Artículo 24, inciso tercero de la Ley Nº 19.657.

[165] Guzmán Brito ha interpretado que este último derecho se refiere en realidad al derecho a constituir hipoteca sobre la concesión, dado que de acuerdo con la ley, ésta es calificada como un derecho real inmueble. A su vez, señala, que este derecho no está circunscrito a garantizar sólo obligaciones contraídas para el financiamiento de la concesión misma o de su operación, sino que puede ser otorgada para caucionar cualquier obligación de su titular. Esta misma posición la reitera respecto a la concesión de acuicultura. Guzmán Brito, A., "Dos hipotecas…" ob.cit. (nº 110), pp. 114-115

Por último, se podría decir que la concesión de acuicultura se encuentra en un lugar intermedio entre lo dispuesto para la concesión marítima y la situación del derecho de aprovechamiento de aguas. En efecto, el titular de la concesión de acuicultura puede adquirir el derecho a transferir la concesión, pero dependiendo del régimen jurídico al que se someta. La Ley Nº 20.434 de 2010 incorporó la distinción entre dos tipos de concesiones de acuicultura, las que se regulan en los artículos 80 bis y 80 ter de la LGPA, respectivamente, permitiendo la enajenación de las concesiones de acuicultura y la posibilidad de constituir derechos a favor de terceros sobre determinados tipos de concesiones, pero siempre que acredite la operación de la concesión por un tiempo.

El régimen que establece el artículo 80 bis –que exige el pago de una consignación antes de solicitar la concesión[166]– confiere al titular de la concesión el derecho a transferir o celebrar otro negocio jurídico que tenga por objeto la concesión de acuicultura. Para ejercer este derecho, el titular –salvo que sea integrante de una agrupación de concesiones– debe acreditar la operación de la concesión durante un año, dando cumplimiento a los niveles mínimos de operación fijados en el Reglamento de Concesiones de Acuicultura o, acreditar la calidad de acuicultor habitual.[167] En virtud de este nuevo régimen jurídico se elimina la obligación de contar con una autorización previa de parte de la autoridad para la transferencia de la concesión de acuicultura y, en su reemplazo, se crea un sistema de inscripción registral, denominado Registro de Concesiones de Acuicultura.[168] A los titulares de concesiones que no opten por someterse al régimen del artículo 80 bis les está prohibido transferir o celebrar cualquier otro negocio jurídico que tenga por objeto la concesión, a menos que cumplan con los requisitos que establece el artículo 80 ter. Estos son: que hayan transcurrido seis años, como mínimo, desde la entrega material de la concesión y, que las concesiones hayan sido operadas por su titular en forma directa y en interés propio por tres años consecutivos, dando cumplimiento a los niveles mínimos de operación fijados en el Reglamento de Concesiones de Acuicultura.

Vale, por último, la pena referirse específicamente al derecho a constituir hipoteca sobre la concesión, que confiere la LGPA en su artículo 81 bis.[169] Este derecho fue incor-

---

[166] Se exceptúa de la obligación de realizar la consignación a aquellas concesiones otorgadas para el desarrollo del cultivo de algas, cuya extensión total sea igual o menor a media hectárea y cuyo titular sea una persona natural que no posea más concesión que aquella que le permita acogerse a esta excepción.

[167] De acuerdo con el propio artículo 80 bis de la LGPA se entenderá por "acuicultor habitual", respecto de la primera concesión sometida al régimen de este artículo, al titular de dos o más concesiones de acuicultura que hayan operado durante un mínimo de tres años consecutivos cada una. Para el ejercicio de estos derechos respecto de nuevas concesiones, el acuicultor habitual deberá acreditar haber operado tres años consecutivos una concesión de su titularidad, excluyendo para estos efectos la operación que haya permitido el ejercicio de tales derechos con anterioridad.

[168] Extraído de columna de opinión del abogado Mario Tapia en www.Aqua.cl

[169] Según el artículo 81 bis de la LGPA, la hipoteca sobre la concesión de acuicultura se debe otorgar por escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces que tenga competencia en la comuna en la que se encuentre ubicada la concesión. En lo que no se opongan

porado por la Ley Nº 20.434 de 2010, en coherencia con la hipoteca establecida sobre derechos reales mineros[170] y sobre el derecho de aprovechamiento de agua inmueble[171] y, de acuerdo también, con la interpretación que se realiza sobre la caución que permite la Ley Nº 19.657 de 2000 sobre concesiones de energía geotérmica.[172] Se debe tener presente que la hipoteca no recae ni sobre la concesión como acto administrativo ni sobre los recursos naturales cuyo uso se concede –dado que se trata de bienes nacionales de uso público–.[173] La hipoteca recae sobre los derechos de uso y goce que otorga la concesión al titular.[174]

El que los diversos estatutos jurídicos garanticen estos derechos a realizar negocios jurídicos sobre la concesión, reafirma la conclusión ya enunciada en torno a que las concesiones han ido perdiendo su carácter de título habilitador que otorga el Estado para el uso de los recursos naturales de dominio público y han ido adquiriendo el carácter de un verdadero título de propiedad privada sobre el recurso.

2.8. Derecho a constituir gravámenes sobre bienes de terceros

La legislación minera, de aguas y de concesiones geotérmicas contempla el derecho del titular de la concesión a constituir gravámenes sobre derechos de terceros a favor de su concesión.

En efecto, en materia de aguas, el titular del derecho de aprovechamiento cuenta con el derecho a imponer las servidumbres que sean necesarias para el ejercicio de su derecho.[175] La importancia de este derecho se debe a que el titular del derecho de aguas no es necesariamente el titular del derecho sobre las tierras en que se encuentran las aguas, de manera que resulta imprescindible contar con esta facultad para poder ejer-

---

a las disposiciones de la LGPA, la hipoteca se someterá a las disposiciones contenidas en el Título XXXVIII del Libro IV del Código Civil, denominado "De la Hipoteca".

[170] Artículos 217-222 del Código Minero.

[171] Artículos 110-111 del Código de Aguas.

[172] Según Alejandro Guzmán Brito este es el modelo correcto de garantía real sobre una concesión, a diferencia del modelo que se impuso a partir de 1995 –con la Ley Nº 19.425 que modificó la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades– que creaba una prenda especial sin desplazamiento sobre las concesiones de construcción en el subsuelo. Guzmán Brito, A., "Dos hipotecas sobre…" ob. cit. (nº 110), pp. 70-74.

[173] Ibid, p. 80.

[174] Artículo 81 bis, LGPA. Según Guzmán Brito, la hipoteca permite garantizar cualquier obligación del titular de la concesión, no sólo aquellas derivadas de la actividad acuícola. Ibid, p. 76.

[175] Artículo 8, Código de Aguas: *El que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene, igualmente, a los medios necesarios para ejercitarlos.*

Artículo 25, Código de Aguas: *El derecho de aprovechamiento conlleva, por el ministerio de la ley, la facultad de imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes.*

cer el derecho. A su vez, el Código de Aguas contempla la concesión de los terrenos de dominio público que sean necesarios para ejercer el derecho de aguas.[176]

Por su parte, las concesiones mineras y de energía geotérmica permiten a su titular imponer servidumbres a favor de su concesión.[177] Estas servidumbres –que son legales– son de tres tipos: de *ocupación, de tránsito y en beneficio de las empresas concesionarias de servicios eléctricos.* La primera –respecto de la concesión geotérmica– rige en toda la extensión necesaria, por obras y por instalaciones de exploración y de explotación de energía geotérmica, por sistemas de comunicación, por caminos, por cañerías, construcciones y demás obras complementarias. En relación con la concesión minera, por ejemplo, se establece por depósitos de minerales o plantas de extracción y de beneficio. La servidumbre de *tránsito,* por su parte, se establece para ser ocupada por ferrocarriles, túneles, andariveles, cintas transportadoras y todo otro sistema que sirva para unir la concesión con caminos públicos, estaciones de ferrocarril, puertos, aeródromos, establecimientos de producción comercial o industrial y centros de consumo. Por último, la servidumbre en *beneficio de las empresas concesionarias de servicios eléctricos*, se establece de acuerdo con la legislación respectiva. En todo caso, y con el objeto de proteger los derechos del dueño del predio superficial, la ley establece que si las servidumbres afectan casas, dependencias o terrenos plantados, sólo podrán ser constituidas con acuerdo del dueño del predio superficial.[178] Dichas servidumbres sólo podrán aprovecharse para fines propios de la respectiva concesión y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento.

Por lo tanto, esta regla es coherente con aquella que sostiene que ciertas actividades gozan de estatutos jurídicos que les otorgan preferencia por sobre otras actividades o derechos constituidos sobre los recursos naturales.[179]

2.9. Duración de la concesión

El ordenamiento jurídico reconoce dos tipos de concesiones de dominio público sobre recursos naturales. Aquéllas que tienen una duración limitada en el tiempo y aquéllas que son indefinidas. En la primera categoría se encuentran las concesiones marítimas, las de acuicultura y las concesiones de exploración minera y de energía geotérmica. En

---

[176] Artículo 26, Código de Aguas: *El derecho de aprovechamiento comprenderá la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo.*

Abandonados estos terrenos o destinados a un fin distinto, volverán a su antigua condición.

[177] Artículo 8, LOC de Concesiones Mineras y artículos 109 y 120 del Código de Minería. En este último artículo se contemplan los tipos de servidumbres que se pueden imponer. Estos mismos tipos de servidumbres se permiten respecto de la concesión de energía geotérmica (Artículo 26, Ley Nº 19.657).

[178] La constitución de la servidumbre se determinará por acuerdo entre los interesados que conste en escritura pública, o por resolución judicial, y debe inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces.

[179] Ver sección 2.4.4. de este capítulo.

la segunda categoría se incluyen las concesiones de explotación minera y de energía geotérmica y los derechos de aprovechamiento de aguas.

2.9.1. Regla de temporalidad

En cuanto a las *concesiones marítimas*, el DFL 340 distingue entre concesiones y permisos o autorizaciones.[180] Las primeras se otorgan por un plazo que no puede exceder a 50 años.[181] En cambio, los permisos o autorizaciones sólo son otorgados hasta por el plazo de un año.[182] A su vez, las concesiones marítimas se clasifican en mayores o menores de acuerdo con el plazo por el cual son otorgadas.[183] Cabe señalar que la renovación de la concesión debe seguir el mismo procedimiento de constitución de la misma, aun cuando será preferida frente a una nueva solicitud, a menos que esta última presente un mejor uso del borde costero, de acuerdo con la PNUBC.[184]

A su vez, la Administración Pública cuenta con la facultad de *poner término a la concesión marítima,* fundado en razones de interés público, debiendo como regla general, otorgar un plazo de gracia mínimo.[185] En caso que no se otorgue el plazo de gracia, el concesionario tendrá derecho a la indemnización de perjuicios correspondiente.[186]

El artículo 56 del Reglamento de Concesiones Marítimas identifica las siguientes causales de terminación de las concesiones o permisos: la muerte del concesionario; el vencimiento del plazo; el término del objeto para el cual se otorgó la concesión; la destrucción de las mejoras fiscales entregadas en concesión; la transferencia o cesión efectuada con consentimiento del Estado; el acuerdo mutuo del Estado y del concesionario; el desahucio dado por el Estado al concesionario; y la terminación de la concesión decretada por el Estado. Cabe señalar que el estatuto jurídico aplicable distingue entre terminación y caducidad, correspondiendo esta última –en el fondo– a una sanción por infracción grave del concesionario.[187] Es decir, la caducidad constituye una sanción que

---

[180] Artículo 3, inciso cuarto, DFL 340.

[181] Artículo 24, Reglamento de Concesiones Marítimas.

[182] Artículo 3, inciso cuarto, DFL 340.

[183] Las concesiones marítimas mayores son aquellas cuyo plazo excede de 10 años (o involucra una inversión mayor a 2500 UTM). Las concesiones marítimas menores son aquéllas que se otorgan por un plazo superior a 1 año e inferior a 10 (o que involucre una inversión inferior a 2500 UTM). Artículo 24, Reglamento de Concesiones Marítimas.

[184] Artículo 15, inciso segundo, Reglamento de Concesiones Marítimas.

[185] Artículo 57, Reglamento de Concesiones Marítimas. El plazo de gracia mínimo es el equivalente a la décima parte del plazo por el cual se otorgó la concesión.

[186] Artículo 58, Reglamento de Concesiones Marítimas.

[187] Las causales de caducidad de la concesión marítima, por lo tanto, se basan en infracciones como el atraso en el pago de la renta o tarifa o el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el DFL 340, su Reglamento, o en el decreto de concesión (Artículo 53, Reglamento de Concesiones Marítimas).

puede ejercer la Administración en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario.

En cuanto a las *concesiones de acuicultura*, el artículo 69, inciso 2 de la LGPA, dispone:

> *Las concesiones de acuicultura tendrán un plazo de 25 años y se renovarán por igual plazo, a menos que la mitad de los informes ambientales hayan sido negativos; así como no se hayan verificado las causales de caducidad de la presente ley.*

Es decir, las concesiones de acuicultura tendrán una duración de 25 años, con renovación automática pero condicionada. Sin perjuicio de ello, aquellas concesiones que hubiesen sido otorgadas con anterioridad a la vigencia de la Ley Nº 20.434 de 2010 que modificó la LGPA y estableció el plazo de 25 años, continuarán teniendo una duración indefinida, según se establecía en la legislación anterior.[188]

Por lo tanto, la Administración Pública también tiene en este caso la facultad de *poner término a la concesión*, pero sólo después de 25 años y siempre que la mitad de los informes ambientales hayan sido negativos durante ese período.[189] En cuanto a la caducidad de la concesión de acuicultura, el artículo 142 de la LGPA señala, entre tales causales, la explotación de la concesión para un objeto diferente de aquel para el cual se otorgó, el no pago de la patente, el incumplimiento de las normas sobre descanso, o el no cumplir con ciertos plazos para el inicio de operaciones en el centro de cultivo.

La *concesión de exploración minera*, por su parte, no podrá tener una duración superior a cuatro años[190] y la de *exploración de energía geotérmica* tendrá un plazo de 2 años, el que podrá ser prorrogado, una sola vez, por dos años más.[191]

2.9.2. Regla de perpetuidad

La *concesión de explotación minera* tendrá una duración indefinida.[192] Se deduce de lo anterior que las facultades de la Administración en materia de concesiones mineras son muy pocas. Esto se explica, también, en la medida que su constitución y término se encuentra entregada a los tribunales ordinarios civiles. El propio artículo 19 Nº 24 de la Constitución así lo reconoce al señalar en sus incisos séptimo y octavo, lo siguiente:

---

[188] Artículo 15 transitorio de la Ley Nº 20.434 de 2010.

[189] El artículo 83 de la LGPA menciona las causales de terminación de las concesiones, indicando que éstas también terminan por renuncia voluntaria de su titular a la totalidad o parte de ella, la que deberá efectuarse por escritura pública.

[190] Artículo 17, LOC de Concesiones Mineras.

[191] Artículo 36, Ley Nº 19.657.

[192] Artículo 17, LOC de Concesiones Mineras.

> *(…La ley…) 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.*

En efecto, la autoridad administrativa minera –el Sernageomin– sólo interviene con un informe técnico durante el proceso de constitución de la concesión y, luego, mediante la inscripción y publicación de las mismas. Otras autoridades –como los Intendentes, Gobernadores, el Ministerio de Defensa Nacional e incluso el Presidente de la República– sólo intervienen al momento de otorgar el permiso que se requiere para ejecutar labores mineras en ciertos lugares que identifica el artículo 17 del Código. Sin duda esta situación difiere de las demás concesiones de dominio público que aquí se analizan, en que la autoridad tiene, en dichos casos, facultades –más o menos limitadas– para poner término a la concesión por razones de interés público.

Las *concesiones de explotación de energía geotérmica* también tienen duración indefinida. Por lo tanto, sólo operan a su respecto las causales de caducidad, extinción y renuncia de la concesión, establecidas en los artículos 39-42 de la Ley Nº 19.657. La caducidad es irrevocable y opera por el solo ministerio de la ley si el concesionario deja de pagar dos patentes consecutivas. La concesión, por el contrario, se extingue por resolución judicial y a solicitud del Ministerio de Energía, si el concesionario, aun habiendo pagado patente, no desarrolla las actividades de explotación de su concesión, pudiendo hacerlo en condiciones razonables de rentabilidad, con el fin de obtener utilidades o ventajas adicionales mediante la explotación de otras fuentes energéticas. Por último, la concesión es renunciable parcial o totalmente, mediante escritura pública otorgada por el concesionario. Es decir, en este caso, las facultades de la Administración se encuentran limitadas por la ley, en comparación con las concesiones marítimas y de acuicultura –en que es la propia Administración la que pone término a la concesión– pero son más amplias que en las concesiones mineras donde la Administración no puede solicitar al juez que se declare el término de la misma.

Por último, el artículo 129 del Código de Aguas dispone que el dominio del *derecho de aprovechamiento* se extingue por renuncia[193] y por las causas y en la forma establecida por el derecho común. Es decir, por las reglas generales del derecho civil. Por lo tanto, el derecho de aprovechamiento de aguas es en realidad perpetuo, sin perjuicio que pueda cambiar su titularidad en caso de transferencia.

---

[193] La renuncia está regulada en el artículo 6, inciso tercero, del Código de Aguas.

La regla de la perpetuidad de la concesión es coherente con aquélla que reconoce la adquisición de un derecho de propiedad privada por parte del titular de la concesión, en que es a éste a quien se reconoce la facultad de renunciar a la misma antes que al legislador la de establecer un plazo o a la Administración la facultad de ponerle término –con la excepción de las causales de caducidad y extinción de la concesión–. Es decir, la perpetuidad de la concesión, en la práctica, implica la privatización del recurso natural.

2.10. Constitución y ejercicio de la concesión a título gratuito u oneroso

El ordenamiento jurídico reconoce distintos tipos de concesiones de dominio público sobre los recursos naturales, dependiendo de la imposición de la obligación de pagar una renta o tarifa para la constitución y/o para el ejercicio de la concesión. Dentro de las concesiones que deben pagar, se distingue aquéllas que sólo pagan para la constitución de la concesión de aquéllas que deben pagar también durante su ejercicio. Las concesiones que se constituyen y se ejercen a título oneroso son las concesiones marítimas, las concesiones de acuicultura, y las concesiones de energía geotérmica. Las concesiones mineras, por su parte, sólo se constituyen a título oneroso. Por el contrario, el derecho de aprovechamiento de aguas se constituye gratuitamente y, sólo en el caso que no se cumpla con el uso del recurso se deberá pagar una patente. Por último, las concesiones de exploración de energía geotérmica se constituyen y se ejercen a título gratuito.

2.10.1. Título oneroso

Las *concesiones marítimas* son, por regla general, onerosas. De acuerdo con el DFL Nº 340 el concesionario está obligado a pagar a beneficio fiscal una renta mínima consistente en un 16% anual sobre el valor de tasación de los terrenos, practicada por el Servicio de Impuestos Internos.[194] Cuando por la naturaleza del bien no sea aplicable dicha renta, se pagará una tarifa anual que determinará el reglamento.[195] Excepcionalmente, sin embargo, la concesión marítima será gratuita cuando se otorgue a municipalidades, instituciones de beneficencia social, de carácter religioso, y otras.[196] Sin embargo, si se destinan a fines de lucro o se traspasan a particulares, deberán pagar con efecto retroactivo las rentas mínimas indicadas por la ley.[197] Las concesiones que se otorguen a las organizaciones de pescadores artesanales, en aquella parte en que no comprenden el uso de infraestructura portuaria fiscal de apoyo a la pesca artesanal, pagarán la tarifa reducida en un 50%.[198]

---

[194] Artículo 4, inciso primero, DFL 340.
[195] Artículo 4, inciso tercero, DFL 340.
[196] Artículo 4, inciso segundo, DFL 340.
[197] Artículo 4, inciso segundo, DFL 340.
[198] Artículo 66, Reglamento de Concesiones Marítimas.

Las *concesiones de acuicultura* son también onerosas.[199] El artículo 84 de la Ley –que fue modificado el 2010– dispone que todo concesionario pagará anualmente una patente única de acuicultura, correspondiente a dos unidades tributarias mensuales por hectárea, salvo en el caso de concesiones de acuicultura cuyo proyecto técnico considere peces exóticos, las que pagarán 20 UTM por hectárea. A su vez, en caso que el centro de cultivo no sea usado, se pagarán 10 UTM por hectárea adicionales, por cada año de no uso –salvo que se encuentre en alguna de las circunstancias que señala la ley, las cuales suponen situaciones especiales de carácter ambiental o sanitario–. El producto de la patente será distribuido entre las regiones y comunas del país que corresponda a la concesión, asignándose un 50% al Fondo Nacional de Desarrollo Regional y el otro 50% a las municipalidades respectivas.

Por su parte, la *concesión de explotación de energía geotérmica* impone a su titular *el pago de una patente anual* a beneficio fiscal.[200] Esta patente será equivalente a un décimo de unidad tributaria mensual por cada hectárea completa de extensión territorial comprendida por la concesión. Una cantidad igual a la recaudada por las patentes de concesiones de energía geotérmica será distribuida entre las regiones y comunas del país de la siguiente forma: un 70% al Fondo Nacional de Desarrollo Regional de la región en cuyo territorio esté situada la concesión, y un 30% a las municipalidades de las comunas en que estén situadas dichas concesiones.[201]

Por último, y tal como ya se indicó, el Código de Minería exige en su artículo 51 sólo el pago de una tasa a beneficio fiscal, por una sola vez, por cada pedimento y cada manifestación. Esta tasa se expresa en "centésimos de unidad tributaria mensual" dependiendo de la extensión de hectáreas que se solicitan en la concesión.[202]

2.10.2. Título gratuito

El *derecho de aprovechamiento de aguas* se constituye de manera gratuita, por lo tanto los titulares del derecho no deben realizar pago alguno por el uso de las aguas. Sin embargo, a partir de la reforma al Código de Aguas del año 2005 se introduce la obligación del titular de *pagar una patente a beneficio fiscal* en caso que no construya las obras ne-

---

[199] Con la excepción de las anteriores autorizaciones de acuicultura otorgadas en cursos de aguas fluviales; las concesiones de acuicultura otorgadas para desarrollar actividades de cultivo de algas cuya extensión total sea igual o menor a una hectárea (y cuyo titular no posea más concesión que aquella que le permite acogerse a esta excepción); de aquellos concesionarios afectados por catástrofes naturales, por el término que dure el evento; y, por un periodo de tres años, las concesiones de acuicultura de que sean titulares las organizaciones de pescadores artesanales, cualquiera que sea el tipo de cultivo, cuando la proporción de superficie total, dividida por el número total de afiliados sea igual o menor a 0,5 hectáreas. Artículo 84 LGPA.

[200] Artículo 32, Ley Nº 19.657.

[201] Artículo 33, Ley Nº 19.657.

[202] La tasa va desde medio centésimo de UTM si la superficie total pedida no excede de trescientas hectáreas hasta cinco centésimos si la superficie manifestada excede de seiscientas hectáreas.

cesarias para usar las aguas que se le han concedido.[203] El 75% del producto del pago de las patentes por no utilización de los derechos de aguas será distribuido entre las regiones y comunas del país, asignando el 65% al Fondo Nacional de Desarrollo Regional de la región en que se encuentren inscritos los derechos y el 10% restante a las respectivas comunas, según la distribución proporcional de la superficie de las cuencas.[204] En este caso se debe resaltar el establecimiento de una regla única en nuestro ordenamiento jurídico sobre recursos naturales, consistente en el pago sólo en caso de "no uso" del recurso.

Por último, las *concesiones de exploración de energía geotérmica* son gratuitas.

2.11. Derecho de terceros a participar en el procedimiento de constitución de la concesión

Cabe señalar que la regulación del derecho de terceros a participar en la constitución de una concesión sobre recursos naturales de dominio público se determina tanto por la existencia de reglas generales de intervención de terceros en el procedimiento administrativo, como por la regulación específica aplicable a cada caso.

Las reglas generales respecto a la intervención de terceros en los procedimientos administrativos se encuentran contempladas en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA) que permite a los terceros interesados intervenir en el procedimiento administrativo.[205] Sin embargo, en lo que dice relación con las concesiones mineras dicha normativa no resulta aplicable dado que se trata de un procedimiento judicial, aunque no contencioso.

A continuación se analizará, en los distintos estatutos jurídicos, el reconocimiento o no del derecho a participar en la constitución de una concesión de dominio público sobre recursos naturales.

En cuanto a las concesiones mineras que, como se dijo, se constituyen por procedimiento judicial especial, es la autoridad judicial –juez de letras civil competente– la encargada de constituir las concesiones que confieren los derechos de exploración y explotación a los particulares sobre los recursos minerales.[206] Por lo tanto, no se trata de un procedimiento ante la autoridad administrativa, quien no interviene en el otorgamiento de la concesión, con la única excepción del Servicio Nacional de Geología y Minería (Serna-

---

[203] Artículos 129 bis 4 -129 bis 21, Código de Aguas.

[204] Artículo 129 bis 19.

[205] Artículo 21, Ley Nº 19.880 de 2003, Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA).

[206] Artículo 37, Código de Minería: "*Será competente para intervenir en la gestión de constitución de las concesiones el juez de letras en lo civil que tenga jurisdicción sobre el lugar en que esté ubicado el punto medio señalado en el pedimento, o el punto de interés indicado en la manifestación.*"

geomin) que debe emitir un informe técnico.[207] El procedimiento judicial que otorga la concesión minera constituye, por regla general, un procedimiento no contencioso[208] y la sentencia respectiva sanea todos los vicios que se hayan incurrido en la tramitación, produciendo cosa juzgada.[209] Sin embargo, si se trata de una concesión de explotación el procedimiento puede volverse contencioso, puesto que se deberá publicar la solicitud y dar un plazo para deducir oposiciones a terceros.[210]

En lo que dice relación con las concesiones de energía geotérmica, la ley exige publicar un extracto de la solicitud de concesión en el Diario Oficial, en un diario de circulación nacional y otro de circulación regional. Además, en el caso de tratarse de sectores de difícil acceso, deberá comunicarse el contenido de la solicitud, por medio de tres mensajes radiales que lleguen a tales sectores. Dentro del plazo de 45 días desde la fecha de la publicación, los titulares de derechos[211] que se puedan ver afectados pueden hacer sus reclamos ante el Ministerio de Energía, quien dará traslado para que el peticionario tome conocimiento de éstos y formule sus descargos. Cabe señalar que este derecho a presentar las reclamaciones u observaciones no podrá ejercitarse cuando la solicitud de concesión de explotación haya sido precedida por una concesión de exploración sobre todo o parte del mismo terreno.

Cabe señalar que la ley de concesiones de energía geotérmica contiene, a su vez, ciertas herramientas que hacen posible la participación de distintas autoridades u órganos públicos en el proceso de otorgamiento de una concesión, que puede servir de base para solucionar o precaver conflictos con terceros. En efecto, el artículo 12 de la Ley faculta al Ministerio de Energía para que solicite los informes que estime pertinentes para *"evitar o precaver conflictos de derechos o intereses entre el solicitante de una concesión de energía geotérmica y los titulares de otros derechos en el área pedida, o para una mejor resolución de la solicitud de concesión geotérmica".*

Respecto al derecho de aprovechamiento de aguas, la solicitud debe ser publicada dentro de los 30 días de su presentación, en el Diario Oficial y mediante un aviso destacado,

---

[207] Artículo 56 respecto del procedimiento de concesión de exploración y artículos 79 y 80 para el de explotación, todos del Código de Minería.

[208] Artículo 34, inciso primero, Código de Minería: "*Las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona.*"

[209] Artículo 86, inciso cuarto, Código de Minería: "*Dictada la sentencia constitutiva de la concesión, quedan saneados todos los vicios procesales y las caducidades en que se pueda haber incurrido en la tramitación.*"

[210] Artículo 61, Código de Minería. La publicación se hace en el Boletín Oficial de Minería.

[211] De acuerdo con el artículo 18 de la Ley Nº 19.657, se trata de los dueños de los terrenos superficiales, los dueños de concesiones mineras o de derechos de aprovechamiento de aguas, los titulares de derechos de exploración o de explotación de hidrocarburos líquidos o gaseosos, o de litio, o los titulares de derechos sobre extensiones territoriales cubiertas por la respectiva concesión de energía geotérmica.

en un diario de Santiago y de la provincia correspondiente. Luego, se da lugar a la etapa de oposición –si procede– que se refiere al reclamo que pueden interponer los titulares de otros derechos constituidos en el mismo curso de agua que puedan ser perjudicados por la escasez del recurso o por la forma y lugar en que se pretenden extraer las aguas. En esos casos se puede formular una oposición ante la DGA, que da traslado al solicitante para que se haga cargo de sus fundamentos, debiendo finalmente la autoridad acogerla o rechazarla.[212]

El procedimiento de constitución de una concesión marítima también contempla la posibilidad de que terceros se opongan a la concesión haciendo valer derechos adquiridos sobre el objeto de la concesión, siempre que ésta impida, obstaculice o sea incompatible con el libre ejercicio de tales derechos; o también si reclaman que la concesión les causa perjuicios.[213] Por último, en cuanto a las concesiones de acuicultura rigen las normas generales de la LBPA para efectos de la participación de terceros.[214]

Como se puede concluir, la participación de terceros en el procedimiento de constitución de las concesiones sobre los recursos naturales obedece más bien al objetivo de permitir hacer valer sus pretensiones a aquellos que tienen derechos adquiridos sobre tales recursos, antes que establecer una etapa de participación ciudadana para escuchar a aquellos que puedan tener meros intereses en el proceso de adopción de decisiones por parte de las autoridades competentes. Este derecho a ser oído como ciudadano, por lo tanto, no se encuentra contemplado para estas materias en el ordenamiento jurídico nacional.

3. Regulación aplicable a recursos naturales de propiedad privada

Se ha sostenido que los recursos naturales de propiedad privada se definen de manera residual en nuestro ordenamiento jurídico.[215] Se trata de aquellos recursos que no son comunes a todos los hombres o que no están sujetos al dominio público porque la ley no lo ha declarado así. Constituyen la regla general, en la medida que el artículo 19 Nº

---

[212] Artículo 134, Código de Aguas. Según Francisco Segura, no solamente los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas pueden verse perjudicados y, por lo tanto, también tienen derecho a formular una oposición aquéllos que puedan verse perjudicados en el uso de las aguas. Segura Riveiro, F., ob.cit. (nº 44), p. 77.

[213] Artículo 8, DS Nº 2 de 2005, Reglamento sobre Concesiones Marítimas.

[214] Así lo dispone expresamente el artículo 75 de la LGPA respecto de las concesiones de acuicultura.

[215] Tal como ya se ha indicado en este trabajo, la Constitución reconoce tanto el dominio público (artículo 19 Nº 23) como la propiedad privada (artículo 19 Nº 24). Debido a que la redacción de la primera disposición ampara el dominio público como una excepción a la libertad de adquirir toda clase de bienes, algunos han concluido la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público. Ver Montt, S., *El Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización* (LexisNexis, Chile, 2002), pp. 149-151.

23 garantiza la libertad para adquirir toda clase de bienes.[216] Estos bienes se rigen por el derecho civil o "derecho común" y por las leyes especiales que definen el uso y goce de dichos bienes a favor de los particulares. En esta categoría se incluyen el suelo, los bosques y la flora, los que son objeto de titularidad privada de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil.[217] La fauna silvestre y los recursos hidrobiológicos ("animales bravíos" según las palabras del Código Civil[218]) se consideran de titularidad privada una vez que se adquieren mediante la ocupación, es decir, cuando son capturados por el ser humano.[219] La "fauna doméstica o domesticada", por su parte, es objeto de propiedad privada de acuerdo con las reglas generales de los modos de adquirir el dominio.[220] Es decir, por regla general, para adquirir un animal doméstico se requerirá la voluntad del dueño del espécimen.

Los recursos naturales de propiedad privada en teoría excluyen el acceso, uso y aprovechamiento de cualquier otro sujeto que no sea el titular del derecho de dominio u otros derechos reales constituidos sobre el bien. Ello limita las facultades del Estado sobre dichos recursos pudiendo solamente intervenir en los siguientes casos: en la regulación de la actividad económica que se basa en el recurso, en virtud del artículo 19 Nº 21 de la Constitución;[221] en la regulación de los límites del ejercicio del derecho de propiedad mediante la determinación de su función social, que incluye especialmente la conservación del patrimonio ambiental –en virtud del artículo 19 Nº 24 de la Constitución–;[222] y

---

[216] Tal como se verá en la sección 5 de este capítulo, en este trabajo se parte de la base que la categoría de bienes "comunes a todos los hombres" es una categoría abierta cuyo contenido se puede ir determinando mediante la inclusión de bienes ambientales cuya naturaleza es la de un bien común, tal como los servicios ecosistémicos, los glaciares, la materia prima de las energías renovables o los recursos genéticos. Este enfoque tiene consecuencias en materia de propiedad privada y en el derecho a adquirir toda clase de bienes.

[217] La titularidad privada sobre el suelo, los bosques y la flora deriva de la regulación del derecho civil en materia de propiedad de los bienes inmuebles. Artículos 568 y 569 del Código Civil.

[218] El Código Civil efectúa la siguiente clasificación de la fauna en su artículo 608: *Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre como las fieras y los peces; domésticos los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas, y domesticados los que sin embargo de ser bravíos por su naturaleza se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre. Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos.*

[219] Artículos 606, 607, 608, 609, 610 y 611 del Código Civil.

[220] Artículo 623 del Código Civil.

[221] Ejemplos de leyes que regulan actividades económicas sobre recursos naturales de titularidad privada son: la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC); el DL Nº 701 sobre Fomento Forestal; la Ley Nº 19.473 de Caza, de 1996; la LGPA de 1981 y sus modificaciones; la Ley Nº 19.713 de 2001, que establece como medida de administración el límite máximo de captura por armador a las principales pesquerías industriales nacionales.

[222] Ejemplos de leyes que dan contenido a la función social ambiental de la propiedad son, por ejemplo, la Ley Nº 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) de 1994, modificada el 2010 (que contempla una serie de instrumentos de gestión ambiental que limitan el derecho de propiedad privada sobre los elementos del medio ambiente); la Ley Nº 20.283 de Bosque Nativo, de 2008; la Ley Nº 19.473 de Caza, de

en el establecimiento de restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos para proteger el medio ambiente –basado en el artículo 19 Nº 8 de la Constitución–.[223]

A continuación se analizarán los principales reglas relativas al acceso, uso y aprovechamiento que contempla el ordenamiento jurídico nacional respecto de los recursos naturales de propiedad privada. A diferencia de las reglas identificadas, con anterioridad, para los recursos naturales de dominio público –que se aplican tanto para determinar el acceso al recurso como para definir sus usos– en este caso se trata sobre todo de reglas que permiten a la autoridad intervenir en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. En efecto, esto es así debido a que el acceso a los recursos naturales de titularidad privada se encuentra regulado por los modos de adquirir el dominio, en particular, la ocupación, la accesión y la prescripción adquisitiva.[224]

3.1 Ausencia de planificación pública del uso y aprovechamiento

Tal como se indicó para el caso de los recursos naturales de dominio público, nuestro ordenamiento jurídico carece, por regla general, de la obligación de planificar el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Sin embargo, así como existe una excepción para el caso de los recursos naturales de dominio público –en particular, las concesiones marítimas y de acuicultura– con la denominada Zonificación del Uso del Borde Costero, también la existe sobre los recursos naturales de titularidad privada, mediante la planificación del uso del suelo urbano a través de los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT).[225]

Cabe señalar que sólo el suelo urbano es objeto de planificación territorial, quedando el suelo rural fuera del alcance de los IPT. Por lo tanto, todos los terrenos que se encuentran fuera de los límites de un IPT y que constituyen suelo rural o "rústico" –según las palabras que usa el DL Nº 3.516 de 1980, sobre Subdivisión de Predios Rústicos– no son objeto de planificación.[226] Llama la atención esta focalización de la planificación en el uso

---

1996; la LGPA y sus modificaciones (que establece mecanismos de protección de los recursos hidrobiológicos, tales como, por ejemplo, las autorizaciones de pesca o la veda biológica).

[223] Por ejemplo, las siguientes normas han establecido restricciones al derecho de propiedad para proteger el medio ambiente: el DS Nº 490 de 1977 que declara monumento natural a la especie forestal alerce y el DS Nº 43 de 1990, declara monumento natural a la araucaria araucana.

[224] Ver sección 3.2.2.a) del capítulo tercero.

[225] De acuerdo con la normativa nacional existen diversos IPT, cada uno con diferentes ámbitos de extensión territorial: nacional, regional, intercomunal y comunal. Ver artículo 28, DFL Nº 458 de 1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), modificada por última vez el 2012.

[226] El DL Nº 3.516 de 1980 (modificado por última vez en 2012) define en su artículo 1 al "predio rústico" como "los inmuebles de aptitud agrícola, ganadera o forestal ubicados fuera de los límites urbanos o fuera de los límites de los planes reguladores intercomunales de Santiago y Valparaíso y del plan regulador metropolitano de Concepción (…)".

del suelo urbano, que deja casi en un completo vacío regulatorio la planificación del uso del suelo rural.

Tal como se indicó, los IPT[227] –y las autorizaciones o permisos que se requieren para desarrollar determinadas actividades en el suelo urbano–[228] son los instrumentos mediante los cuales la autoridad define los usos posibles y prohibidos para el recurso suelo.[229] Esta planificación impone requisitos y exigencias que, en la práctica, pueden entrar en conflicto con las garantías que otorga el derecho de propiedad privada sobre el mismo suelo.[230] En efecto, la planificación del uso del suelo implica una opción por determinados usos y actividades, los que se traducen en una limitación del derecho de propiedad del titular del recurso. Es decir, muchas veces se produce una colisión entre las potestades urbanísticas del Estado y el derecho de propiedad privada reconocido por el ordenamiento jurídico.[231]

Sin perjuicio que esta misma situación se puede producir respecto de la aplicación de limitaciones al uso y aprovechamiento de cualquier recurso natural de propiedad privada, el conflicto ha surgido con mayor fuerza en materia de uso del suelo.[232] Es posible que esta intensidad derive de una característica muy importante de los IPT que consiste en que se trata de planes esencialmente transitorios y que se modifican en función del desarrollo urbano –por lo que un derecho que hoy puede encontrarse establecido por la

---

[227] Regulados por la LGUC y su ordenanza, DS Nº 47 de 1992 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (modificada por última vez mediante DS Nº 25 de 2012).

[228] Estas autorizaciones son por regla general competencia de la autoridad local (municipalidad) y deben ser otorgadas en conformidad con las reglas establecidas en los IPT.

[229] Cabe señalar, sin embargo, que el vacío regulatorio en materia de uso del suelo rural se completa en la práctica con las legislaciones sectoriales respectivas, tal como, por ejemplo, la legislación forestal. Sin embargo, de la aplicación de esta normativa no se deduce la existencia de una planificación del uso del suelo rural, como sí existe respecto del suelo urbano. Esta situación ha permitido que sea la autoridad sectorial la que adopte decisiones en relación con el uso del suelo, sin tener en cuenta necesariamente la multiplicidad de usos que compiten dentro de una misma zona. De ahí que se ha sostenido que el ordenamiento territorial nacional se ha visto afectado por "las tensiones derivadas de la presión concurrente sobre un mismo territorio de distintos usos y competencias de los órganos públicos". Cordero, E., "El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIX (Valparaíso, Chile, 2º semestre 2007), p. 271.

[230] Letelier, R., "Propiedad y Potestades Urbanísticas", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Año 2 Nº 1, agosto 2001, p. 80.

[231] Ibid, p. 81.

[232] Por ejemplo, Sentencias del Tribunal Constitucional Rol Nº 153 de 1993, Requerimiento formulado para que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 19 de junio de 1992, que aprueba el Plan Regulador Intercomunal La Serena - Coquimbo, invocando el N°5 del artículo 82 de la CPR; y Rol Nº 253 de 1997, Requerimiento formulado por diversos senadores para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del Decreto Supremo Nº 171, de fecha 5 de diciembre de 1996, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 17 de enero de 1997, de acuerdo al artículo 82, Nº 5, de la CPR, que establecía un sistema de cesiones gratuitas de terrenos en todo tipo de loteos.

normativa, mañana puede no estarlo[233]– y porque los IPT son actos administrativos y no leyes, siendo que la Constitución reserva las limitaciones a la propiedad sólo a la ley.[234]

De aquí que, fuera de lo excepcional de la planificación del uso del suelo en el contexto de la regulación aplicable a los recursos naturales de titularidad privada, los IPT presentan también falencias y debilidades que dan origen a conflictos como aquéllos que ha debido conocer el Tribunal Constitucional.[235]

3.2 Reserva de autorización para el uso y aprovechamiento

La regla general de nuestro ordenamiento jurídico consiste en la exigencia de obtener una autorización pública para poder usar y aprovechar los recursos naturales, aun cuando éstos sean de titularidad privada. Así, las diferentes legislaciones sectoriales aplicables lo establecen de manera específica con el objeto de permitir a la autoridad su intervención en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales respecto de los cuales no tiene titularidad.[236]

A continuación se identifican las principales autorizaciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de recursos naturales de propiedad privada.[237]

3.2.1. Plan de manejo forestal

La legislación forestal incorpora los planes de manejo forestal como el instrumento que permite a la Administración Pública intervenir en el uso y aprovechamiento del recurso forestal nacional. Su fundamento legal se encuentra en el DL Nº 701 de 1974 sobre

---

[233] Rajevic, E., "La Propiedad Privada y los Derechos Adquiridos ante la Planificación Urbana", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 25 Nº 1, enero-marzo 1998, pp. 74-109. De acuerdo con el autor "los deberes urbanísticos son limitaciones a la facultad de usar el bien, sin llegar a afectarla en su esencia, sino sólo conforme a la función social que grava a la propiedad". Además, sostiene, que la modificación de los planes reguladores está respaldada legalmente ya que "el proceso planificador no se agota con la dictación de un Plan, permaneciendo en la autoridad la facultad de modificarlo e, incluso, reemplazarlo íntegramente."

[234] Ibid, pp. 65-70. De acuerdo con Rajevic, la reserva legal se debe entender de manera que la ley establezca el máximo de determinación posible, es decir, "hasta donde lo permita la generalidad que caracteriza a las leyes, especificando además los criterios materiales y técnicos que deba utilizar el administrador para adoptar sus decisiones (…) el reglamento sólo podrá ejecutar disposiciones legales: jamás crear nuevas limitaciones o regulaciones independientes del texto legal". Afirma, a su vez, que la LGUC es muy parca y no se refiere a la sustancia y criterios de regulación.

[235] Ver pie de página nº232.

[236] Al respecto ver: Villar Ezcurra, JL, Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares (Civitas Ediciones, Madrid, España,1999).

[237] No se mencionará en esta sección el plan de manejo de la Ley Nº 19.300, LBGMA, debido a la ausencia de su aplicación en la práctica.

Fomento Forestal y sus modificaciones,[238] y en la Ley Nº 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, de 2008.

El artículo 2 del DL 701 define Plan de Manejo en los siguientes términos:

> *Plan de manejo: Instrumento que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, regula el uso y aprovechamiento racional de los recursos naturales renovables de un terreno determinado, con el fin de obtener el máximo beneficio de ellos, asegurando al mismo tiempo la preservación, conservación, mejoramiento y acrecentamiento de dichos recursos y su ecosistema.*

La Ley de Bosque Nativo, que tiene como objetivos la protección, recuperación y mejoramiento de los bosques nativos del país, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental, también regula los planes de manejo aplicables específicamente al bosque nativo, definiéndolo en su artículo 2 N°18, como*:*

> *"Plan de Manejo: instrumento que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, planifica la gestión del patrimonio ecológico o el aprovechamiento sustentable de los recursos forestales de un terreno determinado, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos.*
>
> *Será plan de manejo de preservación cuando tenga como objetivo fundamental resguardar la diversidad biológica, asegurando la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y ecosistemas contenidos en el área objeto de su acción.*
>
> *Será plan de manejo forestal cuando su objetivo sea el aprovechamiento del bosque nativo para la obtención de bienes madereros y no madereros, considerando la multifuncionalidad de los bosques y la diversidad biológica."*

Las particularidades de los planes de manejo aplicables al bosque nativo surgen a propósito de la distinción o clasificación que efectúa esta ley respecto de estos bosques. Este cuerpo normativo distingue entre Bosque Nativo de Preservación, Bosque Nativo de Conservación y Protección, y Bosque Nativo de Uso Múltiple, precisando en cada caso el tipo de intervenciones que pueden realizarse, de conformidad a los objetivos de manejo de cada una de estas categorías.

El plan de manejo constituye, entonces, la figura jurídica clave para efectos de regular el uso y aprovechamiento del recurso forestal. En efecto, este plan constituye un permiso de corta o de tala de árboles que, además, establece la obligación de reforestar una

---

[238] Cabe señalar que el Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley de Fomento Forestal que modifica y extiende el DL 701, el que se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional (Boletín 8603-01). Ver http://www.conaf.cl/nuestros-bosques/plantaciones-forestales/nueva-ley-de-fomento-forestal/ (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

superficie igual, a lo menos, a la cortada o explotada en las condiciones que señale el plan.[239]

De todo lo anterior se deduce que todos aquellos que sean titulares de recursos forestales a los que se aplique esta normativa,[240] deberán presentar un plan de manejo a la Corporación Nacional Forestal (CONAF). Por regla general, es el titular de recurso forestal el que debe elaborar el plan. Sin embargo, la ley introduce una excepción a esta obligación, a favor de los pequeños propietarios forestales quienes pueden acogerse a planes elaborados por la propia autoridad.[241] Se incluyen en esta categoría a las personas que son dueñas de predios rústicos que no excedan de 200 hectáreas o de una cantidad superior dependiendo de la región,[242] cuyos activos no superen el equivalente a 3.500 unidades de fomento, que su ingreso provenga principalmente de la explotación agrícola o forestal y que trabajen directamente la tierra, en su predio o en otra propiedad de terceros.[243] Se incluyen en esta categoría a ciertas comunidades agrícolas y a las comunidades indígenas.[244] Es decir, la legislación contempla la posibilidad de eximir a ciertos grupos, de la carga consistente en la obligación de elaborar de manera particular, el plan de manejo respectivo.

3.2.2. Permisos de caza

La fauna silvestre –al igual que los recursos hidrobiológicos– ha sido tradicionalmente considerada por nuestro ordenamiento jurídico como *res nullius*, es decir, como un bien que no pertenece a nadie.[245] Sin embargo, es también posible sostener que se trata de

---

[239] Cabe señalar que la obligación de reforestar que impone la legislación se ha interpretado como una obligación de compensación en materia de recursos naturales. En efecto, ver Vergara, J. & Leyton, P., "Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno" en *Revista de Derecho Ambiental Nº 1*, diciembre 2003 (Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), pp. 97- 117.

[240] Los recursos forestales que no constituyan bosque nativo o que no se encuentren en terrenos de aptitud preferentemente forestal, no requieren de la presentación de un plan de manejo a la Conaf.

[241] El artículo 9 del DL Nº 701 y el artículo 11 de la Ley de Bosque Nativo ofrecen la posibilidad de acogerse a planes de manejo de carácter general elaborados por la Conaf, correspondiéndole a esta última el fomento y la facilitación del uso de esas normas y planes entre quienes lo requieran.

[242] 500 hectáreas cuando los predios se ubiquen entre las Regiones I y IV, incluida la XV; o de 800 hectáreas para predios ubicados en la comuna de Lonquimay, en la IX Región; en la provincia de Palena, en la X Región; o en la XI y XII Regiones.

[243] Ver artículo 2, DL Nº 701 y artículo 57 de la Ley de Bosque Nativo.

[244] Esta disposición es relevante puesto que regula una situación de hecho, común entre los pequeños propietarios forestales quienes utilizan los productos del bosque para su autoabastecimiento y subsistencia familiar, independientemente de la posibilidad de explotar propiamente el bosque. Así, se logra ejercer un control por parte de la Conaf respecto de estas actividades, evitando que el aprovechamiento se exceda de lo necesario para el autoconsumo, y que se explote desmedidamente bajo este pretexto.

[245] En efecto, según nuestro Código Civil, por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie; y la caza y la pesca son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos (artículos 606 y 607).

un bien común, que participa de las características de tales bienes. Tal interpretación permite hacer valer la necesidad de protección del sistema o núcleo del recurso y el problema de su sustracción o reducción como justificación para el establecimiento de limitaciones al uso y aprovechamiento del recurso.[246]

Se puede distinguir entre fauna silvestre,[247] fauna no-silvestre[248] y especies hidrobiológicas.[249] Las tres categorías de fauna permiten el acceso al recurso de acuerdo con las reglas de la propiedad privada.[250]

El uso y aprovechamiento de la fauna silvestre, en particular, se encuentra regulado por el Código Civil y la Ley de Caza.[251] En la medida que el acceso –o la constitución de la propiedad sobre el recurso– necesariamente exige su captura[252] o caza,[253] el uso y aprovechamiento va a requerir siempre, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Caza, de un permiso o un *carnet* de caza, requisito que se exige aun a los dueños de los predios en que se encuentren estos animales o a los titulares de los "cotos de caza"[254] que se hayan inscrito ante el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG). Por último, para practicar la

---

[246] Ver sección 2.2. del capítulo tercero.

[247] Se entiende por fauna silvestre a todo ejemplar de cualquier especie animal, que viva en estado natural, libre e independiente del hombre, en un medio terrestre o acuático, sin importar cuál sea su fase de desarrollo, exceptuados los animales domésticos y los domesticados, mientras conserven, estos últimos, la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre. Artículo 2 a), Ley Nº 19.473 de 1996, Ley de Caza.

[248] Toda aquella fauna que no se encuentra incluida en la categoría anterior, con la excepción de las especies hidrobiológicas.

[249] Especie hidrobiológica: especie de organismo en cualquier fase de su desarrollo, que tenga en el agua su medio normal o más frecuente de vida. Artículo 2 Nº 18 de la LGPA.

[250] En efecto, la caza y la pesca son las actividades mediante las cuales se aplica el modo de adquirir el dominio de la ocupación sobre los recursos naturales, fauna silvestre y recursos hidrobiológicos. Una vez realizada la captura surge el derecho de propiedad privada sobre tales recursos. Es decir, con anterioridad a la captura los recursos no son objeto de titularidad privada. La pregunta que surge entonces dice relación con quién es el titular de los recursos en esta etapa. Según lo ya enunciado, una posible respuesta –diferente a la respuesta tradicional que los considera *res nullius*– es que sean recursos comunes o bienes comunes.

[251] Parte de la información que aquí se presenta sobre el marco regulatorio aplicable a la fauna silvestre se extrae de Hervé, D. & Pérez, S., "Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales", en Contesse, J. (Ed.) *El Convenio de la OIT y el Derecho Chileno* (Ediciones UDP, Santiago, Chile), pp. 79-81. Cabe señalar que la LBGMA también regula las especies de flora y fauna silvestre, en la medida que en su artículo 37 señala que el reglamento respectivo fijará un procedimiento para clasificar dichas especies según su estado de conservación. El DS Nº 29 de 2011 del Ministerio del Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial el 27 de abril de 2012 es el decreto que aprueba tal reglamento.

[252] *Captura: apoderamiento de animales silvestres vivos (artículo 2 c), Ley de Caza).*

[253] *Caza: acción o conjunto de acciones tendientes al apoderamiento de especímenes de la fauna silvestre, por la vía de darles muerte. La caza puede ser mayor o menor. Se entiende por caza mayor la de animales que en su estado adulto alcanzan normalmente un peso de 40 o más kg, aunque al momento de su caza su peso sea inferior a éste. Se entiende por caza menor la de animales que en su estado adulto alcanzan habitualmente un peso inferior a dicha cifra.* (artículo 2 b), Ley de Caza).

[254] Artículo 10, Ley de Caza: Son cotos de caza "*los predios especialmente destinados a practicar la caza mayor y menor de animales.*"

caza se requiere también de la autorización del dueño del terreno y del titular del coto de caza.[255]

Lo anterior es relevante ya que sólo se podrá adquirir el dominio de los especímenes de la fauna silvestre, de sus productos, subproductos y partes, por "ocupación".[256] El permiso de caza es otorgado por el SAG[257] y habilita a su titular para practicar la caza mayor o menor según corresponda. El otorgamiento del permiso está sujeto a la aprobación de un examen y al pago de una tarifa.[258] Los cotos de caza son también establecidos por el SAG, mediante la inscripción en un registro especial, a solicitud del interesado y en la medida que se cumplan los requisitos que exige el reglamento.[259]

3.2.3. Autorizaciones de pesca

Las autorizaciones o permisos de pesca constituyen el principal instrumento regulatorio mediante el cual el Estado regula el acceso a los recursos pesqueros.[260] Además, la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA) establece requisitos y condiciones que se deben cumplir para el uso y aprovechamiento de estos recursos, tanto en la actividad pesquera extractiva[261] como de investigación.[262]

---

[255] En efecto, además del permiso de caza, el uso y aprovechamiento del recurso va a depender de la autorización expresa del dueño de la propiedad o del coto de caza. En el primer caso, esto se deduce de lo establecido por los artículos 609 y 610 del Código Civil. El artículo 609 señala: *El ejercicio de la caza estará sujeto al cumplimiento de la legislación especial que la regule. No se podrá cazar sino en tierras propias, o en las ajenas con permiso del dueño.* Por su parte, el artículo 610 dispone: *Si alguno cazare en tierras ajenas sin permiso del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo, lo que cace será para el dueño, a quien además indemnizará de todo perjuicio.*

[256] Esta afirmación se confirma –en la medida que asume la adquisición de la propiedad de los animales por parte del titular del coto de caza– con lo dispuesto en el artículo 12, Ley de Caza, que señala: *Los cotos de caza podrán vender las piezas, productos, subproductos y partes de los animales provenientes de la caza practicada en ellos durante la temporada de caza o, en caso de hacerse fuera de ella, previa declaración de las existencias antes de iniciarse el periodo de veda.*

[257] De acuerdo con su ley orgánica corresponde a este Servicio la conservación de la fauna silvestre.

[258] Artículo 8, Ley de Caza.

[259] Artículos 27 y 28, DS Nº 5 de 1998.

[260] Se considera recursos pesqueros aquellos que viven en el medio acuático con prescindencia de la actividad humana. Por lo tanto, se excluyen los recursos hidrobiológicos que son objeto de la actividad de acuicultura. Fuentes Olmos, J., "Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er semestre), p. 551.

[261] Actividad pesquera extractiva: *actividad pesquera que tiene por objetivo capturar, cazar, segar o recolectar recursos hidrobiológicos. En este concepto no quedarán incluidas la acuicultura, la pesca de investigación y la deportiva* (artículo 2 Nº 1 LGPA).

[262] *Pesca de investigación: extracción sin fines de lucro de individuos de una especie hidrobiológica o parte de ellos, con la finalidad de obtener datos e información para alguno de los siguientes propósitos: generar conocimiento científico o tecnológico, realizar actividades de docencia, contar con antecedentes para adoptar medidas de administración o proteger la biodiversidad, el ambiente acuático y el patrimonio sanitario del país. Asimismo, se considerarán pescas de investigación aquellas de carácter exploratorio, de prospección y experimental.*

En cuanto a la actividad pesquera extractiva, esta puede ser industrial[263] o artesanal.[264] Respecto a la primera, la ley establece un régimen general y otro especial de acceso a los recursos, los que se aplican en el mar territorial y en la zona económica exclusiva, con excepción del "área de reserva para la pesca artesanal" (ARPA).[265]

El régimen general de acceso a la pesca extractiva industrial consiste en que las personas interesadas en desarrollar pesca industrial deben solicitar para cada nave, una autorización de pesca que se otorga sobre las especies y áreas que se indique expresamente, por tiempo indefinido.[266] Esta autorización es intransferible, lo que impide constituir a su respecto otros derechos en beneficio de terceros, con la única excepción de su transmisión por causa de muerte.[267]

Los regímenes especiales o restringidos de acceso se dan en tres casos: los casos de recursos que se encuentran en plena explotación[268] y aquéllos a los que se aplica el sistema de pesquerías en recuperación[269] o en desarrollo incipiente.[270] La mayor parte de

---

La extracción podrá comprender la captura con retención temporal o permanente de los individuos.

Las capturas obtenidas mediante pesca de investigación no serán consideradas en la determinación de las asignaciones futuras que se efectúen de acuerdo con esta ley (artículo 2 Nº 29 LPA).

[263] Pesca industrial: actividad pesquera extractiva realizada por armadores industriales, utilizando naves o embarcaciones pesqueras, de conformidad con esta ley (artículo 2 Nº 30 LGPA).

[264] Pesca artesanal: actividad pesquera extractiva realizada por personas naturales que en forma personal, directa y habitual trabajan como pescadores artesanales (artículo 2 Nº 28, inciso primero, LGPA). Se reservan 5 millas marinas, medidas desde la línea de base, y las aguas interiores del país, como área de extracción exclusiva de los pescadores artesanales (artículo 47 LGPA).

[265] Éstas se encuentran determinadas en el artículo 47 de la LGPA y corresponden, como su nombre lo indica, a un área exclusivamente reservada a la pesca artesanal y a actividades pesqueras extractivas en una franja de 5 millas marinas, medidas desde las líneas de base normales a lo largo de todo el territorio nacional, así como también en las playas y las aguas interiores del país. No obstante aquello, la Ley permite el uso de dichas áreas para actividades pesqueras de tipo industriales, en la medida que no se realicen ahí actividades de pesca artesanal previamente, o bien en caso de que exista pesca artesanal, sea posible conciliarlas con actividades de pesca industrial sin menoscabar la primera (esta autorización de pesca industrial en las ARPA se denomina "perforación").

[266] Artículos 14 -18, LGPA.

[267] Artículo 15, inciso final, LGPA.

[268] El *régimen de plena explotación* tiene lugar cuando la pesquería llega a tal nivel de explotación, que con la flota pesquera autorizada, ya no existe superávit en los excedentes productivos de la especie. Esta situación tiene como consecuencia lógica que no se otorguen nuevas autorizaciones, salvo cuando aumenten los recursos pesqueros más allá de la capacidad de la flota autorizada (artículo 2 Nº 20 y artículos 21-38, LGPA)

[269] El *régimen de recuperación* se declara cuando una especie ha sido sobreexplotada y ha estado sujeta a una veda extractiva, de a lo menos tres años, con el propósito de lograr su recuperación. El efecto inmediato de la declaración de este régimen, es que quedan sin efecto todas las autorizaciones de pesca y que no se otorgan nuevas autorizaciones. La participación de los agentes en este régimen es a través de la licitación de derechos por períodos de 10 años, mediante un mecanismo en el que se licita un 10% de la cuota cada año (artículo 2 Nº 30 y artículo 39, LGPA).

[270] El *régimen de desarrollo incipiente* es aplicable a pesquerías nuevas que no se han desarrollado. El acceso a la actividad se efectúa por el mismo procedimiento de licitación mencionado en el pie de página

las pesquerías relevantes para el sector de pesca industrial en Chile se encuentran en estado de plena explotación, lo que trae como consecuencia que el acceso a la pesquería en cuestión se cierra por motivos de conservación.[271] En estos casos el régimen de acceso consiste en el establecimiento de una cuota global de captura para cada unidad de pesquería la que luego se asigna a las distintas naves pesqueras que cuentan con autorización de pesca, mediante cuotas individuales.[272] Estas cuotas individuales se denominaron "límites máximos de captura por armador"[273] y fueron reguladas de manera transitoria por la Ley Nº 19.713 desde el año 2001 hasta el 2012.[274] En febrero de 2013 se publicó la Ley Nº 20.657 que vino a modificar la LGPA, estableciendo un régimen permanente de acceso a la actividad pesquera.

Por lo tanto, fue la Ley Nº 19.713 la que estableció, desde el año 2001, un mecanismo de asignación gratuita de cuotas individuales basado en indicadores de captura histórica de pesca y capacidad de bodega.[275] La justificación de esta medida se basó en que la asignación de cuotas individuales de pesca favorecía que cada empresa planificara sus esfuerzos de pesca en forma más eficiente desde el punto de vista de la existencia de recursos hidrobiológicos escasos, de manera que cada una contara con una cuota individual de la cuota global anual disponible, eliminando los incentivos asociados a la "carrera olímpica".[276] Estas cuotas individuales consistían en un coeficiente de participación en la cuota global y eran transferibles mediante operaciones de compraventa de la nave en cuestión, de manera que tenían el carácter de indivisibles e inseparables de la

anterior (artículo 2 Nº 31 y artículo 40, LGPA). En este caso, como en el del régimen de recuperación, se requiere, por lo tanto, de un "permiso extraordinario de pesca".

[271] Fuentes Olmos, J., ob. cit. (nº 260), pp. 544-555.

[272] Artículo 26, inciso primero, LGPA: En las pesquerías sujetas al régimen de plena explotación, se podrán fijar cuotas globales anuales de captura para cada unidad de pesquería, las que regirán a partir del año calendario siguiente. No obstante lo anterior, para el año de la declaración del régimen de plena explotación, se podrá también fijar cuotas globales anuales de captura para cada unidad de pesquería, las que regirán ese mismo año.

[273] Artículo 1, inciso segundo, Ley Nº 19.173: Dicha medida de administración consiste en distribuir anualmente la cuota global anual de captura asignada al sector industrial, para la unidad de pesquería, entre los armadores que tengan naves con autorización de pesca vigente para desarrollar actividades pesqueras extractivas en ella, a la fecha de publicación de la resolución a que se refiere el artículo 6°.

[274] La exigencia de adoptar una nueva ley derivó de lo dispuesto por la Ley Nº 19.849 de 2002 ("Ley Corta de Pesca") que estableció que las cuotas individuales asignadas por armador industrial tendrían vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012.

[275] Artículo 4, Ley Nº 19.173. Ver: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Proposición Nº 12 "Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros", Rol ERN 12-2010, de 27 de enero de 2011.

Disponible en:

http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=739&GUID=&TXTBM=,ERN%2012-10,,0,0,&IDO=94&IDB=2 (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

[276] Ibid, p. 14. Ver sección 2.2.2 del capítulo tercero.

nave.[277] La transferencia podía consistir en la titularidad de la cuota o solamente en su uso temporal.[278]

Sin perjuicio que la Ley Nº 20.657 mantiene el sistema de asignación de los recursos pesqueros mediante el establecimiento de una cuota global por pesquería en plena explotación y cuotas individuales, introdujo importantes disposiciones en torno a la distribución de las mismas. En efecto, los artículos 26 A y 26 B crean dos tipos distintos de licencias transables en pesquerías en plena explotación: licencias clase A y licencias clase B. Las primeras corresponden a los antiguos "límites máximos de captura por armador" que fueron otorgados durante la vigencia de la Ley Nº 19.173. Son los titulares de dichas autorizaciones los únicos que pueden optar por obtener este tipo de licencia si deciden ingresar a esta nueva regulación, la que mantendrá su coeficiente de participación en la cuota global.[279] Se trata de licencias que admiten todo tipo de negocio jurídico, por lo tanto son transferibles, transmisibles y divisibles.[280] Además, son licencias temporales que se otorgan por un plazo de 20 años, renovables por una sola vez, a petición del titular, por otros veinte años.[281] La autoridad debe conceder la renovación a menos que concurra alguna de las causales que establece la ley.[282] Las licencias clase B, por el contrario, son aquéllas a las que pueden optar los nuevos operadores. Tales licencias se otorgarán por subasta o licitación en los siguientes casos: i) cuando no se renueve la licencia clase A; ii) cuando se cumpla el plazo de la renovación (es decir, a los 40 años desde su otorgamiento); y iii) cuando la autoridad decida licitar una parte de la fracción industrial de la cuota global de captura, con un límite del 15% del total. Las licencias clase B se otorgan también por 20 años, pero podrán renovarse indefinidamente y constituirán, a la larga, la regla general del sistema.

Por lo tanto, el mecanismo de asignación inicial de cuotas en el sistema nacional ha sido, mayoritariamente, gratuito y basado en capturas históricas.[283] La Ley Nº 20.657

---

[277] Artículo 23, inciso primero, LGPA.

[278] Los artículos 7 y 8 de la Ley Nº 19.713 señalan que los armadores pueden asociarse –asociación que rige por periodo anual– de manera de sumar sus cuotas individuales y determinar si la pesca la realizarán con todas o algunas naves.

[279] Sólo podrá decrecer hasta en un 15% si se realizan las subastas o licitaciones que permite el nuevo artículo 27 de la LGPA.

[280] Nuevo artículo 30, LGPA.

[281] Una buena explicación de este punto del nuevo régimen jurídico pesquero se encuentra en Tribunal Constitucional, opinión disidente de la sentencia Rol Nº 2386 de 23 de enero de 2013.

[282] Ver nuevo artículo 26B de la LGPA, introducido por la Ley Nº 20.657.

[283] Montero, J.P., "Cuotas de pesca y Libre Competencia: Consideraciones para la Nueva Ley de Pesca" en *Estudios Públicos*, Nº 127 (invierno 2012), pp. 6-7. Esta medida es defendida por el autor desde la perspectiva de la eficiencia económica, dado que –sostiene– es la asignación de la cuota la que determina el volumen del producto final no su precio, por lo que no es relevante pagar por ellas ya que no constituirá un incentivo para el uso o no uso del recurso. Menciona algunos casos comparados de asignación de cuotas de pesca mediante subastas, los que a su juicio, no han sido exitosos. Sin perjuicio de ello, señala que se puede justificar un sistema de subasta por razones de recaudación y/o distributivas.

modificará –a la larga– este sistema, sin perjuicio que lo mantendrá vigente, respecto de algunos operadores, por un plazo de 40 años.

Esta decisión legislativa –de mantener el reconocimiento de las capturas históricas de ciertos operadores– fue ampliamente discutida y cuestionada en el país. Se debatió, ante el Tribunal de la Libre Competencia, el efecto que se generó en el patrimonio de sus titulares por la asignación de cuotas individuales, durante la vigencia de la Ley Nº 19.713: ¿se trataba de derechos adquiridos? ¿de meras expectativas? ¿su revocación, por una modificación legislativa, debía ser indemnizada? Los industriales pesqueros "incumbentes" ¿podían o no reclamar fundadamente la intangibilidad de su derecho o indemnización?[284] Cabe recordar que esta discusión se acerca mucho al debate en torno a la distinción entre limitaciones y privaciones del derecho de propiedad que fue analizado con anterioridad.[285] Las posiciones en juego son básicamente dos: aquéllos que sostienen que las empresas pesqueras incumbentes frente a una reforma regulatoria del sector no cuentan con derechos adquiridos sobre el acceso a los recursos pesqueros y, por lo tanto, no pueden reclamar indemnización;[286] y aquellos que señalan que las autorizaciones de pesca no pueden ser dejadas sin efecto por un cambio de legislación sin que se provea de una indemnización a sus titulares.[287] La decisión legislativa acogió, finalmente, esta última posición, mediante la creación de las licencias clase A.[288]

Como se puede concluir la discusión de fondo dice relación con el reconocimiento o no de la existencia de un derecho de propiedad sobre la autorización administrativa que establece las cuotas individuales de pesca. Nuevamente se trata del reconocimiento de la "propietarización" de los derechos, en este caso, del derecho de uso y aprovechamiento de los recursos pesqueros que confiere la autorización de pesca.

Por otro lado, en cuanto a la pesca artesanal, el régimen de acceso –en teoría– es el de libertad de pesca.[289] Sin embargo, para ejercer la actividad los pescadores artesanales y sus embarcaciones deben previamente inscribirse en el registro que lleva el Sernapes-

---

[284] Centro de Regulación y Competencia (REGCOM), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, *Expropiaciones directas y derregulatorias y reforma regulatoria pesquera*, julio 2010, 52 pp. Presentado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por la empresa Lota Protein.

[285] Ver sección 3.2.3 d) del capítulo tercero.

[286] Centro de Regulación y Competencia (REGCOM), ob. cit. (nº 284), pp. 6-7; y Fuentes Olmos, J., ob.cit. (nº260), p. 569.

[287] Correa Sutil, J., *Informe en Derecho* (Santiago, 2010); Feliú, O., *Informe en Derecho* (Santiago, 2010), ambos presentados al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por Asipes (Asociación de Industriales Pesqueros de la Región del Bío-Bío).

[288] Resulta interesante la argumentación de la opinión disidente del Fallo del Tribunal Constitucional, Rol Nº 2386, del 23 de enero de 2013, que sostiene la vulneración de la garantía constitucional del artículo 19 Nº 2 (derecho a la igualdad y no discriminación arbitraria) por este nuevo sistema de licencias clase A y B.

[289] Artículo 50, LGPA. Sin embargo, existen importantes excepciones a este principio, como el establecimiento de Áreas de Manejo de Recursos Bentónicos, que se basa en una restricción del acceso libre a estos recursos (según se verá en la sección 4.2. de este capítulo).

ca.[290] En todo caso y con el fin de proteger los recursos hidrobiológicos, puede suspenderse transitoriamente la inscripción (por categoría de pescador artesanal y por pesquería) si una o más especies alcanza un estado de plena explotación.[291] Los pescadores artesanales no operan bajo un régimen de cuotas de pesca distribuidas por armador, sino que pueden estar sujetos a cuotas globales definidas anualmente por unidad de pesquería y asignadas en forma colectiva a las flotas artesanales que posean permisos de pesca para cada unidad de pesquería.[292]

Por último, en cuanto a la pesca de investigación la ley distingue si se trata de especies y áreas sujetas al régimen general o especial de acceso. En ambos casos, corresponde a la Subsecretaría de Pesca autorizar la captura de las especies hidrobiológicas correspondientes en función del proyecto de investigación ya aprobado.

De esta manera, la legislación pesquera regula la actividad económica que se ejerce sobre los recursos pesqueros, estableciendo una autorización como requisito para poder adquirir tales recursos por ocupación y luego, beneficiarse de los mismos.

3.3. Establecimiento de incentivos para ciertos usos

Esta regla constituye un mecanismo poco utilizado en la legislación nacional sobre recursos naturales. Se trata de un tipo de regulación que constituye un instrumento económico, es decir, un instrumento que busca modificar la conducta del sujeto regulado a través de señales de mercado. En este caso, a través de incentivos económicos que promueven ciertas actividades, ya sea, a través de bonificaciones o exenciones tributarias. Los ejemplos más claros de este tipo de incentivos están incorporados en la legislación forestal.

En efecto, el ejemplo clásico es el Decreto Ley Nº 701 sobre Fomento Forestal que establece, en su Título III una serie de incentivos para la actividad forestal. Entre ellos, se pueden mencionar aquéllos contemplados en el artículo 12, consistentes en bonificaciones que da el Estado sobre los costos netos de la actividad en ciertos casos específicos, en que se incluyen bonificaciones especiales para pequeños propietarios forestales y comunidades indígenas.[293] Por otro lado, el artículo 13 del mismo decreto ley contempla exenciones tributarias como otro tipo de incentivo a la actividad forestal.

---

[290] Esta inscripción puede transferirse mediante la institución del reemplazo de la inscripción, incorporada por la LGPA. Fuentes Olmos, J., ob.cit. (nº260), p. 553.

[291] Artículo 50, LGPA.

[292] El artículo 24 de la Ley Nº 19.713 dispuso el fraccionamiento de la cuota global de captura entre el sector pesquero artesanal e industrial, en los recursos hidrobiológicos y áreas que indica.

[293] Cabe señalar que con fecha 31 de diciembre de 2012 expiró la vigencia del sistema de incentivos que contempla el artículo 12º del Decreto Ley Nº 701, de 1974, razón por la cual las forestaciones y otras actividades bonificables que se realicen a partir del 1° de enero de 2013, no serán susceptibles de bonificarse de acuerdo a la normativa actualmente vigente. Sin embargo, el Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley

La Ley de Bosque Nativo, por su parte, incorpora algunos incentivos en la modalidad de un fondo concursable de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo (Título IV). Este fondo otorga bonificaciones destinadas a contribuir a solventar el costo de las actividades que enumera el artículo 22 y 23 de la Ley.

Por otro lado, la legislación de caza también incorpora un incentivo, aunque de otra naturaleza. Se trata de permitir la caza de ciertas especies de fauna silvestre que son consideradas como perjudiciales para el ecosistema. En estos casos se establece que pueden ser cazadas o capturadas en cualquier época del año, en todo el territorio nacional y sin limitación de número de piezas o ejemplares.[294] Sin perjuicio de ello, siempre requerirán del permiso o *carnet* de caza ya mencionado.[295]

4. Reglas comunes aplicables a recursos naturales de titularidad pública y privada

El ordenamiento jurídico nacional sobre recursos naturales contempla algunas reglas comunes a los recursos de dominio público y titularidad privada, ejemplos de las cuales se plantean a continuación.

4.1. Obligación de respetar el ordenamiento jurídico de carácter ambiental

De acuerdo con el artículo 19 Nº 8 de la CPR, el Estado debe velar por la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y tutelar la preservación de la naturaleza. A su vez, la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. De este derecho-deber que consagra nuestra Constitución deriva la obligación de los titulares de derechos sobre los recursos naturales, en general, de respetar la regulación que establece el Estado para proteger y preservar la naturaleza.[296]

---

de Fomento Forestal que modifica y extiende el DL 701, el que se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional (Boletín 8603-01). Ver http://www.conaf.cl/nuestros-bosques/plantaciones-forestales/nueva-ley-de-fomento-forestal/ (sitio web visitada con fecha 22 de marzo de 2014)

[294] Artículo 6, DS Nº 5 de 1998.

[295] Un caso muy conocido es el incentivo adoptado por el Gobierno para la caza de los castores en la Patagonia, debido a que su introducción por el ser humano en la década de 1940 ha generado una plaga que está destruyendo el ecosistema de la zona. Al respecto ver: http://www.revistamundoverde.net/noticias-ambientales/se-intenta-erradicar-castores-en-argentina-y-chile (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

[296] La sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 2386-12 de fecha 23 de enero de 2013 –que se pronuncia sobre la última modificación a la LGPA– incluye una opinión disidente que analiza precisamente el alcance de esta obligación del Estado de proteger la naturaleza, y sostiene que se trata de un deber estatal que constituye una directriz constitucional sobre el legislador.

Esta regulación es de carácter general[297] y particular.[298] En cuanto a la regulación general, se debe mencionar especialmente la obligación de someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), de acuerdo con lo dispuesto por la LBGMA.[299] Según este instrumento de gestión ambiental ciertos proyectos de inversión –entre los cuales se encuentran proyectos que usan recursos naturales[300]– deben someterse a una evaluación de su impacto ambiental. Dependiendo de si generan alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la LBGMA (impactos significativos) deberán ingresar por Estudio de Impacto Ambiental y tendrán la obligación de mitigar, reparar y/o compensar tales impactos.

A su vez, no se debe olvidar la obligación contemplada en el artículo 41 de la LBGMA, especialmente relevante para este trabajo, que dispone:

> *El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37.*[301]

De acuerdo con Rodrigo Guzmán, esta obligación de un uso y aprovechamiento racional de los recursos naturales que asegura su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, constituye uno de los principios fundamentales de la gestión ambiental nacional.[302] Sin embargo, esta norma general no se ve reflejada en la regulación particular aplicable a cada recurso natural –con algunas excepciones como la legislación pesquera que incorporó el enfoque ecosistémico en la regulación del uso y aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos–. Esta ausencia de norma expresa podría, sin embargo, resolverse mediante una interpretación amplia del artículo 41, que puede constituir la base de la obligación de respetar el ordenamiento jurídico ambiental en el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

En cuanto a la regulación sectorial aplicable a cada recurso natural, contempla obligaciones específicas en materia de protección del medio ambiente, las que se extraen de cada estatuto jurídico aplicable ya sean de dominio público o de titularidad privada. Sin embargo, como ya se ha señalado en otra oportunidad, no se trata de una legislación integral que busque la protección ambiental de los recursos naturales. Se trata, más

---

[297] LBGMA y sus reglamentos.

[298] En la medida que también se establece en cada legislación sectorial específica aplicable a los recursos naturales.

[299] Título II, Párrafo 2º, LBGMA, y DS Nº 40 de 2012 del Ministerio de Medio Ambiente.

[300] Ver artículo 10 LBGMA, letras a), i), l), m), n), p), r).

[301] El artículo 37 de la LBGMA se refiere a la clasificación de especies según su estado de conservación.

[302] Guzmán, R. *Derecho Ambiental Chileno, Principios, instituciones, instrumentos de gestión* (Planeta Sostenible, 2012), p. 90.

bien, de regulaciones propias donde la protección ambiental se encuentra supeditada a los principios básicos de la regulación original.

Cabe, en todo caso, mencionar algunos ejemplos, como la LGPA en su artículo 74, inciso tercero, que sostiene:

> *"La mantención de la limpieza y del equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola será de responsabilidad del concesionario, de conformidad con los reglamentos que se dicten".*[303]

Por otra parte, el Código de Aguas establece, desde la reforma del 2005, la obligación de respetar un caudal ecológico mínimo en la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas. Esta medida, sin embargo, sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan a partir de ese año y, en su determinación, la DGA deberá considerar las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial.[304]

Sin embargo, aun cuando la obligación de proteger el medio ambiente se encuentra recogida de manera sectorial en los estatutos jurídicos aplicables a los recursos naturales, la diversidad de fuentes legales que imponen obligaciones ambientales en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales impide un sistema integrado de protección y explica la variedad en la intensidad de las obligaciones ambientales aplicables a cada recurso.

4.2. Reserva de zonas para usos especiales

En la legislación nacional sobre recursos naturales, destaca un mecanismo de administración del uso de determinadas zonas y recursos naturales consistente en la entrega de ciertos espacios a organizaciones comunitarias con el objeto que sean ellas las que adopten las decisiones de uso y aprovechamiento de los recursos naturales involucrados. Esta medida se acerca como ninguna otra de la legislación nacional sobre recursos naturales

---

[303] Uno de los reglamentos en cuestión es el DS Nº 320 de 2002, del Ministerio de Economía, Reglamento Ambiental para la Acuicultura (RAMA), que dispone que es la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura la que requerirá, si procede, el ingreso al SEIA, debiendo el titular acreditarlo en el plazo de seis meses. Obtenida la Resolución de Calificación Ambiental favorable –o, habiéndose acreditado el cumplimiento de lo establecido por el RAMA, en caso que no proceda el ingreso al SEIA– se continuará con la tramitación del procedimiento administrativo para la obtención de la concesión.

[304] *En todo caso, el caudal ecológico mínimo no puede ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial. Sin embargo, en casos calificados, y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, el Presidente de la República puede, mediante decreto fundado, fijar caudales ecológicos mínimos diferentes, sin atenerse a la limitación anterior, aunque con un límite máximo del cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial. Artículo 129 bis 1, Código de Aguas.*

a lo que se conoce como "common property" o bienes objeto de propiedad común, es decir, recursos que se encuentran bajo una titularidad colectiva o de un grupo.[305]

Los ejemplos nacionales de este tipo de medida dicen relación con los recursos que conforman o son parte del borde costero. Se trata de las Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos (AMERB) y de los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO).

4.2.1. Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos (AMERB)

Las AMERB constituyen una "forma de administración pesquera basada en la participación organizada de los pescadores en los procesos de decisión que afectan el manejo y uso de recursos".[306] Se trata de una medida que confiere a organizaciones de pescadores artesanales el derecho exclusivo de uso y explotación de los recursos bentónicos –invertebrados bentónicos y algas– que se encuentren dentro de un territorio determinado, el cual debe encontrarse dentro de la franja costera de 5 millas marinas reservada para la pesca artesanal o en aguas terrestres e interiores.[307]

El proceso de asignación de derechos sobre una AMERB se inicia por una solicitud a la Subsecretaría, por parte de la organización de pescadores, respecto de algún sector geográfico que haya sido establecido previamente como disponible para AMERB mediante un decreto supremo del Ministerio de Economía.[308] Una vez establecida el área como disponible, el Servicio Nacional de Pesca debe solicitar su destinación al Ministerio de Defensa Nacional. Las áreas son entregadas a la organización de pescadores por resolución del Sernapesca –previa aprobación de la Subsecretaría de Pesca del plan de manejo y explotación del área– mediante un convenio de uso cuya vigencia será indefinida mientras no se incurra en las causales de caducidad que establece la ley.[309] El plan de manejo debe ser evaluado periódicamente mediante informes de seguimiento que deben realizar las organizaciones titulares del AMERB respectivo.

Cabe señalar que los derechos emanados de la resolución que habilita a la organización para el uso de esta área de manejo no podrán enajenarse, arrendarse ni constituirse, a su respecto, otros derechos en beneficio de terceros.[310]

---

[305] Ver sección 2 del capítulo tercero.

[306] Palma, M. & Chávez, C., "Normas y cumplimiento en Áreas de Manejo de Recursos Bentónicos. Estudio de Caso en la Región del Bío-Bío", en *Estudios Públicos* Nº 103 (invierno 2006), p. 242.

[307] Esta medida de administración se encuentra regulada en los Artículos 55 A a 55 H de la LGPA y por el DS Nº 355 de 1995, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (modificado por última vez por DS Nº 49 de 2010).

[308] Artículo 55 A, LGPA.

[309] Artículo 55 B, LGPA.

[310] Artículo 55 B, inciso final.

La aplicación de este instrumento ha sido bien acogido por regla general[311] sin embargo, se han identificado debilidades en los sistemas de vigilancia y monitoreo, para impedir la extracción ilegal.[312]

4.2.2. Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO)

Esta zona fue creada por una ley especial[313] que establece una nueva figura jurídica: el **espacio costero marino de los pueblos originarios (ECMPO).[314]** De acuerdo con el artículo 2 de la ley:

> *"Serán susceptibles de ser declarados como espacio costero marino de pueblos originarios los bienes comprendidos en el borde costero que se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, de conformidad con el artículo 1º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 340, de 1960, del Ministerio de Hacienda, sobre Concesiones Marítimas, o la normativa que lo reemplace".*

Es decir, la norma establece que son susceptibles de ser declarados como ECMPO los bienes comprendidos en el borde costero que están bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional. Esta figura, conforme al artículo 3 de la Ley, se crea con el objetivo de resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. El acto jurídico que permite crear este tipo de espacios es el de un convenio de uso, de carácter indefinido, suscrito entre la Subsecretaría de Pesca –a quien el Ministerio de Defensa entrega en destinación dicho territorio– y la asociación de comunidades o comunidad asignataria. Es la Comisión Regional del Uso del Borde Costero la que debe pronunciarse respecto a la aprobación o rechazo de la solicitud.

Una cuestión de gran importancia es la referencia que hace la ley a la costumbre, señalando que la designación del espacio deberá fundarse siempre en el uso consuetudinario del mismo que han realizado los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad solicitante. A su vez, la ley define lo que se entiende por "uso consuetudinario", señalando en su artículo 6 que:

---

[311] Revisar información sobre AMERB declaradas en las distintas regiones del país en la página web de la Subsecretaría de Pesca. http://www.subpesca.cl/institucional/602/w3-article-79853.html (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

[312] Al respecto ver, Palma, M. & Chávez, C., ob.cit. (nº306), pp. 267-270.

[313] Ley Nº 20.249, del Ministerio de Planificación y Coordinación (publicada en el Diario 16 de febrero de 2008).

[314] Al respecto ver: Hervé, D. & Pérez, S., ob.cit. (nº251), pp. 71-72; y Parra, R., "Régimen jurídico del Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios", en Bermúdez, J. & Hervé, D., *Justicia Ambiental…* ob.cit. (nº21), pp. 495-540.

> *"Se entenderá por uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de cultura".*

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) juega un importante papel al ser la encargada de responder, a solicitud de la Subsecretaría de Pesca, con un informe que acredite o no el uso consuetudinario invocado por el solicitante.

Ahora bien, el legislador –a pesar de dejar a cargo de un reglamento las cuestiones relativas a la periodicidad de las prácticas o conductas[315]–, aclara en la misma ley que las interrupciones del uso no afectan la habitualidad, elemento consustancial de las prácticas consuetudinarias. Lo contrario hubiera supuesto en muchos casos la imposibilidad material de constituir estos nuevos espacios, dado que la competencia por el borde costero suele ser alta, cuestión que puede repercutir directamente en la periodicidad de ciertas prácticas, y los pueblos indígenas en este sentido pueden tener una desventaja.

En cuanto a la administración, esta se realizará conforme a un "plan de administración", que deberá asegurar la conservación de los recursos naturales comprendidos en él y propender al bienestar de las comunidades. Dicha administración será llevada a cabo por las comunidades indígenas.

Finalmente, la Ley regula otros aspectos importantes como la posible superposición de concesiones de acuicultura o concesiones marítimas con la solicitud de ECMPO –otorgando preferencia a las primeras–,[316] y el contenido mínimo de los planes de administración y planes de manejo.

En la práctica esta figura ha tenido menos acogida que la de las AMERB. En efecto, hasta febrero de 2014, de acuerdo con los antecedentes disponibles en la página web de la Subsecretaría de Pesca existen 24 solicitudes de ECMPO[317] en proceso de tramitación, de las cuales sólo una ha sido decretada.[318]

---

[315] DS Nº 134 de 2009, Ministerio de Planificación.

[316] Artículo 7, inciso segundo: …*En caso de constatarse una sobreposición con concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas que impidan absolutamente el otorgamiento del espacio costero marino de pueblos originarios, se comunicará esta circunstancia al solicitante, mediante una resolución denegatoria. En caso de que la sobreposición sea parcial, la Subsecretaría propondrá al solicitante una modificación del espacio costero marino de pueblos originarios.* El artículo 10, por su parte, sostiene que en caso que la solicitud de ECMPO se sobreponga a otra solicitud para otros fines, primará la primera en la medida que la CONADI dé cuenta del uso consuetudinario de dicho espacio.

[317] http://www.subpesca.cl/institucional/602/w3-propertyvalue-50834.html (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

[318] El año 2009 ingresó la primera solicitud de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios, de la Comunidad Altué, de la Comuna de Fresia, de la Región de los Lagos, la que fue aprobada y contempla un espacio de múltiples usos, correspondiente a un espacio geográfico de 105 hectáreas de mar territorial http://www.intendencialoslagos.gov.cl/n323_06-12-2012.html (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014).

En todo caso, tanto las AMERB como los ECMPO constituyen una manifestación de la regla que establece reservas de zonas y recursos naturales para usos especiales y constituyen medidas de administración de recursos naturales basada en la titularidad común o colectiva de los recursos por parte de un grupo. En el caso de las AMERB se trata específicamente de organizaciones de pescadores artesanales a quienes se les otorga el derecho de uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos bentónicos que se encuentran en un área determinada. En el caso de los ECMPO, se trata de proteger usos ancestrales, culturales, económicos y religiosos del borde costero por los pueblos originarios, estableciendo expresamente facultades de estos pueblos en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en dicho espacio.

4.3. Prohibición de ciertos usos

La legislación sobre recursos naturales ha recurrido al establecimiento de prohibiciones sobre ciertos usos de los recursos, en particular con el objeto de proteger la sustentabilidad del recurso en cuestión o de proteger el medio ambiente. Este mecanismo es común tanto a los recursos naturales de dominio público como los de titularidad privada. Quizás la fórmula más conocida de establecer prohibiciones de ciertos usos sea la incorporación de una especie o de un hábitat dentro de una categoría especial de protección –tales como parques nacionales, reservas nacionales o la clasificación de especies de flora y fauna en categorías de conservación–.[319]

En esta misma línea, la legislación de caza establece diversas prohibiciones en torno al uso y aprovechamiento de la fauna silvestre. Los ejemplos más relevantes son la prohibición de la caza o captura en predios que constituyan áreas protegidas y otras zonas especiales[320] y la prohibición de la caza o captura de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras y escasamente conocidas, así como la de las especies catalogadas como beneficiosas para la actividad silvoagropecuaria, para la mantención del equilibrio de los ecosistemas naturales o que presenten densidades poblacionales reducidas.[321] Sin perjuicio de lo anterior, estas prohibiciones no son absolutas ya que el SAG podrá autorizar la caza, pero sólo para fines científicos, para controlar la acción de animales que causen

[319] Cabe señalar, sin embargo, que la legislación nacional en materia de áreas protegidas y conservación de la biodiversidad es todavía muy débil y no cuenta con un marco regulatorio definido, que permita establecer claramente cuáles son las prohibiciones y restricciones en el uso de los recursos naturales que la conforman.

[320] Entendiendo por áreas protegidas y otras zonas especiales a las reservas de regiones vírgenes, parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza, áreas prohibidas de caza, zonas urbanas, líneas de ferrocarriles, aeropuertos (en y desde), caminos públicos, y lugares de interés científico y de aposentamiento de aves guaníferas (artículo 7 inciso primero Ley de Caza).

[321] La clasificación de estas especies está contenida en el Reglamento de la Ley de Caza, DS Nº 5 de 1998 del Ministerio de Agricultura y también en los Decretos que se aprueban en el marco del procedimiento de clasificación de especies de acuerdo con el artículo 37 de la Ley de Bases del Medio Ambiente.

graves perjuicios al ecosistema, para establecer centros de reproducción o criaderos, o para permitir una utilización sustentable del recurso.[322]

La LGPA establece medidas similares al contemplar, por ejemplo, el establecimiento de vedas –biológicas, extractivas o extraordinarias–,[323] la prohibición de actividades pesqueras extractivas con aparejos de pesca que afecten el fondo marino o montes submarinos,[324] la prohibición de captura temporal o permanente de recursos hidrobiológicos protegidos por convenios internacionales vigentes en Chile;[325] y el establecimiento de parques[326] y reservas marinas.[327]

Por su parte, el Código de Aguas y el Código de Minería también contemplan prohibiciones de usar y aprovechar los recursos hídricos y mineros, en ciertos casos. Por ejemplo, el Código de Aguas prohíbe la exploración en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales, y nuevas explotaciones en acuíferos que alimenten dichas vegas y bofedales, en las Regiones de Tarapacá y Antofagasta, salvo con autorización fundada de la DGA.[328] A su vez, el artículo 17 del Código de Minería prohíbe ejecutar labores mineras en ciertos lugares –tales como parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales– a menos que se cuente con los permisos especiales de las autoridades que se indican en dicha disposición.

Por último, se puede mencionar también a la legislación forestal que prohíbe la corta de árboles y arbustos en ciertos casos en que se ha estimado que se requiere su protección.[329]

De los ejemplos mencionados se desprende que las prohibiciones de uso son excepcionales y se encuentran establecidas específicamente en cada estatuto jurídico aplicable a los recursos naturales. Además, por regla general, admiten excepciones. No existe, por lo tanto, una prohibición general de realizar actividades que impacten el medio ambiente de manera muy intensa.

---

[322] Artículo 7 inciso segundo, Ley de Caza.

[323] Artículo 2 Nº 47 y 3 letra a) LGPA.

[324] Artículo 5, LGPA.

[325] Artículo 3 letra b), LGPA.

[326] Están definidos como áreas específicas y delimitadas destinadas a preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas y de aquéllas asociadas a su hábitat, quedando prohibidas otras actividades humanas que no sean las actividades autorizadas en el marco de la observación, investigación o estudio (artículo 3, letra d) LGPA).

[327] Las reservas marinas están concebidas como áreas de resguardo de los recursos hidrobiológicos con el objeto de proteger zonas de reproducción, caladeros de pesca y áreas de repoblamiento por manejo (artículo 2 Nº 42 LGPA).

[328] Artículos 58 y 63 Código de Aguas.

[329] Esta prohibición ha sido regulada por la Ley de Bosques (artículo 5), y también por la Ley de Bosque Nativo (artículo 19)

4.4. Derecho de consulta previa respecto de recursos naturales en tierras y territorios indígenas

El Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile, contempla el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente (artículo 6.1), derecho que se establece también respecto de la situación específica de la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales de dominio público –o sobre los cuales el Estado tenga derechos– y que se encuentren en tierras indígenas (artículo 15.2).

El Tribunal Constitucional estableció que las disposiciones del Convenio 169 que contemplan la consulta previa son autoejecutables.[330] De esta manera, se ha aplicado directamente aún en ausencia de normativa interna que la regule.[331] La necesidad de su aplicación ha sido reconocida en diversos fallos de los tribunales ordinarios de justicia.[332]

Sin perjuicio de lo anterior, se ha incorporado y regulado la consulta previa en el contexto del SEIA, a partir del 2013, mediante el nuevo reglamento del SEIA.[333] Respecto de aquellos proyectos de inversión que no ingresen al SEIA, deberá igualmente realizarse la consulta previa, pero de acuerdo con las reglas generales que aplican la consulta indígena.[334]

Por lo tanto, la existencia de esta regla, en nuestro ordenamiento jurídico sobre recursos naturales, es ya indubitada y forma parte del marco regulatorio aplicable a recursos naturales de dominio público y titularidad privada.

5. Reglas aplicables a recursos naturales comunes a todos los "hombres"/seres humanos

Dentro de la categoría de los recursos "comunes a todos los hombres"[335] se consideran

---

[330] Sentencia TC Rol Nº 309 de 2000 y Rol Nº 1050 de 2008.

[331] Al respecto ver, por ejemplo: Contesse, J., "El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile", en Contesse, J. (Ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su Implementación*, Centro de Derechos Humanos, (Ediciones UDP, 2012), pp. 189-228.

[332] Ver: Bermúdez, J. & Hervé, D., "La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas", en Anuario de Derecho Público 2013, Universidad Diego Portales (Ediciones UDP, 2013), pp. 237-255.

[333] Artículos 85 y 86 del DS Nº 40 de 2012, Ministerio de Medio Ambiente.

[334] Se trata del DS Nº 66 de fecha 15 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social. Este decreto supremo fue publicado en el Diario Oficial con fecha 4 de marzo de 2014.

[335] El artículo 585 del Código Civil, dispone: Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

generalmente el "aire",[336] la "alta mar"[337] o "los fondos marinos y oceánicos".[338] Otros agregan, por ejemplo, a la "luz solar" como un bien que "de acuerdo a la tecnología actual, está fuera del alcance de la regulación estatal, por lo cual constituiría un bien común a todos los hombres".[339]

Algunos sostienen que la no apropiabilidad de este tipo de bienes implicaría la ausencia de regulación a su respecto.[340] Sin embargo, existen claros ejemplos tanto en el derecho internacional como en el derecho nacional que contradicen esta afirmación ya que establecen mecanismos regulatorios aplicables a este tipo de recursos naturales. A continuación se revisará si los recursos naturales que carecen de titularidad pública y privada en nuestro ordenamiento jurídico, son objeto de regulación y cuáles son las reglas aplicables.

5.1. Aire, Alta Mar, Fondos Marinos Oceánicos (la Zona)

Con respecto al aire, se puede afirmar la existencia de regulación aplicable, tanto a nivel internacional como nacional. Por ejemplo, el mecanismo regulatorio de los "Permisos de Emisión Transable" (PET), ha permitido delimitar el uso del recurso "aire" y protegerlo, tanto a nivel global como local.[341] Este instrumento, a nivel internacional, se basa en la creación de un "mercado de los bonos de carbono" creado por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto. En el ámbito nacional, por su parte, existe en la Región Metropolitana (RM) de Chile el llamado "sistema de compensación de emisiones" que ha sido regulado, primero a través del Programa de

---

Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional.

[336] La doctrina tanto del derecho civil como del derecho administrativo se encuentra conteste en cuanto a considerar al "aire" (no al espacio aéreo) como una cosa, que en su estado natural pertenece a la categoría de "cosas comunes a todos los hombres". Ver, por ejemplo, Peñailillo, D., *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales* (Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, 2006), p. 69, y Vergara Blanco, A., "La Summa Divisio…" ob.cit. (nº9), p. 110.

[337] En virtud de lo dispuesto por el artículo 585 del Código Civil.

[338] Los fondos marinos oceánicos constituyen lo que en derecho del mar se ha denominado "La Zona" (artículo 1.1.1 y Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 y el Acuerdo de 1994 relativo a la Implementación de la Parte XI de la Convención). Ver, al respecto, sección 3.1.1.b) del capítulo tercero.

[339] Montt, S., ob.cit. (nº215), p. 210.

[340] Vergara Blanco, A., "La *Summa Divisio*…" ob.cit. (nºNº 9), p.110.

[341] Sobre este instrumento en la legislación nacional ver: Bermúdez, J. & Guerrero, J.L., "Los permisos de emisión transables en la Ley Nº19.300 y su consagración en el proyecto de ley de bonos de descontaminación", en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia, Volumen XVI, julio 2004, pp. 131-145; Celaya, R., "Naturaleza Jurídica del Permiso de Emisión Transable contemplado como instrumento económico en la Ley Nº19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 29 Nº2, 2002, pp. 315-366.

Compensación de Emisiones que se estableció en 1992[342] para controlar las emisiones de material particulado en Santiago, y luego a través del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana (PPDA) y sus actualizaciones.[343] A su vez, la LBGMA se refiere a este instrumento en su artículo 48, que dispone:

> *Una ley establecerá la naturaleza y las formas de asignación, división, transferencia, duración y demás características de los permisos de emisión transable.*[344]

Por lo tanto, en el caso específico del recurso aire se han establecido regulaciones que limitan el acceso, uso y aprovechamiento de este recurso "no apropiable", aplicables a quienes desarrollan actividades que requieren de su utilización. El título de intervención del Estado chileno, en esta materia, se basa en la obligación constitucional de velar porque el derecho de todas las personas a un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

De la misma manera que con el recurso aire a nivel nacional e internacional, se ha regulado la Zona y Alta Mar por el derecho internacional.[345]

A partir de esta premisa –la posibilidad de regular recursos no apropiables– a continuación se analizará la situación de otros elementos de la naturaleza que, hasta ahora, no cuentan con una definición de titularidad clara sobre ellos, al menos en el ordenamiento jurídico chileno.

En particular, los recursos naturales que en nuestro ordenamiento jurídico carecen de asignación de titularidad expresa son: los recursos genéticos, los glaciares, aquellos recursos como la luz solar, los vientos o las mareas, que constituyen la fuente natural de las energías renovables no convencionales y, por último, todos aquellos procesos de la naturaleza que constituyen elementos esenciales para la mantención del equilibrio ecosistémico. Ninguno de estos elementos de la naturaleza tiene un tipo de dominio asociado en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio que en la actualidad tienen una utilidad real o potencial para el ser humano.

---

[342] A través del DS N°4 de 1992, del Ministerio de Salud.

[343] DS N°16 de 1998; DS Nº 20 de 2001; DS Nº 58 de 2003; y DS Nº 66 de 2009, todos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. El PPDA tiene por objetivo final el cumplimiento de las normas de calidad del aire para Partículas Totales en Suspensión (PTS), material particulado respirable (MP10), Ozono (O3) y Monóxido de Carbono (CO), que se encuentran sobrepasadas en la RM. También busca que no se supere la norma de calidad para Dióxido de Nitrógeno (NO2), que se encuentra en estado de latencia (según DS N°131 de 1996 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que declara zona saturada y latente a la RM. Cabe resaltar que ya el DS N°4 de 1992 señalaba como saturada a la provincia de Santiago, desde un punto de vista atmosférico).

[344] Sin embargo, esta ley no ha sido dictada hasta la fecha.

[345] Ver sección 3.1.1.b. del capítulo tercero.

En estos casos, la regla general en el ordenamiento jurídico ha sido considerarlos "bienes comunes a todos los hombres" –de acuerdo con la categorización que hace el artículo 19 Nº 23 de la CPR– o, lo que es lo mismo, bienes de libre acceso, lo que no implica que sean apropiables. Sin embargo, como ya se ha señalado, en la medida que avanza la tecnología se comienza a utilizar este tipo de elementos del medio ambiente convirtiéndolos en recursos naturales propiamente tales, es decir, elementos que son valiosos para el ser humano y que participan de las características propias de los bienes comunes.[346] Lo anterior exige la intervención regulatoria del Estado.

En estos casos, el título de intervención no ha provenido –por regla general– del dominio público, tal como se indicó con anterioridad para el caso del recurso aire. Es decir, estos recursos naturales todavía no se han incluido en ninguna de las categorías anteriores y, por lo tanto, no existe una determinación jurídica de los derechos correspondientes a su acceso. Sin embargo, el uso y aprovechamiento de algunos de estos recursos ha sido regulado por el Estado en el ejercicio de sus otros títulos de intervención, esto es, la regulación de una actividad económica o la protección del medio ambiente. A continuación se verán los principales ejemplos regulatorios de recursos naturales que aquí se consideran parte de esta categoría:

5.2 Recursos genéticos

De acuerdo con la Convención de Biodiversidad (CDB) se entiende por recursos genéticos al "*material genético de valor real o potencial"* y por material genético, "*todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia"*.[347]

En Chile no existe normativa interna, legal o reglamentaria, que regule el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos genéticos. Por lo tanto, no se trata de recursos de dominio público –ya que se requiere de una norma que así lo indique– ni, tampoco, de recursos de propiedad privada. En efecto, no se trata de propiedad privada puesto que los recursos genéticos no son frutos del recurso biológico respectivo, que su titular pueda adquirir por accesión; ni permiten ocupación, ya que su captura por el ser humano no es cuestionable dada su naturaleza física y debido a que existe un régimen jurídico

[346] Ver sección 2 del capítulo tercero. Cabe señalar que la destrucción o degradación de este tipo de recursos por su sobreuso es menos evidente que en los casos más tradicionales de recursos naturales (¿es agotable la luz solar? ¿Se puede sobreutilizar el viento o las mareas?). Sin embargo, esto puede obedecer a que todavía la tecnología existente para obtener su uso y aprovechamiento no se encuentra lo suficientemente desarrollada.

[347] Artículo 2, CDB.

internacional que determina mecanismos para su regulación; y, por último, no permiten prescripción adquisitiva, en la medida que no admiten posesión.[348]

Sin embargo, al haber ratificado la CDB Chile se obligó a cumplir con sus disposiciones, entre las cuales se encuentra todo un sistema de acceso, uso y distribución de los beneficios provenientes de dichos recursos.[349] En primer lugar, el artículo 15 reconoce la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales, otorgándoles la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos y sometiendo las condiciones de acceso a la legislación nacional. Adicionalmente insta a facilitar las condiciones de acceso a otras Partes, para utilizaciones ambientalmente adecuadas, sin imponer condiciones contrarias a la misma Convención y de acuerdo con condiciones mutuamente convenidas. A su vez, establece que las medidas legislativas y administrativas que adopte cada parte contratante para el acceso de recursos ha de hacerse en forma tal que se compartan equitativamente los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial con la parte contratante que aporta los recursos genéticos.

A su vez, la CDB reconoce la validez y el valor de los conocimientos y costumbres indígenas, como elementos indisolublemente asociados a los recursos genéticos, delegando en cada una de las Partes el establecimiento de las medidas necesarias para su reconocimiento nacional.[350] Lo mismo señala el recientemente adoptado Protocolo de Nagoya.[351]

El reconocimiento de las tradiciones y conocimiento indígena es clave en un régimen de acceso a los recursos genéticos. Esto debido a que el valor de estos recursos dice relación más bien con la información genética asociada que con el recurso u organismo físico que lo contiene. Así, a pesar de las similitudes con la explotación de otros recursos naturales

---

[348] La titularidad de los recursos genéticos ha sido un aspecto controvertido en Chile al momento de intentar adoptar una regulacion nacional en la materia. Esto incluso ha llevado a proponer proyectos de ley que omiten cualquier referencia a la propiedad de los recursos genéticos.

[349] Ver Hervé, D. & Flores-Mimica, L., "Chile: Early Attempts to Develop Access and Benefit-Sharing Regulations", en Carrizosa, S., Brush, S., Wright, B. & MacGuire, P. (Eds.), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity*, IUCN Environmental Policy and Law Paper Nº 54, IUCN, Gland, Switzerland & Cambridge, UK, 2004, pp. 227-241.

[350] Cabe señalar que la Convención también se refiere al acceso a la tecnología y a su transferencia y señala, en su artículo 16, que se debe asegurar y facilitar el acceso a las tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente. Este acceso a la tecnología ha de hacerse en las condiciones más justas y en los términos más favorables tratándose de países en desarrollo. De igual manera, y en el caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, también debe asegurarse esa transferencia, más aún tratándose de países en desarrollo que aportan los recursos genéticos.

[351] Protocolo de Nagoya sobre "Acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización" al Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado el 29 de octubre de 2010, en Nagoya, Japón. Entrará en vigencia 90 días después que se presente el quincuagésimo instrumento de ratificación. Chile todavía no lo firma.

Ver: http://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/ (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

como, por ejemplo, los minerales, este caso plantea complejidades distintas.[352] Por ello es que resulta también complejo asociar el recurso a un estatuto claro de propiedad.[353]

Como ya se indicó, Chile no ha adoptado un estatuto especial que defina la naturaleza jurídica o el régimen de propiedad de estos recursos. Por lo tanto, no existen en la actualidad reglas aplicables al acceso de los mismos, pero tampoco las hay respecto a su uso y aprovechamiento. Es decir, en Chile existe un completo vacío regulatorio respecto al acceso, uso y aprovechamiento de estos recursos.[354] Sin embargo, a pesar de esta realidad, es aplicable la obligación de consultar con los pueblos indígenas cualquier actividad de prospección y/o utilización de este tipo de recursos que se encuentren en tierras y territorios indígenas, obligación que deriva del Convenio 169 (artículo 6 Nº 2), que es coherente con lo dispuesto por la CDB.[355] Ambos instrumentos internacionales son consistentes en la exigencia de la distribución de beneficios entre las partes y de una "consulta" (en términos del Convenio 169) o de un "consentimiento informado previo" (en términos de la CDB).[356]

Una posible alternativa a la definición de titularidad sobre los recursos genéticos es la incorporación de los mismos a la categoría de recursos comunes a todos los hombres, la que admite una regulación del uso y aprovechamiento de los mismos a partir de la obligación del Estado de proteger la naturaleza y de regular las actividades económicas. Sin embargo, esta opción no resuelve quién tiene las facultades de acceso a estos recursos, lo que por su particular naturaleza se torna especialmente relevante, ya que no se trata de recursos que compartan las características físicas de acceso universal que caracterizan al aire o la alta mar. En efecto, para utilizar los recursos genéticos se deberá igualmente resolver quién puede autorizar al interesado a obtenerlo. ¿El titular del recurso biológico que lo contiene? ¿El Estado? En este caso particular, pareciera que la categoría

---

[352] Ver Hervé, D., "Hacia el establecimiento de una forma normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XX, Nº 1, julio 2007, pp. 123-148.

[353] Algunos países como Perú, Bolivia, Ecuador y demás pertenecientes a la Comunidad Andina de Naciones han adoptado un sistema de dominio público. Otros, como EE.UU., han optado por la propiedad privada. Sobre los distintos regímenes nacionales en esta materia ver los trabajos publicados en Carrizosa, S., et al., ob.cit. (nº 349), pp. 79-270.

[354] Cabe señalar que han existido diversas iniciativas regulatorias en el país, a lo largo de los últimos 20 años. Al respecto ver: Hervé, D. & Flores-Mimica, L., ob.cit. (nº349), pp. 227-241.

[355] Hervé, D. & Pérez, S., ob. cit. (nº 251), p. 95.

[356] Cabe señalar que el Protocolo de Nagoya regula específicamente los derechos de las comunidades indígenas y locales en materia de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados, mediante sus artículos 5, 6, 7, 12 y 16. En particular señala que las Partes deberán adoptar medidas legislativas, administrativas o de política para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esta participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas. Un anexo del Protocolo identifica ejemplos de beneficios monetarios y no monetarios en los que se puede participar.

de los "bienes comunes a todos los hombres" no se ajusta del todo al problema del acceso y uso del recurso genético.

5.3 Glaciares

Los glaciares son verdaderos ríos de hielo que se alimentan de precipitación de nieve en sus zonas altas y pierden masa por derretimiento, sublimación o descarga de témpanos en sus zonas bajas.[357] De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española se entiende por glaciar a "la masa de hielo acumulada en las zonas de las cordilleras por encima del límite de las nieves perpetuas y cuya parte inferior se desliza muy lentamente, como si fuese un río de hielo".[358] Sus funciones ecológicas van desde constituir indicadores del clima actual y pasado e influenciar el clima mediante complejos mecanismos de retroalimentación, hasta su condición clave de reservorios de agua dulce.[359]

Los glaciares no han sido tratados expresamente por el ordenamiento jurídico nacional, sin embargo, existen tres sectores regulatorios que resultan indirectamente aplicables a los glaciares y hielos: se trata de la regulación de las aguas, de la biodiversidad y del ordenamiento territorial.[360]

La regulación del recurso hídrico –como ya se señaló con anterioridad– se encuentra contenida principalmente en el Código de Aguas, por lo que sus disposiciones pueden ser aplicables a los hielos y glaciares en cuanto recursos hídricos. Sostener su aplicabilidad implica no sólo considerar a los glaciares como bienes nacionales de uso público sino que también el derecho de los particulares de constituir derechos de aprovechamiento de aguas sobre ellos, respecto de los cuales se ejerce un derecho de propiedad. Este enfoque, sin embargo, no parece compatible con una mirada ecosistémica de los glaciares, que por sus esenciales funciones ecológicas debiese adoptarse en este caso.[361]

Es por ello que probablemente sea más relevante considerar la normativa en materia de biodiversidad como aquella aplicable al acceso, uso y aprovechamiento de los glaciares, en particular la Estrategia Nacional de Biodiversidad (ENB),[362] que aunque no constituye

---

[357] Iza, A. & Rovere, M.B. (Eds.), "Aspectos Jurídicos de la Conservación de los Glaciares", *Serie de Política y Derecho Ambiental Nº 61,* IUCN, Gland, Suiza, 2006, p. 24.

[358] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española,* Tomo I (Vigésima Segunda Edición, 2001), p. 1138.

[359] Iza, A. & Rovere, M.B., ob. cit. (nº 357), p. 24. Se estima que del total del agua del planeta, un 97,5% corresponde a agua salada de poca utilidad directa para la población, el 1,76% está encerrado en el permigélido, en los casquetes de hielo y los glaciares, mientras casi todo el resto es agua subterránea (menos de 1%).

[360] Ibid, pp. 131 y siguientes.

[361] Por otro lado, un glaciar es agua congelada por lo que es distinta al agua en estado líquido que es el objeto de regulación del Código de Aguas.

[362] La Estrategia Nacional de Biodiversidad (ENB) fue aprobada por el Consejo Directivo de la ex Comisión Nacional del Medio Ambiente (Conama) en diciembre de 2003. Disponible en: www.mma.gob.cl/

normativa jurídica sí es ejemplo de una norma de política pública.[363] A su vez, existen normas específicas y particulares en materia de conservación de la biodiversidad, aplicables a los glaciares.[364] Sin embargo, como se ha indicado ya en diversas oportunidades en este trabajo, la biodiversidad como tal todavía no es objeto de una regulación específica en el ordenamiento jurídico nacional. Por ello que, al menos en lo referente a su titularidad, la cuestión no está resuelta.

A pesar de la ausencia de regulación nacional que resuelva los aspectos relacionados con su titularidad, sí existen algunas normas legales que le son aplicables. En particular, la LBGMA incorpora ciertas regulaciones respecto de los glaciares en su SEIA.[365] Estas disposiciones exigen ingresar al SEIA a aquellos proyectos que constituyan presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración significativos, de cuerpos o cursos de aguas, incluyendo a los glaciares que se encuentren incorporados como tales en un Inventario Público a cargo de la DGA. A su vez, exige el ingreso mediante Estudio de Impacto Ambiental a proyectos que se localicen próximos a glaciares susceptibles de ser afectados.

---

biodiversidad/1313/w3-propertyvalue-15596.html (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

Con posterioridad a la ENB, se elaboró un Plan de Acción que establece las actividades necesarias para lograr sus objetivos. Conama, "Plan de Acción de País para la Implementación de la Estrategia Nacional de Biodiversidad 2004-2015".

Disponible en: http://www.mma.gob.cl/biodiversidad/1313/articles-35223_PDA.pdf (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

[363] La ENB persigue dentro de sus objetivos abordar la conservación y restauración de los "ecosistemas de montaña", para lo cual entre otras acciones propone ejecutar programas para combatir la deforestación, la erosión, la degradación del suelo, la pérdida de diversidad biológica, la alteración de los cursos de agua y *el retroceso de los glaciares*.

[364] Iza & Rovere (ob.cit. nº 357, pp. 133-134) dan como ejemplo de este tipo de normativa, al Plan de Manejo de la Reserva Nacional Río Cipreses, ubicada en la VI Región de Chile. Según sostienen es el único instrumento regulatorio "que ilustra acerca de una medida de conservación de glaciares en el país". El Plan de Manejo fue aprobado el 29 de septiembre de 1993 mediante la Resolución Nº 315 de la Conaf e identifica como glaciares al glaciar Cipreses, al Circo glaciar Coton, a Valles Colgante Cotón, Ventisquero Cipreses, Morrenas, lecho del río de los Cipreses, Volcán Palomo y las cadenas montañosas circundantes. El Plan de Manejo contempla una zona de protección administrativa denominada "Zona Primitiva". Esta zona abarca todos los terrenos ubicados sobre la cota 1.750 msnm y tiene una superficie de 30.149,9 has, equivalente al 81% de la superficie total de la Reserva. Gran parte de la zona presenta paredes rocosas y cumbres agudas, que conforman un paisaje representativo del ambiente cordillerano andino de la Zona Central de Chile. Las altas cumbres se mantienen cubiertas de nieve y tienen glaciares, especialmente en su límite suroriental. Los objetivos de la zona son, entre otros, los siguientes: preservación del ambiente natural; puesta en valor de los recursos culturales (arte rupestre y sitios habitacionales); conservación de los hábitats de especies en peligro; facilitación de la realización de estudios científicos, educación ambiental y la realización de actividades de recreación primitiva, sin desarrollo de infraestructura.

[365] El artículo 11 d) de la LBGMA y el artículo 3 letra a), inciso segundo y 3 letra a.5, del Reglamento del SEIA.

Por otro lado, también se puede mencionar como normativa aplicable el Protocolo del Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente[366] y algunas normas de ordenamiento territorial, como el Plan Regulador Metropolitano de Santiago (PRMS), el que contiene ciertos elementos ambientales con incidencia en materia de glaciares.[367]

Por último, cabe mencionar que desde el año 2005 se han presentado tres proyectos de ley al Congreso con el objeto de regular los glaciares, ninguno de los cuales ha terminado su tramitación.[368] En buena parte estos proyectos fueron motivados por la discusión pública que se generó a partir del proyecto minero Pascua-Lama, aprobado en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y que originalmente implicaba la afectación directa de zonas glaciares –cuestión que finalmente fue excluida de la aprobación ambiental, sin perjuicio de su posible afectación indirecta–.[369]

5.4 Recursos que constituyen la materia prima de las energías renovables no convencionales

En esta sección se hace referencia a la luz solar, los vientos, las mareas y el calor de la tierra –en este último caso, se da una situación compleja en el ordenamiento jurídico nacional, ya que el recurso se encuentra regulado por la Ley de Concesiones Geotérmicas, sin haberse publificado expresamente–.[370]

---

[366] Protocolo de Madrid, adoptado en 1991. Este instrumento internacional, ratificado por Chile, es aplicable a la conservación de glaciares. El Protocolo designa a la Antártica, en su artículo 2, como "reserva natural" consagrada a la paz y a la ciencia y asume el compromiso de la protección global del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados. En su artículo 3 Nº 2 b) iii, señala que *"las actividades en el área del Tratado Antártico serán planificadas y realizadas de tal manera que se eviten cambios significativos en el medio ambiente atmosférico, terrestre (incluyendo el acuático), glacial y marino".*

[367] Iza, A. & Rovere, M.B., ob. cit. (nº357), p. 135. En efecto, el PRMS contempla como zonas excluidas del desarrollo urbano, entre otras, a las denominadas "áreas de valor natural y/o de interés silvoagropecuario". Las áreas de valor natural consideran a su vez las siguientes categorías: Áreas de Preservación Ecológica; Áreas de Protección Ecológica con Desarrollo Controlado y Áreas de Rehabilitación Ecológica. Las "Áreas de Preservación Ecológica", según el artículo 8.3.1.1 del PRMS: *"Corresponden a aquellas áreas que serán mantenidas en estado natural, para asegurar y contribuir al equilibrio y calidad del medio ambiente, como asimismo preservar el patrimonio paisajístico.*

Son parte integrante de estas zonas, los sectores altos de las cuencas y microcuencas hidrográficas; los reservorios de agua y cauces naturales; las áreas de preservación del recurso nieve, tanto para su preservación como fuente de agua potable, como para evitar el emplazamiento de construcciones dentro de las canchas de esquí; las cumbres y los farellones; los enclaves de flora y refugios de fauna; como asimismo, los componentes paisajísticos destacados."

[368] Boletín Nº 3947/12 de 16 de agosto de 2005; Boletín Nº 4205/12 de 16 de mayo de 2006; y Boletín Nº 6308/12 de fecha 18 de diciembre de 2008. Todos presentados por Moción Parlamentaria.

[369] Ver Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto, Resolución Exenta Nº 24 de 15 de febrero de 2006 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama.

[370] Ver sección 2.4.1. de este capítulo.

El Diccionario de la Real Academia Española define "luz" como el "agente físico que hace visibles los objetos", especificando que la luz solar es la luz natural. El "viento" es definido como "la corriente de aire producida en la atmósfera por causas naturales" y la "marea" como "el movimiento periódico y alternativo de ascenso y descenso de las aguas del mar, producido por la atracción del sol y de la luna". El calor de la tierra no se define expresamente.[371]

La única referencia expresa que hace la legislación nacional vigente a estos recursos se encuentra en la Ley Nº 20.257 de 2008, que *Introduce Modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la Generación de Energía Eléctrica con Fuentes de Energías Renovables No Convencionales*, en que se identifica dentro de las energías renovables a la energía geotérmica, la energía solar, la energía eólica y la energía de los mares. Es decir, más que una referencia al recurso natural se realiza una referencia al producto o resultado obtenido de la utilización de estos recursos. El problema que se plantea en la actualidad, por la ausencia de regulación específica aplicable al acceso, uso y aprovechamiento de estos recursos naturales, consiste en que se encuentran en la categoría de bienes de libre acceso. Por el momento no parece existir riesgo de degradación o reducción del recurso por sobreuso o multiplicidad de usos posibles con la correspondiente dificultad de exclusión. Sin embargo, puede tratarse de un asunto de tiempo y de tecnología, que en el futuro cambie.[372]

Cabe señalar que aun cuando en la actualidad estos recursos naturales son tratados como bienes de libre acceso, igualmente se les exige la obtención de permisos y autorizaciones para realizar las obras e instalaciones que en la práctica permiten el acceso al mismo. Así por ejemplo, se exigirá una concesión marítima para usar las olas o mareas del mar. Una RCA para construir un parque eólico o un parque solar.

5.5. Servicios ecosistémicos

Los servicios ecosistémicos aluden a una amplia variedad de beneficios directos e indirectos para los seres humanos, que se derivan de los ecosistemas naturales y de la biodiversidad que contienen.[373] Como se puede observar, el concepto mismo de servicio ecosistémico tiene su origen en una visión antropocéntrica de aquellos procesos de la

---

[371] Diccionario de la Real Academia Española.

[372] Cabe señalar que con fecha 22 de octubre de 2013 se publicó la Ley Nº 20.698 que Propicia la Ampliación de la Matriz Energética, mediante Fuentes Renovables No Convencionales, que modifica la Ley General de Servicios Eléctricos incorporando la obligación de que a partir del año 2025 un 20% de la matriz eléctrica provenga de energías renovables no convencionales.

[373] The Nature Conservancy, *Servicios de Ecosistemas en América Latina. Lecciones aprendidas en agua, bosques y ecoturismo* (Cartagena de Indias, Colombia, 14-16 de febrero de 2007), p. 5. Disponible en: http://www.seperu.org/uploads/3/1/7/4/3174185/servicios_ecosistemicos_en_latino_america.pdf

(sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

naturaleza que son esenciales para la vida y para la mantención de los ecosistemas. En este sentido, pueden también ser concebidos como recursos naturales, en la medida que son componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos.[374]

La Evaluación de los Ecosistemas del Milenio clasificó estos servicios en cuatro categorías: servicios de provisión, de regulación, de apoyo y culturales.[375] Al mismo tiempo, estos servicios han sido clasificados en servicios de suministro, de regulación, de base y culturales.[376]

- Los servicios de provisión o suministro incluyen a los productos que se obtienen de los ecosistemas, por ejemplo, agua pura, aire puro, fibra, recursos genéticos, bioquímicos.

- Los servicios de regulación, se refieren a los beneficios que se obtienen de la regulación de los procesos de los ecosistemas, como la regulación del agua o del clima o la polinización de cultivos.

- Los servicios de apoyo o de base son los servicios necesarios para la producción de los demás servicios de los ecosistemas, tales como la formación del suelo, el ciclo de los nutrientes, la producción de materias primas.

- Por último, los servicios culturales, son beneficios intangibles como espirituales, recreativos, estéticos, o de pertenencia.

La intervención del ser humano en los ecosistemas naturales ha tendido a reducir la cantidad y calidad de estos servicios, por lo que se ha desarrollado hace ya varios años la iniciativa de valorizar estos servicios mediante instrumentos regulatorios como el del "pago por servicios ambientales".[377] De esta manera se propone que los usuarios de estos servicios paguen a aquellos que viven cerca de donde se generan los mismos. Por lo tanto, se trata de una transacción voluntaria "donde un servicio ambiental bien definido es comprado por lo menos por un comprador a un proveedor, asumiendo que éste

---

[374] En línea con la definición que da la LBGMA en su artículo 2 letra r).

[375] The Nature Conservancy, ob.cit. (nº 373), p. 5.

[376] Informe del Grupo de Trabajo sobre el Marco Conceptual de la Evaluación de Ecosistemas del Milenio, *Ecosistemas y Bienestar Humano: Marco para la Evaluación. Resumen* (World Resources Institute, 2003), p. 3.

Disponible en: http://www.unep.org/maweb/documents/document.3.aspx.pdf (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

[377] The Nature Conservancy, ob.cit. (nº 373), p. 6.

garantiza el suministro del servicio".[378] Así, este instrumento permitiría generar financiamiento para la conservación de determinados ecosistemas.

De lo anterior se puede deducir la relevancia que tiene la determinación de la titularidad o el derecho de propiedad sobre este tipo de servicios, en la medida que sólo aquél que pueda sostener que es titular del servicio podrá venderlo a otro usuario. Es decir, para el mecanismo del pago por servicio ambiental, la definición de los derechos de propiedad sobre tales servicios, es clave.[379]

Sin embargo, la regla general en los diversos ordenamientos jurídicos –y Chile no es la excepción– es que no existe un reconocimiento de derechos de propiedad sobre estos servicios separados de los recursos naturales que proveen de los mismos. Por ejemplo, en Chile, ¿es el titular del derecho de aprovechamiento de aguas también titular de los servicios ambientales que ésta presta? ¿Se trata, por el contrario, de bienes nacionales de uso público que sólo el Estado puede administrar? O, por último, ¿constituyen bienes de libre acceso susceptibles de sobreuso y degradación? En el caso del agua, en particular, la conservación del servicio ecosistémico puede requerir de un "no uso" del recurso. ¿Qué ocurre entonces con la patente por no uso en este caso? Tales son algunas de las preguntas que se plantean en la medida que no existe regulación específica aplicable a este tipo de componente de la naturaleza.

6. Conclusión

A partir de lo expuesto en este capítulo se puede concluir que el ordenamiento jurídico nacional carece de un enfoque sistemático para regular los recursos naturales. Sin embargo, es posible proponer su sistematización a través del análisis de categorías de recursos naturales en función de su titularidad.

Así, se pueden distinguir las siguientes categorías: recursos naturales de dominio público, recursos naturales de titularidad privada y recursos naturales comunes a todos los "hombres". A partir de esta categorización de los recursos naturales es posible identificar reglas aplicables al acceso, uso y aprovechamiento de los mismos. Reglas que –como aquí se ha analizado– aun cuando no obedecen a un enfoque sistemático permiten establecer características propias del ordenamiento jurídico nacional en materia de recursos naturales.

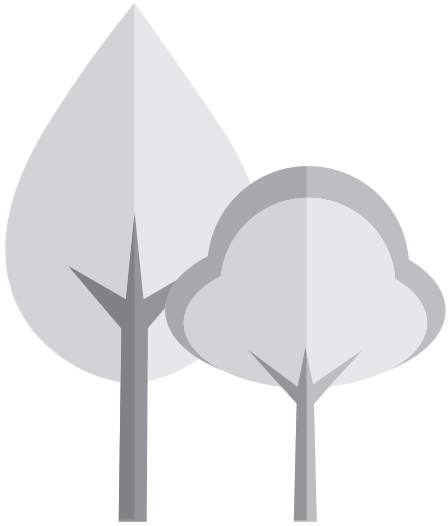
---

[378] Ibid.

[379] Greiber, Th. (Ed.), "Payments for Ecosystems Services. Legal and Institutional Frameworks", *IUCN Environmental Policy and Law Paper Nº 78* (IUCN, 2009), p. 29 y ss.

Disponible en: https://portals.iucn.org/library/node/9497 (sitio web visitado con fecha 22 de marzo de 2014)

Estas características derivan, fundamentalmente, de la ausencia de planificación por parte de la autoridad en lo que dice relación con el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Esta situación es coherente con un sistema de libre mercado, donde son los particulares los que van determinando y configurando el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos. Esto ha implicado, en la práctica, una tendencia hacia la privatización de los recursos naturales, independiente de su titularidad jurídica propiamente tal –según se pudo analizar en particular, por ejemplo, respecto a la regulación de los recursos minerales y los recursos hídricos–. Lo anterior significa que las facultades del Estado como administrador de los recursos naturales de titularidad pública son débiles o menos intensas de lo que se podría esperar en cuanto a la regulación de bienes de dominio público. En la práctica, entonces, se puede concluir que las potestades del Estado no son sustancialmente diferentes en el ámbito de los recursos naturales de titularidad pública o privada. Por último, en cuanto a los recursos naturales que conforman la categoría de bienes comunes a todos los hombres, sin perjuicio de los ejemplos que contemplan la existencia de regulación estatal en cuanto a su acceso, uso y aprovechamiento, se puede sostener que por regla general el Estado no ha ejercido sus facultades regulatorias en estos casos.



REGLAS DE JUSTICIA AMBIENTAL EN EL RÉGIMEN DE ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

CAPÍTULO QUINTO

1. Introducción

Según lo que se ha analizado en los capítulos anteriores, la Justicia Ambiental se encuentra presente en el ordenamiento jurídico a través de diversas disposiciones del derecho ambiental nacional, comparado e internacional. Se trata de un principio jurídico que se construye sobre la base de otros principios y reglas más específicos. Aun cuando la discusión sobre la aplicación de la Justicia Ambiental en el ordenamiento jurídico se ha centrado en las reglas de localización de fuentes industriales contaminantes, en el transcurso de este trabajo se ha podido establecer que también puede constituir un principio jurídico orientador para la adopción de decisiones ambientales en general. Un ejemplo de aplicación de este principio lo constituye la elección y diseño de los instrumentos regulatorios aplicables al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

En efecto, el marco jurídico aplicable a los recursos naturales comprende la regulación necesaria para determinar el acceso o asignación del recurso, su uso y aprovechamiento. Esta decisión política y regulatoria comprende la decisión en la asignación de entre diversos o múltiples usos que compiten por el uso y aprovechamiento del recurso. La elección del instrumento regulatorio adecuado para lograr estos objetivos ha sido una de las principales preocupaciones de la política y el derecho ambiental.[1] Tradicionalmente la discusión se ha dado entre la elección de instrumentos de comando y control (como el establecimiento de estándares ambientales, normas de calidad y de emisión) o instrumentos económicos que se basan en el establecimiento de incentivos (por ejemplo, las

[1] Bermúdez, J. *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007), pp.137-138.

cuotas de pesca para el manejo de los recursos pesqueros).[2] Sin embargo, esta discusión se puede plantear también desde otra perspectiva: la de evaluar cualquiera de estos instrumentos a la luz de los principios y reglas de la Justicia Ambiental.

El marco regulatorio y las políticas públicas aplicables a los recursos naturales originalmente buscaban promover el simple aprovechamiento de tales recursos. Desde hace ya un tiempo, dicho marco ha ido incorporando normas que permitan asegurar también su protección para lograr su sustentabilidad. Sin embargo, el marco regulatorio de los recursos naturales generalmente no incorpora reglas de distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales provenientes del acceso y uso de dichos recursos. Esta omisión se debe a la evolución que tiene toda institución jurídica, y en este caso a la evolución que manifiesta la Justicia Ambiental. En efecto, como ya se indicó, la demanda por Justicia Ambiental tradicionalmente se ha enfocado en problemas de contaminación urbana y de localización de fuentes peligrosas. Sin embargo, existe la necesidad, e indicios de algunas iniciativas normativas, en torno a ampliar su ámbito de aplicación también al acceso y uso de los recursos naturales. Tales iniciativas normativas no están exentas de cuestionamientos en la medida que, se sostiene, podrían forzar artificialmente un concepto que surgió a raíz de un movimiento social específico, debilitando así su fuerza inicial.[3] No obstante lo anterior, es posible postular que la Justicia Ambiental engloba en la actualidad, al menos, dos órdenes de problemas:[4] el de las comunidades minoritarias o de bajos ingresos que son expuestas de manera desproporcionada a riesgos ambientales; y el de las comunidades minoritarias o de bajos ingresos que no se benefician o lo hacen en menor medida de las políticas sobre acceso y uso de los recursos naturales. Ambos problemas son manifestación de la inequidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales dentro de la sociedad.

Esta investigación ha arrojado como resultado que el principio de la Justicia Ambiental aplicado a los recursos naturales ha sido, comparativamente, menos discutido por la literatura especializada, que su aplicación a la regulación de la localización de fuentes industriales contaminantes.[5] Sin embargo, cabe resaltar la existencia de diversos traba-

---

[2] Ver Rose, C. "Common Property, Regulatory Property and Environmental Protection: Comparing Community Based Management to Tradable Environmental Allowances", en: National Research Council, Committee on the Human Dimensions of Global Change, Ostrom, E., Dietz, Th., Dolsak, N., Stern, P., Stonich, S., & Weber, E. (Eds.), *The Drama of the Commons* (National Academy Press, 2002), pp. 233257.

[3] Bryner, G., "Assessing Claims of Environmental Justice", en Mutz, K., Bryner, G., & KENNEY, D. (Eds.), *Justice and Natural Resources. Concepts, Strategies and Applications* (Island Press, Washington, Covelo, London, 2002), p.31.

[4] Ibid. p.32.

[5] Ver Schmehl, A., "La justicia distributiva ambiental. Los problemas y principios de una asignación territorial justa de la calidad ambiental y de las opciones de utilización del medio ambiente", en Bermúdez, J. & Hervé, D. (Eds.), *Justicia Ambiental. Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (LOM Ediciones, 2013), pp. 6792.

jos publicados con respecto al agua,[6] a los impactos ambientales de la minería,[7] a los recursos genéticos[8] y a los bosques[9] desde un enfoque de Justicia Ambiental.[10]

De la identificación –realizada en el capítulo anterior– de los mecanismos regulatorios que contempla nuestro ordenamiento jurídico para determinar el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, se puede deducir que éstos no han incorporado ni consciente ni expresamente una preocupacion por abordar los problemas de inequidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales que derivan de dicho uso. En efecto, la mayor parte de estas reglas han operado históricamente sin incorporar un análisis de sus consecuencias para la justicia distributiva en el ámbito social y ambiental. Es parte de la hipótesis en que se sustenta este trabajo, que la ausencia de reglas concretas de Justicia Ambiental en el diseño de dichos mecanismos puede influir en la distribución inequitativa de las cargas y beneficios ambientales que derivan del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de la dificultad de encontrar una aplicación expresa del concepto de Justicia Ambiental, sí es posible identificar ciertas reglas que constituirían una manifestación del concepto, aplicada en el régimen de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. En otros casos, por el contrario, la Justicia Ambiental deberá operar de una forma menos intensa, en cuanto las exigencias de aquélla operarán más bien como orientaciones para la toma de decisión respecto de la asignación de los recursos naturales, o bien, como límite a su uso y aprovechamiento. Así por ejemplo, la regla que establece la reserva de zonas y recursos naturales para usos especiales o el derecho de consulta previa respecto de recursos naturales en tierras y territorios indí-

---

[6] Ver Hey, E., "Distributive justice and procedural fairness in global water law" en: Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, 2009), 351370; Budds, J. & Mcgranahan, G. "Are The Debates On Water Privatization Missing The Points? Experiences From Africa, Asia, And Latin America", en: *Environment & Urbanization*, Vol. 15 Nº2, 2003, pp. 87114; Budds, J. "Power, Nature And Neoliberalism: The Political Ecology Of Water In Chile", en: *Singapore Journal of Tropical Geography*, Vol. 25(3) 2004, pp. 322342; Wickstrom, S., "Cultural Politics and the Essence of Life: Who Controls the Water?", en Carruthers, D., *Environmental Justice in Latin America. Problems, Promise and Practice* (The MIT Press, Cambridge, Massachusets, London England, 2008).pp. 287319; Wescoat, J., Halvorson, S., Headington, L. & Replogle, J., "Water, Poverty, Equity and Justice in Colorado: A Pragmatic Approach", en: Mutz, K., et al., ob.cit. (nº3), pp. 5785.

[7] Ver Martínez Alier, J., "Mining Conflicts, Environmental Justice, and Valuation", en: *Journal of Hazardous Materials,* Elsevier Science, 2001, pp. 153170; Bridge, G., "Contested Terrain: Mining And The Environment", en: *Annu. Rev. Environ. Resour.*, Vol. 29, 2004, pp. 205259; Mutz, K., "Mineral Development: Protecting the Land and Communities", en: Mutz, K., et al., ob.cit. (nº3), pp. 307334.

[8] Cullet, P., "Environmental justice in the use, knowledge and exploitation of genetic resources", en: Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), ob.cit. (nº6), pp. 371389; Wolford, W. "Environmental Justice and Agricultural Development in the Brazilian *Cerrado*", en Carruthers, D., ob.cit. (nº6), pp. 213237.

[9] Carey, H., "Forest Management and Environmental Justice in Northern New Mexico", en Mutz, K, et al., ob.cit. (nº3), pp. 209223.

[10] Ver también los diversos trabajos sobre el tema en general que se encuentran en Mutz, K, et al., ob.cit. (nº3).

genas, constituyen ambos, manifestaciones de reglas expresas en que subyace el valor de la Justicia Ambiental. En cambio, cuando la ley adopta una regla de aprovechamiento máximo sustentable, o un acto administrativo establece una regla de compensación a una comunidad, estaremos más bien en presencia de la Justicia Ambiental actuando como una orientación en la toma de decisiones para la asignación de los recursos naturales o para su uso o aprovechamiento.

Este capítulo tiene precisamente por objeto identificar, delimitar y analizar críticamente un conjunto de reglas que deben regular, o bien, orientar el régimen jurídico de asignación, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, respondiendo a las orientaciones propias de la Justicia Ambiental. En algunos casos, tales reglas forman parte hoy día del ordenamiento jurídico nacional, ellas contienen elementos de Justicia Ambiental que son aplicables al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, aunque no se haya dicho expresamente. Sin embargo, también se identificarán reglas que aplican la Justicia Ambiental, pero que no necesariamente se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico nacional relativo a los recursos naturales. El segundo grupo de reglas en algunos casos es posible de ser deducido del contexto del ordenamiento jurídico, en otros casos es posible encontrar manifestaciones incipientes, y en la situación más débil, simplemente corresponderán a reglas que eventualmente podrían incorporarse como normas propias de la Justicia Ambiental en el ámbito de los recursos naturales. La aplicación de todas estas reglas en el régimen de asignación o acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales permitirían superar la desproporcionalidad en la distribución de cargas y riesgos ambientales, igualar el acceso a los beneficios y servicios ambientales y favorecer la participación de las comunidades involucradas en dichos procesos.

Las siguientes reglas y principios, por lo tanto, se proponen como normas que permiten enfrentar el problema de la inequidad en la distribución de las cargas y beneficios que se producen en el medio ambiente a partir del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

2. Reglas de Justicia Ambiental en el régimen jurídico de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales

A continuación se presentarán ciertas reglas de Justicia Ambiental que han sido identificadas en este trabajo, a partir de lo analizado en los capítulos anteriores. Estas reglas serán agrupadas a través de diversos mecanismos, enfoques o principios cuyo contenido es manifestación de una o más dimensiones o elementos de la Justicia Ambiental.

2.1. Enfoque sistémico e integrador

Este enfoque sistémico e integrador permite incorporar los diversos elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental a las decisiones sobre acceso, uso y aprovechamiento

de los recursos naturales. En efecto, en virtud de este enfoque lo que se pretende es enfatizar el rol que cabe a la Justicia Ambiental en las discusiones sobre sustentabilidad en relación con los recursos naturales.

El desarrollo sustentable es un concepto ampliamente reconocido en el derecho ambiental. Esta idea o principio orientador de la disciplina se encuentra reconocido de múltiples formas por nuestra legislación ambiental,[11] pero quizás la más clara es la contenida en el artículo 2 g) de la LBGMA que define desarrollo sustentable en los siguientes términos:

> *El proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.*

Se sostiene que el desarrollo sustentable incorpora los siguientes elementos:[12] la equidad intergeneracional, o la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las futuras generaciones; el uso sustentable o uso racional de los recursos; la equidad *intra* generacional o el uso equitativo de los recursos; y la integración o la necesidad de asegurar que las consideraciones ambientales sean incorporadas a los proyectos, programas y planes económicos y de desarrollo. En el mismo sentido, otros identifican las siguientes ideas dentro del concepto:[13] la integración de la protección del medio ambiente y el desarrollo económico en la planificación; la preocupación expresa por los impactos que la actividad actual genera en la futuras generaciones; la protección del medio ambiente, o el compromiso a un uso eficiente de los recursos; la equidad *intra* generacional; la calidad de vida o el reconocimiento que el bienestar humano no proviene sólo del crecimiento económico; y la participación de todos los grupos de la sociedad en la adopción de las decisiones.

Lo que aquí se plantea mediante este enfoque sistémico e integrador es que debe existir coherencia entre todos los elementos del desarrollo sustentable al momento de adoptar determinaciones relevantes en materia de recursos naturales, de manera de hacerse cargo consistentemente tanto de la perspectiva ambiental, como económica y social involucrada en cada una de estas decisiones. Este objetivo de integración –se postula– se logra mediante la función directora del principio de Justicia Ambiental en estas decisiones.

---

[11] Por ejemplo, la creación de un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Ver artículos 71-73 de la LBGMA.

[12] Sands, P., *Principles of International Environmental Law,* Second Edition (Cambridge University Press, 2003), pp. 252-266.

[13] Jacobs, M. "Sustainable Development: A Contested Concept", en Dobson, A. (Ed.), *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability and Social Justice* (Oxford University Press, 1999), p.26.

En efecto, el desarrollo sustentable tiene como elemento central la integración de objetivos ambientales, económicos y sociales[14] cuestión que requiere de una directriz que permita tal función. La ausencia de un enfoque sistémico e integrador ha llevado a que en su mejor interpretación, el desarrollo sustentable se haya entendido como el balance de tres elementos igualmente importantes.[15] Sin embargo, esta afirmación ha sido cuestionada, ya que para algunos el énfasis del desarrollo sustentable, en la práctica, ha sido el crecimiento económico, dejando de lado los aspectos de justicia social y protección ambiental.[16]

Este enfoque sistémico e integrador permite relevar dentro del concepto de desarrollo sustentable la preocupación por la equidad y la justicia social y por la protección del medio ambiente.

En efecto, lo anterior deriva de lo que se debe entender por la integración de los elementos del desarrollo sustentable. Se sostiene que la integración debe darse dentro de un marco adecuado para la adopción de decisiones y que debe perseguir un objetivo general. [17] "La integración sin un objetivo o propósito simplemente no tiene sentido".[18] Por lo tanto, la integración no es sólo un proceso sino que también tiene sustancia, tiene contenido.[19] Es así como surge la pregunta de si alguno de los elementos del desarrollo sustentable tiene más relevancia que los demás. Es decir, si el balance entre la variable económica, social y ambiental debe considerar el mismo peso para las tres, o si por el contrario existe algún elemento que debe dirigir la relación entre todos con el objeto de darle un verdadero significado al concepto. La Justicia Ambiental, en cuanto principio director, permite cumplir ese objetivo orientador, dándole contenido al proceso de integración que finalmente determinará si la decisión respectiva es sustentable o no.

La Declaración de Río +20 precisamente entrega ese mensaje al sostener las siguientes reglas específicas:[20]

---

[14] *New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development* (ILA Resolution 3/2002). Disponible en: www.ilahq.org (sitio web visitado con fecha 24 de marzo de 2014)

[15] Voigt, C., "The Principle of Sustainable Development. Integration and Ecological Integrity", en Voigt, C. (Ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (Cambridge University Press, 2013), P. 147.

[16] Holder, J., "Building Spatial Europe: An Environmental Justice Perspective", en Scott, J. (Ed.), *Environmental Protection. European Law and Governance* (Oxford University Press, 2009), pp. 92-126.

[17] Voigt, C., ob.cit. (nº15), p. 147. Traducción propia de la frase *"Integration without a goal or purpose is simply meaningless".*

[18] Ibid.

[19] Ibid, p. 148.

[20] Declaración sobre justicia, gobernanza y derecho para la sostenibilidad ambiental, Río +20. Disponible en: http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/RIO+20/Declaracion%20Rio+20%20Congreso%20de%20Justicia,%20Gobernanza%20y%20Derecho.pdf (sitio web visitado con fecha 24 de marzo de 2014)

> *La sostenibilidad ambiental solamente podrá alcanzarse en el contexto de acuerdos nacionales de gobernanza justos, efectivos y transparentes, y del estado de derecho, basados en:*
>
> *a) leyes ambientales justas, claras y aplicables;*
>
> *b) participación de la población en la adopción de decisiones y acceso a la justicia y la información, de conformidad con el décimo principio de la Declaración de Río, lo que incluye analizar las posibilidades de tomar disposiciones del Convenio de Aarhus al respecto;*
>
> *c) rendición de cuentas e integridad de las instituciones y los responsables de la adopción de decisiones, incluso mediante la aplicación activa de la auditoría ambiental y la vigilancia del cumplimiento;*
>
> *d) mandatos y funciones claros y coordinados;*
>
> *e) mecanismos de resolución de conflictos accesibles, justos, imparciales, puntuales y ágiles, incluido el fomento de conocimientos especializados en la determinación de causas ambientales, y procedimientos y remedios innovadores en materia de medio ambiente;*
>
> *f) reconocimiento de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente; y*
>
> *g) criterios específicos para la interpretación del derecho ambiental.*

En consecuencia, se puede sostener que un enfoque sistémico e integrador implica que la ponderación de los intereses que se encuentran en relación en el concepto de desarrollo sustentable no puede ser desequilibrada a favor del desarrollo económico, sino que debe, al menos, considerar de igual manera también los aspectos sociales y ambientales, mediante la función directora del principio de Justicia Ambiental.

2.2. Planificación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales

La planificación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales –mecanismo mediante el cual se determinan las opciones de utilización de los recursos naturales y del medio ambiente– cumple un rol clave en la organización del desarrollo de una sociedad y en el balance de los diversos factores relevantes en la adopción de las decisiones, estos son, los económicos, políticos, sociales y ambientales.[21] Es decir, constituye un mecanismo muy relevante para lograr el objetivo de un desarrollo más sustentable y más justo.

Este mecanismo se encuentra débilmente representado en el ordenamiento jurídico nacional de los recursos naturales por los siguientes instrumentos regulatorios: la evalua-

[21] Bell, S. & McGillivray, D., *Environmental Law* (Sixth Edition, Oxford University Press, 2006), p. 441.

ción ambiental estratégica (EAE);[22] los instrumentos de planificación territorial (IPT);[23] y la zonificación del borde costero.[24]

La debilidad de estos instrumentos, en buena parte, se basa en su carácter voluntario –la regla general en la EAE en nuestro sistema jurídico–, e indicativo –la zonificación del borde costero–. Esta situación es reflejo de una tendencia consistente en que las competencias del Estado en materia de planificación de recursos naturales, para lograr el bien común, han disminuido o perdido relevancia.[25] El fortalecimiento de estos instrumentos es un requisito de Justicia Ambiental, en la medida que ésta exige de una planificación en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales que incorpore reglas que permitan hacerse cargo de los elementos que en el uso y aprovechamiento actual de los recursos naturales generan situaciones de injusticia ambiental.

Por ejemplo, en materia de EAE, se pueden incorporar las siguientes reglas que permitirían hacerse cargo de los elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental:[26]

i. La obligación de incluir específicamente, dentro del listado de políticas, planes y programas que *deben* someterse a una EAE, *aquellos que generen riesgos o impactos sobre comunidades que constituyen minorías étnicas y sobre comunidades de bajos ingresos.*

ii. La obligación de incluir específicamente, dentro del listado de políticas, planes y programas que *deben* someterse a una EAE, aquellas *políticas, planes y programas que digan relación con el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales*, tales como los planes de manejo de recursos naturales de la LBGMA.

iii. Exigencia de *evaluar si existen alternativas que generen menos problemas de Justicia Ambiental* que la política, plan o programa propuesto. Es decir, esta regla implica que en la evaluación se logre garantizar que la política o plan propuesto no va a generar nuevos problemas de Justicia Ambiental o que no va a empeorar los problemas ya existentes.

iv. Aprobar políticas, planes o programas en la medida que *acrediten un trato justo para todas las personas,* independiente de su raza, cultura o nivel de ingreso.

---

[22] Ver capítulo segundo, sección 2.7.5.

[23] Ver capítulo cuarto, sección 3.1.

[24] Ver capítulo cuarto, sección 2.1.

[25] Ver capítulo cuarto, sección 2.

[26] Hervé, D., "Noción y elementos de la Justicia Ambiental: Directrices para su aplicación en la Planificación Territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XXIII, Nº1, julio 2010, p. 34.

En cuanto a los IPT y la zonificación del borde costero, se pueden plantear las siguientes reglas:[27]

i. la consideración de información científica relacionada con los ecosistemas presentes en una zona. La consideración de las características ecológicas de un determinado territorio puede ayudar a identificar las actividades cuyo desarrollo sería perjudicial o positivo tanto para el medio ambiente del lugar como para la situación económica y social respectiva.

ii. la separación de usos incompatibles. Por ejemplo, la separación de actividades que supongan respecto de un mismo recurso un riesgo ambiental y un servicio ambiental.[28] Tal es el caso de una industria que elimina desechos líquidos en un río o en el mar (por ejemplo, industria de celulosa) y otra actividad que necesita de la calidad de las aguas para su desarrollo (por ejemplo, actividad agrícola o acuícola).

iii. la concentración de usos similares: el uso de un determinado territorio con actividades que significan riesgos ambientales similares.[29] Por ejemplo, la autorización de áreas aptas para la acuicultura dentro de una misma zona, de manera que las externalidades negativas de dicha actividad generen un impacto localizado. Este criterio, sin embargo, presenta también inconvenientes puesto que si no se evalúan adecuadamente los impactos acumulativos y sinérgicos que se generen, tanto en el espacio como en el tiempo, esta misma regla puede ocasionar el efecto contrario, esto es, situaciones de injusticia ambiental (por ejemplo, la zona de Ventanas y Puchuncaví donde se concentran actividades contaminantes similares, tales como diversas centrales termoeléctricas).

iv. la planificación integrada del uso del territorio: esta regla implica que los instrumentos de planificación y zonificación deben adoptar un enfoque integrado de la planificación, de manera de incorporar en su elaboración los diversos usos que las políticas y legislaciones sectoriales dan a los recursos existentes en una zona. Por ejemplo, los IPT debieran incorporar las indicaciones en materia de usos preferentes que establecen las zonificaciones regionales del uso del borde costero.

---

[27] Ibid, pp. 2930.

[28] Bermúdez, J., "Elementos y Principios de la Justicia Ambiental", en Bermúdez, J. & Hervé, D., ob.cit. (nº5), p. 52.

[29] Ibid.

v. la coordinación entre las diversas autoridades competentes: en la elaboración de estos instrumentos deben intervenir todas las autoridades con competencia sectorial sobre los recursos naturales de una zona.

vi. la participación: la utilización de estos instrumentos de planificación debiera permitir que las comunidades participen con anticipación en la determinación de las normas y reglas que se aplicarán en el desarrollo de los territorios en que habitan, y no solamente actúen con posterioridad para oponerse a un proyecto o instalación.

Como se puede concluir, la incorporación de reglas de Justicia Ambiental a estos instrumentos regulatorios –EAE, Zonificación e IPT– constituye un ejemplo de aplicación de un enfoque de planificación basado en la Justicia Ambiental en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Enfoque que puede ser aplicado también respecto de otros instrumentos, como por ejemplo, los Planes de Manejo de recursos naturales de la LBGMA.

2.3. Mecanismos de asignación de derechos sobre recursos naturales

El mecanismo de asignación inicial de derechos sobre un recurso natural puede adoptar diversas reglas.[30] Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico nacional en materia de aguas, se otorgan concesiones o derechos de aprovechamiento de manera directa, gratuita y a perpetuidad. Y, una vez efectuada la asignación inicial, el Estado no vuelve a intervenir, procediendo su reasignación a través del mercado de aguas, en que el titular del derecho puede transferirlo sin limitación alguna. Otras reglas de asignación se basan en derechos históricos para asignar las titularidades sobre los recursos, como ocurre en el caso de las licencias sobre cuotas de pesca o de las asignaciones de emisión a fuentes industriales. Finalmente, también se pueden asignar recursos mediante subasta o licitación pública, como ocurre en el caso de las concesiones geotérmicas. Cada uno de estos mecanismos obedece a diferentes reglas de asignación de derechos sobre los recursos naturales. Y cada uno de ellos puede tener implicancias positivas y negativas en la distribución equitativa de los beneficios ambientales provenientes del acceso a los recursos naturales.

Por ejemplo, la asignación de derechos basada en patrones de uso previo del recurso implica un reconocimiento y una asignación de derechos históricos.[31] Las asignaciones de este tipo frecuentemente comienzan con una línea de base, es decir, con un nivel histórico de uso del recurso por un individuo en un tiempo específico previo a la asig-

[30] Ver sección 2.2. del capítulo cuarto.

[31] Raymond, L. *Private Rights in Public Resources. Equity and Property Allocation in Market Based Environmental Policy* (Resources for the Future, Washington DC, 2003), pp. 5153.

nación.[32] Un buen ejemplo, se encuentra en materia pesquera, donde la asignación se basa originalmente en la captura total de un buque pesquero en la temporada anterior. En términos generales, la línea de base se puede determinar sobre la base de un solo año o de diversos años de uso previo. También en materia pesquera, la asignación de derechos a los pescadores artesanales se basa en derechos históricos, reconociendo derechos previos a la asignación sobre el recurso. Es decir, de este ejemplo se puede deducir que una regla de asignación basada en derechos históricos puede ser sensible o no a la dimensión de la Justicia Ambiental consistente en la distribución equitativa de los beneficios derivados del acceso a los recursos naturales.

Otra regla de asignación es aquélla que reconoce el derecho sobre el recurso natural a los poseedores actuales del mismo, sin importar su uso previo. Esta regla se conoce como "grandfathering" y se utiliza por razones prácticas de consentimiento político.[33] El criterio en el que se basa esta regla es la posesión actual, la ocupación del recurso al momento de la asignación. La manera en que se obtuvo la posesión o el control del recurso no tiene relevancia. La defensa de este mecanismo, por lo tanto, es pragmática.[34] Sus implicancias de Justicia Ambiental, tal como en el caso de los derechos históricos, dependerá del caso concreto en que se encuentre la situación de posesión actual del recurso.

De lo anterior, se puede concluir que en materia de asignación de recursos la Justicia Ambiental puede cumplir un rol orientador para la adopción de decisiones antes que permitir la selección de una regla específica que determine el acceso al recurso. En este rol, influirá en particular la dimensión distributiva y política de la Justicia Ambiental, en el sentido que se deberá tener en consideración al momento de aplicar las reglas de asignación de derechos sobre los recursos naturales tanto sus efectos sobre la equidad en la distribución de tales derechos como la participación y reconocimiento de los diversos usuarios e interesados en el acceso a los beneficios que provienen de la asignación de esos derechos.

2.4. Establecimiento de prioridades en el uso de un recurso

El establecimiento de prioridades en el uso de un recurso natural es una regla ausente del ordenamiento jurídico nacional, con la excepción más relevante constituida por la zonificación de borde costero, que sí incorpora usos prioritarios, aun cuando el instrumento en cuestión es frágil jurídicamente y su efectividad en el cumplimiento de estos usos ha sido bastante débil.[35]

---

[32] Ibid.

[33] Ibid.

[34] Ibid.

[35] Ver sección 2.1. del capítulo cuarto.

Otras excepciones más acotadas están dadas, por ejemplo, por la LGPA. Por una parte, en su artículo 3, al regular el establecimiento de la cuota global de captura, dispone que se podrá deducir de la cuota global, entre otras, una cuota de reserva para consumo humano, en los siguientes términos:

> *Cuota de reserva para consumo humano de las empresas de menor tamaño de conformidad con la ley N° 20.416: se podrá reservar hasta el 1% de la cuota global de captura de las especies, con excepción de los recursos bentónicos, los demersales y las algas, para licitarla entre los titulares de las plantas de proceso inscritas en el Registro que lleva el Servicio y que califiquen como empresas de menor tamaño, para realizar actividades de transformación sobre dichas especies y destinarlas exclusivamente a la elaboración de productos para el consumo humano directo.*[36]

Por otro lado, en su artículo 68, da preferencia al consumo humano del agua antes que su uso para acuicultura:

> *La Dirección General de Aguas deberá preferir a la persona que acredite la calidad de acuicultor, en el caso de oposición a que se refiere el inciso tercero del artículo 141, del Código de Aguas, salvo aquellas referidas a la obtención de derechos consuntivos de aguas destinadas a consumo humano.*

Sin perjuicio de los anteriores ejemplos –que están vigentes– quizás el ejemplo más relevante de establecimiento de usos prioritarios en nuestro ordenamiento jurídico está dado por una regla no vigente contenida en el antiguo Código de Aguas de 1951, que establecía un orden de prelación entre los posibles usos, de manera que "frente a varias peticiones sobre las mismas aguas prefería aquél cuyo uso solicitado fuera preferente".[37] Las preferencias contemplaban siete categorías, empezando por la bebida y el uso doméstico y terminando con la expresión general de "otros usos".[38] Es quizás ésta una de las diferencias más relevantes entre el antiguo sistema jurídico en materia de aguas y el actual que no reconoce prelación alguna.

La situación actual en materia de recursos hídricos es la regla general del ordenamiento jurídico nacional en materia de recursos naturales. La ausencia de una regla como esta,

---

[36] Mediante DS Nº173 de 2013 del Ministerio de Economía, se dictó el Reglamento de Licitación de la Cuota de Reserva para Consumo Humano de las Empresas de Menor Tamaño y de aquélla destinada a carnada.

[37] Segura Riveiro, F. *Derecho de Aguas* (Editorial LexisNexis, 2006), p. 14.

[38] Artículo 30, Código de Aguas de 1951: *Si se presentaren diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se hará en el siguiente orden de preferencia: 1. Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales; 2. Usos domésticos y saneamiento de poblaciones; 3. Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre; 4. Regadío; 5. Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica; 6. Industrias, molinos y fábricas, y 7. Otros usos. Dentro de cada clase serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según las fechas de sus solicitudes.*

constituye –tal como se vio en el capítulo segundo– el no reconocimiento de principios como el del uso equitativo de los recursos naturales o el de la equidad intrageneracional. Ambos principios de derecho internacional ambiental constituyen una manifestación de la Justicia Ambiental en su dimensión distributiva, donde se respetan los intereses de los diversos usuarios de un recurso, cuestión que en la actualidad no ocurre en el ordenamiento jurídico nacional sobre los recursos naturales.

La no existencia de una prioridad en el uso de los recursos naturales lleva a que sea el mercado el que le asigne la prioridad en su utilización. Sin embargo, está comprobado que el mercado no es ni puede ser el único criterio de asignación de utilidad de los recursos naturales. Lo anterior, no sólo por razones ambientales, sino sociales, políticas, e incluso estratégicas. Así por ejemplo, por largos años la explotación del bosque nativo chileno se destinó exclusivamente a la elaboración de *chip*, en circunstancias que se trataba de madera noble cuyos usos –o no uso– podrían haber respondido de mejor manera a los intereses de la Justicia Ambiental, pero también al interés de otros usos que en un momento fueron menos rentables, pero que hoy día son muy valiosos, como los usos turísticos. En el mismo sentido, la utilización de las pesquerías para reducirlas a harina de pescado, plantea un problema de Justicia Ambiental en el sentido que aparece como criticable que la captura de pescado perfectamente consumible por el ser humano sea utilizado para alimentar a otros animales, como cerdos o salmones. Como se vio, la reserva de una cuota ínfima para destinarlo a consumo humano no necesariamente alcanza a satisfacer los requerimientos de la Justicia Ambiental en esta materia.

2.5. La reserva de zonas para usos especiales

Este mecanismo o instrumento regulatorio se encuentra reconocido por nuestro ordenamiento jurídico sobre recursos naturales, al menos a través de dos figuras jurídicas concretas: las Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos (AMERB) y los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO).[39] Tal como se indicó en el capítulo anterior, esta regla consiste en entregar la administración y el uso de determinadas zonas y recursos naturales a organizaciones comunitarias que se encuentran directamente vinculadas con la zona o con el recurso natural en cuestión. En el primer caso, se entrega a organizaciones de pescadores artesanales, y en el segundo, a comunidades indígenas. Se trata, por lo tanto, de recursos naturales que se someten a un modelo institucional distinto al de la propiedad privada o el dominio público sobre los recursos naturales. Más bien, se trata de recursos naturales cuyo acceso, uso y aprovechamiento corresponde a una comunidad de usuarios del recurso.[40] Es decir, no se trata de propiedad privada propiamente tal, en la medida que los usuarios no son copropietarios, dueños de una cuota del recurso. Sino que, por el contrario, corresponde a una

[39] Ver sección 4.2. del capítulo cuarto.
[40] Ver sección 2 del capítulo tercero.

situación donde el recurso es indivisible y no hay asignación de cuotas de dominio a los miembros del grupo.

Existen una serie de reglas que la literatura ha identificado como indispensables para que un modelo institucional de este tipo sea exitoso en la administración de los recursos naturales. Tales son:[41]

i. La existencia de *límites claramente definidos tanto respecto a los miembros que componen la comunidad de usuarios como a la zona o recurso natural específico* sometido a este sistema. La relevancia de esta regla es fundamental, ya que sin ella se corre el riesgo de no saber qué es lo que se está administrando ni para quién. Por lo tanto, los usuarios deben tener el derecho de excluir del uso del recurso a quienes no son parte de la comunidad u organización que es titular de la administración.

ii. La necesidad de establecer *restricciones a la explotación del recurso* y la obligación de mantener provisiones del mismo, de manera que no se destruya el recurso. Lo que, por ejemplo, en el caso de las AMERB se asegura a través de un plan de manejo.

iii. La *participación de los miembros de la comunidad en la determinación y modificación de las reglas de operación* (acceso, retiro, manejo, exclusión, enajenación).[42] Esta regla permite que sean los propios usuarios del recurso, que se encuentran directamente relacionados con las circunstancias del mismo, los que puedan determinar las mejores reglas aplicables a lo largo del tiempo.

iv. El *monitoreo* constante de la conducta de los usuarios en el cumplimiento de las reglas que se han autoimpuesto en materia de uso y aprovechamiento del recurso. En efecto, la sola presencia de reglas, incluso de aquéllas que han sido establecidas por los propios usuarios, no garantiza el cumplimiento de dichas normas.

v. La *existencia de mecanismos de solución de conflictos y de sanción por incumplimiento*. Este requisito es fundamental, dado que las normas que se adopten para administrar una zona o un recurso pueden ser objeto de múltiples interpretaciones. Estos mecanismos pueden adoptar diversas formalidades, desde mecanismos informales de la propia comunidad hasta mecanismos externos que se encuentren oficializados por el sistema legal.

---

[41] Ostrom, E., *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge University Press, 1990), pp. 88102.

[42] Ver sección 2 del capítulo tercero.

vi. Reconocimiento por parte del sistema legal de los derechos de los miembros de la comunidad a *organizar su propio modelo institucional de uso y aprovechamiento del recurso*.

Este mecanismo consistente en reservar ciertas zonas o recursos para someterlos a un modelo institucional propio de administración del uso y aprovechamiento de los recursos naturales, refleja diversos elementos de Justicia Ambiental, en particular: el reconocimiento; el elemento colectivo; la participación; y la equidad en la distribución.[43]

El reconocimiento,[44] como elemento de la Justicia Ambiental en el ámbito del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, se manifiesta en particular en la valorización colectiva y cultural de ciertas comunidades, que tienen características propias relacionadas con los recursos naturales. Por ejemplo, los pescadores artesanales de las AMERB y las comunidades indígenas en los ECMPO, mediante este instrumento son reconocidos y valorados por la institucionalidad, destacando su carácter de grupo que tiene tanto un derecho como una necesidad especial al acceso, uso y aprovechamiento del recurso natural en cuestión. Otros elementos esenciales de Justicia Ambiental que se manifiestan en este caso, son la participación pública y la equidad en la distribución. La participación se manifiesta en que la estructura institucional del modelo es elaborada por los propios miembros de la colectividad. La equidad, por su parte, se obtiene de garantizar a comunidades vulnerables el acceso a bienes que son necesarios para que se encuentren en una situación de mayor igualdad dentro de la sociedad.

2.6. Distribución de beneficios provenientes del uso y aprovechamiento de un recurso

La distribución o participación en los beneficios provenientes del uso y aprovechamiento de los recursos naturales se encuentra incorporada en la legislación nacional a través de dos tratados internacionales ratificados por Chile: la Convención de Diversidad Biológica, CDB (1992) y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989). Ambos tratados incorporan, por lo tanto, mediante este mecanismo reglas de Justicia Ambiental distributiva.

El artículo 15 Nº7 de la CDB dispone:

> *Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto de mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21,* ***para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de***

[43] Ver sección 4, capítulo primero.

[44] Ver sección 4.1.2. del primer capítulo.

> ***otra índole de los recursos genéticos*** *con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.*

Por su parte, el artículo 15 Nº2 del Convenio 169, establece:

> *En caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras****. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades,*** *y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.*

A nivel internacional estas reglas han sido latamente analizadas y desarrolladas. A nivel nacional, sin embargo, todavía se encuentran ausentes.

En el ámbito de los recursos genéticos, lo dispuesto por la CDB ha sido desarrollado a través de largas negociaciones internacionales que dieron lugar, finalmente, a la adopción en el año 2010 del "Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización".[45] Cabe señalar que la participación justa en los beneficios dice relación con una forma de compensación que tiene por objeto retribuir a quienes custodian o ejercen la tenencia de los recursos genéticos, por su contribución al desarrollo de productos que eventualmente son comercializados por otros actores.[46] El objetivo del Protocolo es precisamente determinar las condiciones y requisitos para lograr dicha participación. El modelo adoptado –en coherencia con la CDB– consiste en exigir el consentimiento fundamentado previo del país proveedor y de las comunidades indígenas y locales pertinentes, para el acceso a los recursos genéticos y el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas sobre la participación en los beneficios. Es decir, el Protocolo, opta por un modelo contractual entre las partes para efectos de determinar la distribución de los beneficios provenientes de la utilización de los recursos genéticos.[47] Los beneficios podrán incluir beneficios monetarios y no monetarios.[48] Entre los beneficios monetarios se incluyen los siguientes: tasas de acceso o tasa por muestra recolectada o adquirida de otro modo;

---

[45] Ver sección 5.2. del capítulo cuarto.

[46] Cullet, P., ob. cit. (nº8), p. 372.

[47] Un análisis crítico de este enfoque se puede encontrar en Ruiz, M., "Un ensayo crítico de Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos" en *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Año VII, Nº7, Lima, 2011. Disponible en:

http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario07/art16/ANUARIO%20ANDINO%20ART16.pdf (sitio web visitado con fecha 24 de marzo de 2014)

[48] Un listado no taxativo de tales beneficios se encuentra en un Anexo del Protocolo de Nagoya.

pagos por adelantado; pagos de regalías; tasas de licencia en caso de comercialización; tasas especiales para pagar a fondos fiduciarios que apoyen la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; financiación de la investigación; empresas conjuntas; propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual pertinentes. Entre los beneficios no monetarios se pueden incluir el intercambio de resultados de investigación y desarrollo; cooperación en programas de investigación biotecnológica en el país que aporta los recursos genéticos; participación en desarrollo de productos; contribución a la formación y capacitación; admisión a instalaciones exsitu de recursos genéticos y a bases de datos; transferencia de tecnología en términos justos y más favorables al proveedor de los recursos genéticos; entre otros.

Por su parte, en cuanto al Convenio 169, la OIT ha establecido que el derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales en tierras y territorios indígenas consiste en que "los pueblos indígenas tienen derecho a tener parte en los beneficios que reporten la prospección o explotación de los recursos naturales de sus tierras. La distribución de los beneficios puede adoptar diferentes formas, como la celebración de acuerdos específicos con cada comunidad, la negociación de acuerdos entre los estados y los territorios autogobernados o la redistribución de impuestos e ingresos para su aplicación a los fines de desarrollo específicos de los pueblos indígenas".[49] Este derecho a compartir los beneficios ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, en su sentencia del 28 de noviembre de 2007. En efecto, en dicha sentencia la Corte establece la obligación del Estado de compartir, razonablemente, los beneficios de un proyecto que se realice dentro del territorio del pueblo Saramaka.[50] Reconoce expresamente "el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia."[51]

El Tribunal Constitucional chileno ha interpretado esta norma del Convenio 169 en su sentencia del 4 de agosto de 2000, declarando que:

> El verbo rector de esta disposición es la que señala el Convenio, al usar las expresiones "siempre que sea posible", lo que debe entenderse en el sentido de que su aplicación ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera. Siendo así, esta disposición, al ser en su esencia programática y al confirmar el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional no existiendo reproche que hacerle en este sentido".[52]

---

[49] Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica* (Ginebra, OIT, 2009), p. 108.

[50] CIDH, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrafo 138.

[51] Ibid, párrafo 139

[52] Considerando 73.

La declaración del TC, sin embargo, lo que hace es afirmar la constitucionalidad de la disposición del Convenio, y sostener que se trata de una norma programática. Lo anterior implica el deber del Estado de adoptar medidas para su cumplimiento.[53]

En Chile, sin embargo, como ya se adelantó, hasta la fecha no se ha incorporado específicamente ningún mecanismo que haga aplicable la distribución equitativa de los beneficios entre los distintos actores relevantes, derivados del uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

2.7. La participación pública significativa

La participación pública en los procesos de adopción de decisiones es un elemento fundamental de la dimensión política de la Justicia Ambiental.[54] Su relevancia ha sido reconocida por el derecho internacional, comparado y nacional.[55] Por lo tanto constituye, sin lugar a dudas, un requisito que deben incorporar las legislaciones sobre recursos naturales para lograr enfrentar los problemas de Justicia Ambiental.

La participación pública, en un nivel muy general, consiste en el intento de influenciar los procesos de adopción de leyes, políticas o decisiones individuales.[56] Lo que aquí se plantea específicamente es que, la aplicación de un principio de Justicia Ambiental exige que el ordenamiento jurídico contemple reglas de participación ciudadana significativa en los procesos de adopción de decisiones relacionadas con el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

El ordenamiento jurídico nacional ya contempla diversos mecanismos de participación ciudadana en la adopción de decisiones ambientales. Los principales ejemplos son las etapas de participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); la de consulta a los organismos públicos y privados, en la elaboración de Normas de Calidad y de Emisión y en los Planes de Prevención y Descontaminación; y, también, en los procesos de Evaluación Ambiental Estratégica.[57] Todos estos instrumentos son aplicables de una u otra manera a la adopción de decisiones en materia de recursos naturales, aunque no son los únicos. También se puede agregar a esta enumeración el proceso de elaboración de la zonificación del borde costero, los procesos de constitución de las concesiones sobre los recursos naturales, los procesos de autorización para el

---

[53] Hervé, D. & Pérez, S., "Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales", en Contesse, J. (Ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación* (Ediciones UDP, 2012), p. 96.

[54] Ver sección 3.2. del primer capítulo.

[55] Ver sección 2.2. del segundo capítulo.

[56] Bell, S. & McGillivray, D., ob.cit. (nº21), p. 338.

[57] Cabe señalar que a la fecha, todavía no se dicta el Reglamento de la Evaluación Ambiental Estratégica, por lo que su implementación ha sido todavía muy escasa y solamente en lo que dice relación con los Instrumentos de Planificación Territorial.

uso y aprovechamiento de ciertos recursos naturales y, el proceso de consulta indígena previa a la adopción de decisiones sobre recursos naturales en tierras indígenas. Es decir, existen una serie de procesos de adopción de decisiones en materia de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales en donde el principio de Justicia Ambiental exige el desarrollo de un proceso de participación pública significativa. Sin embargo, es evidente la disparidad en los requisitos y estándares existentes en cada uno de estos procesos de adopción de decisiones, lo que implica en algunos casos, la ausencia de la dimensión política y participativa de la Justicia Ambiental.

Tal como se indicó en los capítulos primero y segundo de este trabajo, los estándares mínimos para una participación pública significativa son el acceso a la información, la existencia de un proceso de participación previa a la adopción de decisiones y el acceso a la justicia.[58] A su vez, se han planteado como requisitos básicos para la participación, la igualdad de recursos y la asistencia técnica para la interpretación de documentos técnicos.[59] De la revisión de los procedimientos de adopción de decisiones relevantes en materia de recursos naturales se puede concluir que no todos cumplen con estos requisitos como para que exista una participación pública significativa de acuerdo con la dimensión política de la Justicia Ambiental.

A continuación se revisará el contenido de cada uno de estos estándares, con el objeto de ilustrar la ausencia de algunos de ellos específicamente en los procesos de adopción de decisiones en materia de recursos naturales.

2.7.1. El acceso a la información

El acceso a la información en el contexto de la Justicia Ambiental es de gran importancia, ya que constituye un presupuesto para alcanzar la Justicia Ambiental en sus diversas dimensiones. Ya se analizó en el capítulo segundo su manifestación concreta en la Convención de Aarhus y en la LBGMA y su coherencia con la Ley Nº 20.285 de 2008 sobre Acceso a la Información Pública. Recapitulando, este elemento exige del Estado el deber de poner a disposición de la ciudadanía toda la información ambiental que se encuentre en su poder. Es decir, parte de la base que mientras mayor sea la información ambiental los ciudadanos estarán en una mejor posición para participar o exigir la distribución que creen justa de los servicios que el medio ambiente otorga y para evitar las cargas que consideren inequitativas.[60]

---

[58] Los estándares mínimos para cada uno de estos elementos están contemplados en la Convención de Aarhus sobre el Acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, de 1998. Ver sección 2.2. del capítulo segundo.

[59] Ver, Rechtschaffen, C., "Advancing Environmental Justice Norms" en *University of California Davis Law Review*, Volumen 37, 2003-2004, p. 121.

[60] Bermúdez, J., "Acceso a la información pública y Justicia Ambiental. Interrelaciones de dos instituciones de derecho administrativo ambiental", en *Revista de Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXIV, 2010, p. 572.

La obligación del Estado se extiende, sin embargo, sólo a proporcionar la información disponible, no a la elaboración de tal información.[61] Las fuentes de información que el Estado debe administrar y poner a disposición del público, de acuerdo con la legislación ambiental, son las siguientes: el Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA); el Sistema de Información del cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental (artículo 70 letra q); el Sistema de Información sobre Permisos y Autorizaciones Ambientales (artículo 81 letra b); el Sistema de Información de Líneas de Base del SEIA (artículo 81 letra c); y el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA) (artículos 31–34 de la LOSMA, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente).

2.7.2. La participación pública

La participación pública comprende ciertas características mínimas tales como la contribución o aporte del público o de la ciudadanía durante el proceso de adopción de decisiones; la exigencia de las autoridades de dar una respuesta a los comentarios de la ciudadanía; y, por último, disposiciones que permitan impugnar por el público las decisiones que adopte la autoridad.[62] Sin embargo, no todas las legislaciones que contemplan estos requisitos cumplen con estos estándares de la misma manera. Por ejemplo, algunas regulaciones simplemente exigen una notificación general de una solicitud para considerar cumplido el requisito de la participación, y, otros procedimientos, como el que contempla el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, exigen de la autoridad una respuesta y consideración de los comentarios de la ciudadanía en los fundamentos de la decisión final. Los procesos de participación, por lo tanto, pueden cumplir estándares muy distintos.

Cabe señalar que en algunas áreas en materia de recursos naturales existen muy pocas oportunidades de participación. Por ejemplo, la participación pública en el proceso de constitución de concesiones sobre recursos naturales es, probablemente, el proceso de adopción de decisiones que menos contempla los requisitos que exige una dimensión política de la Justicia Ambiental. En efecto, a pesar que estos procedimientos contemplan una etapa para que terceros deduzcan oposiciones a la concesión, los requisitos exigidos por la ley para el cumplimiento de esta etapa son escasos y no permiten hacerse cargo del objetivo de una participación pública significativa. El requisito básico que se contempla en estas legislaciones, es la publicación de un extracto de la solicitud de concesión, existiendo estándares muy variados de cumplimiento de tal requisito dependiendo del tipo de concesión que se trate. Por ejemplo, en el caso de las concesiones

[61] La única excepción la constituye la obligación que el artículo 70 letra ñ) le impone de elaborar los informes sobre el Estado del Medio Ambiente en Chile.

[62] Foster, S., "Chapter Seven: Public Participation" en Gerrard, M., & Foster, S. (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Second Edition, 2008), p. 225.

mineras basta con publicar el extracto en el Boletín Oficial de Minería. Por su parte, las solicitudes de derechos de aguas se publican en el Diario Oficial, en un diario de Santiago y de la provincia correspondiente. En cambio, las solicitudes de concesiones geotérmicas, se deben publicar en el Diario Oficial, en un diario de circulación nacional y otro de circulación regional, y en los lugares de difícil acceso, se debe comunicar el contenido de la solicitud por medio de mensajes radiales. Por otro lado, en la mayoría de estos procedimientos se restringe la participación sólo a la oposición de terceros con derechos adquiridos que puedan verse afectados (derechos de aguas, concesiones mineras, concesiones marítimas de acuerdo con el proyecto de ley de administración del borde costero). Esto implica que los terceros interesados quedan excluidos del proceso en cuestión.

2.7.3 El acceso a la justicia

Uno de los aspectos centrales de la participación pública significativa consiste en asegurar que exista un adecuado acceso a los mecanismos para exigir el cumplimiento de la normativa ambiental o para obtener los remedios adecuados en la solución de conflictos ambientales.[63] Esto es lo que se conoce como "acceso a la Justicia Ambiental" de acuerdo con la Convención de Aarhus de 1998[64], principal referente internacional en la materia.[65]

El acceso a la Justicia Ambiental tiene su origen en un movimiento originado en Estados Unidos y luego replicado en Gran Bretaña, relacionado con la idea de las "acciones colectivas" y las "acciones de interés público".[66] Según aquellos autores que apoyan esta idea existe un claro vínculo entre el derecho democrático a participar en la elaboración de normas y políticas, el derecho a acudir a las Cortes a proteger tal derecho, y el derecho a participar en la decisión de las Cortes.[67] El litigio de interés público ha sido utilizado ampliamente en materias ambientales, sobre todo en los Estados Unidos, y con el tiempo cada vez más en diversas jurisdicciones.[68]

---

[63] Bell, S. & McGillivray, D., ob.cit. (nº21), p. 340.

[64] Convención adoptada en la Conferencia Ministerial "Medio Ambiente para Europa" celebrada en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998. Su entrada en vigencia, sin embargo, fue posterior, en el año 2001.

[65] Ver sección 2.2.2. del capítulo segundo.

[66] Holder, J. & Lee, M., *Environmental Protection, Law and Policy*, Cambridge University Press, Second Edition, 2007, p. 115.

[67] Ibid, refiriéndose a lo sostenido por el autor norteamericano Richard Stewart.

[68] Cabe resaltar el caso de la India en que el litigio de interés público se vio facilitado por la inclusión de obligaciones fundamentales en la Constitución, la promoción de la asistencia legal a nivel nacional y la adopción de diversas leyes relacionadas con la justicia social. En: Richardson, B. & Razzaque, J., "Public Participation in Environmental Decisionmaking", *en* Richardson, B. & Wood, S. (Eds.), *Environmental Law for Sustainability* (Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006), pp.183-184.

Tal como se indicó en el capítulo segundo, el acceso a la Justicia Ambiental tiene tres elementos principales: la "legitimación activa", que determina quién tiene el derecho a acudir a los tribunales; un "aspecto material", relacionado con los recursos necesarios para interponer una acción en esta materia; y los "remedios" que la legislación contempla para resolver los conflictos.[69] En este sentido, cabe señalar que quizás uno de los problemas más relevantes en torno a la efectividad del acceso a la Justicia Ambiental dice relación con los "remedios" que contempla la legislación interna de cada país para resolver este tipo de situaciones. Muchas veces ocurre que al no existir remedios adecuados, la decisión judicial puede no ser efectiva para proteger el medio ambiente.[70]

Dentro de las principales reglas para lograr el acceso a la Justicia Ambiental, destacan los siguientes:

i. El derecho a la "revisión judicial" de las decisiones de la Administración.

La revisión judicial comprende la "legalidad" de una decisión administrativa en materia ambiental. Es decir, no atiende a los méritos de la decisión, sino que a la razonabilidad, justicia y/o legalidad de la misma. Como se puede apreciar, el determinar la "razonabilidad" o "justicia" de una decisión es un asunto que no es del todo claro. La mayoría de los autores sostienen en estos casos que si una Corte o tribunal considera que la decisión administrativa fue adoptada de manera poco razonable o ilegal, deberá devolver los antecedentes a la autoridad competente con el objeto que vuelva a adoptar una decisión, sin poder reemplazarla directamente. De esta manera, la revisión judicial no importaría el ejercicio de una acción de reclamación de la decisión en cuestión, ya que esta reclamación sí puede incluir una reevaluación de los méritos conforme a los cuales se dictó la resolución. Los recientemente creados tribunales ambientales en el país, cumplen precisamente esta función contenciosa administrativa, consistente en revisar los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental. Como dice la ley Nº 20.600 en su artículo 30:

> Artículo 30.– Sentencia. La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada.

---

[69] Holder, J. & Lee, M., ob.cit. (nº66), p.116.

[70] Paradigmático es el caso de la Central Hidroeléctrica Ralco en nuestro país, ya que después de muchos años de discusión del caso en tribunales (en particular por iniciativa de familias pehuenches que se veían afectadas en su territorio por la construcción de dicha central), se falló la nulidad de derecho público de la resolución que autorizaba la construcción de la represa. Sin embargo, a esas alturas el proyecto ya se encontraba construido y operando, por lo que no existía ninguna posibilidad de hacer efectiva la sentencia judicial.

> En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

ii. El "litigio de interés público".

Este tipo de litigio permite a individuos y organizaciones no gubernamentales (ONGs) reivindicar un interés público determinado ante los tribunales, mecanismo que ha sido utilizado ampliamente para acceder a la justicia en materia ambiental. En estos casos lo que se busca es resolver un conflicto para un grupo de personas. Estamos aquí en presencia ya sea de derechos o intereses colectivos o de intereses difusos. En el primer caso, se trata de derechos colectivos que se ven amenazados o afectados, existiendo una afectación directa o una relación jurídica de base para quien reclama. Los "intereses difusos", por el contrario, no implican un grupo determinado de personas sino que más bien se trata de aquellos intereses en que los titulares de las acciones son precisamente personas indeterminadas.

Dentro del litigio de interés público, quizás la vía de acción más poderosa que existe en el derecho comparado es la constituida por las llamadas "acciones de clase".[71] Estas acciones pueden ser costo–efectivas, fáciles de financiar, pueden reducir el tiempo de solución de un conflicto y pueden distribuir el costo del litigio entre los litigantes[72]. Sin embargo, también son objeto de críticas, en la medida que pueden generar un aumento excesivo de litigios, o la posibilidad de vincular al proceso a personas que no son parte de la "clase".[73]

Cabe señalar que el litigio de interés público exige resolver el problema (que ya hemos mencionado) de la "legitimación activa" para recurrir ante un tribunal. La regla tradicional es que sólo pueden recurrir aquellos que se han visto directamente afectados en sus derechos o intereses. Sin embargo, en la práctica esta situación se ha ido flexibilizando en diversas jurisdicciones permitiendo la representación de intereses individuales por parte de organizaciones ambientalistas, por ejemplo. El argumento en contra de una mayor amplitud en la legitimación activa dice relación también con el posible aumento de casos ante los tribunales e incluso, con la situación de que las Cortes se vean en-

---

[71] Se entiende por acciones de clase "aquella que provee de una fórmula por la cual, existiendo un grupo grande de personas (clase) interesadas en un asunto, una o más puede demandar o ser demandada como representante del grupo, sin que sea necesario juntar a todos aquellos". Definición dada por Montenegro, S., "Las acciones de clase en material ambiental y su posible incorporación al régimen jurídico chileno", en *Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas, Jurisdiccionales, y Alternativas*, Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, diciembre de 2004, p.294, citando el *Black's Law Dictionary*, 5ª edición, 1979, West Publishing Co. St. Paul, Minn, USA.

[72] Richardson, B. & Razzaque, J., ob. cit. (nº68), p. 184.

[73] Montenegro, S., ob.cit. (nº71), p. 298.

frentadas a resolver asuntos de política pública a través de estos casos. En nuestros tribunales la regla de legitimación activa en materia ambiental sigue siendo restrictiva y corresponde sólo a los directamente afectados.

iii. El derecho a la asistencia legal y financiera.

Este mecanismo consiste en el establecimiento por parte del Estado de sistemas de asistencia jurídica gratuita para aquellas personas que no cuenten con recursos suficientes como para contratar directamente los servicios de abogados o consultores que trabajen para defender sus intereses individuales o grupales en conflictos ambientales. A su vez, pueden existir instituciones privadas que otorguen financiamiento y asesoría con dicho objetivo.[74] Este derecho no se encuentra plenamente vigente en nuestro sistema, al no existir un mecanismo por parte del Estado que otorgue asesoría gratuita en materia ambiental.

iv. El "Ombudsman".

La existencia de un "Ombudsman" en algunos ordenamientos jurídicos permite resolver el problema de la falta de legitimación activa, o la ausencia de recursos financieros y asistencia legal, en la medida que el particular o el grupo de personas que considera necesario acceder a la justicia a raíz de un conflicto ambiental puede dirigirse a este "defensor del pueblo", con el objeto que asuma su representación en el caso. Este mecanismo no está vigente en Chile.

v. Las "Cortes o Tribunales Ambientales".

La existencia de Cortes o tribunales especializados en asuntos o conflictos ambientales es una idea que ha sido discutida y debatida en diversos países, llegando a ser una realidad en Chile en el año 2012 con la dictación de la Ley Nº 20.600. Las razones que justifican una institución de este tipo son, por ejemplo, el desarrollo que se podría lograr en materia de principios ambientales, cuestión muy difícil de lograr cuando los asuntos ambientales se ventilan en todo tipo de tribunales y por muy diversas razones. En este sentido, cabe señalar que el Tribunal Ambiental de Santiago ha hecho explícita referencia a la Justicia Ambiental, en sus dimensiones participativa y distributiva, en una de sus decisiones[75] señalando:

> Considerando trigésimo segundo: (…) **para que la distribución de cargas y beneficios ambientales sea equitativa y proporcional, es en efecto necesario que exista previamente justicia participativa**, la que está dirigida a garantizar que las

[74] Conocidas son en Estados Unidos las organizaciones de abogados como Sierra Club, que litigan casos ambientales gratuitamente.

[75] Sentencia Rol Nº R052013, de fecha 16 de agosto de 2013.

> consecuencias de una determinada actividad sea el resultado de la participación deliberativa de todos los afectados por ella (…)
>
> Considerando cuadragésimo tercero: (…) **la participación ciudadana informada es una pieza clave dentro del SEIA**, es un derecho de los ciudadanos que permite, aunque no garantiza, alcanzar mayores grados de justicia distributiva (cargas y beneficios ambientales) …

Para concluir, nuestro sistema jurídico contempla las reglas de la revisión judicial de las decisiones y la existencia de tribunales especializados en materia ambiental. Sin embargo, no contempla para la solución de conflictos ambientales, aquellas otras reglas mencionadas con anterioridad, tales como la existencia de acciones de clase, de un defensor del pueblo en esta materia o un sistema especial de asistencia legal y financiera.

2.8. La proporcionalidad ambiental o ecológica

La regla general en el ordenamiento jurídico nacional sobre los recursos naturales es la ausencia de límites de cantidad en cuanto al uso y aprovechamiento de un recurso.[76] Lo anterior no obsta a que existan algunos casos en que la legislación ha incorporado este tipo de límites al aprovechamiento, como por ejemplo, en materia pesquera al establecer la regla del rendimiento máximo sostenible. Sin embargo, la existencia de ciertas reglas específicas que imponen límites de cantidad al aprovechamiento no parece derivar de una regla general o principio que obligue a incorporar en las decisiones respectivas un balance en torno al objetivo que se persigue con el uso y a la cantidad o tipo de intervención que se autoriza para el aprovechamiento del recurso.

En esta materia, sin embargo, se ha propuesto la existencia de un principio de proporcionalidad ecológica que provee de criterios para realizar tal balance.[77] Este principio tiene su origen en el principio de proporcionalidad elaborado por el derecho público europeo, que tiene por objeto limitar la intervención del Estado en los derechos y libertades de los ciudadanos sólo para aquellos casos en que sea imprescindible para la protección de los intereses de la colectividad.[78] Es decir, su objetivo es que el poder público sólo puede interferir en los derechos de los ciudadanos cuando se dan ciertas condiciones, las cuales son:[79] que el objetivo del gobierno sea justificado; y que la medida adoptada sea efectiva (capaz de servir al interés público), necesaria (no puede ser reemplazada por una alternativa igualmente efectiva pero menos intrusiva en los derechos individuales),

---

[76] Ver capítulo cuarto.

[77] Winter, G., "Ecological Proportionality. An emerging principle of law for nature?" en Voigt, C. (Ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (Cambridge University Press, 2013), pp. 111-129.

[78] Barnes, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario" en *Revista de Administración Pública* Nº135, septiembre-diciembre 1994, España, p. 498.

[79] Winter, G., ob. cit. (nº77), p. 112.

y balanceada (es decir, que no sea excesiva en consideración a la importancia del interés público).

Winter propone formular en materia ambiental una analogía con el principio de proporcionalidad tradicional, consistente en que la intervención del ser humano en la naturaleza debe ser limitada, en razón de la creciente escasez de recursos naturales. De esta manera la lógica relativa al aprovechamiento de los recursos naturales debe ser inversa a la imperante en la actualidad, en el sentido que desde ahora la naturaleza debe ser conservada a menos que exista una muy buena razón para utilizarla y aprovecharla.[80]

La formulación del principio de proporcionalidad ecológica es la siguiente:[81] si una actividad pretende intervenir en los recursos naturales debe perseguir un objetivo social justificable; y, la actividad debe proyectarse como efectiva (capaz de servir el objetivo); necesaria (no reemplazable por una alternativa menos intrusiva en los recursos naturales); y balanceada (que no sea excesivamente intrusiva en los recursos naturales considerando la importancia del objetivo social que persigue).

A continuación se analiza cada uno de los requisitos planteados:[82]

i. *que el objetivo de la actividad sea socialmente justificable:* es decir, se deben dar razones que justifiquen la actividad propuesta de uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales escasos. Este requisito es coherente con la regla ya propuesta consistente en el establecimiento de prioridades en el uso del recurso. Por ejemplo, es difícil justificar una actividad que pretenda utilizar un producto agrícola para obtener biocombustible cuando éste es necesario para el consumo humano. Lo mismo se puede plantear respecto de la mayoría de los recursos naturales. A su vez, este requisito de la justificación debe basarse siempre en un interés público cuando se pretenda sacrificar un recurso altamente valioso de la naturaleza en función del objetivo planteado. Mientras mayor sea el daño, la intervención o el riesgo que se genera en la naturaleza, más fuerte debe ser el interés público involucrado y el beneficio colectivo que se pretende obtener.

ii. *que la actividad sea efectiva, necesaria y balanceada:* el requisito fundamental es que la actividad sea *necesaria,* es decir, que se hayan descartado otras alternativas de manera que se trate de la alternativa que cause los menores efectos adversos sobre la naturaleza para lograr el objetivo socialmente justi-

[80] Ibid, p. 114.
[81] Ibid, p. 115.
[82] Ibid, pp. 115-118.

ficado.[83] Por lo tanto, la relación entre la medida planteada y el objetivo que se pretende justificar es fundamental. Es así como el objetivo debe ser planteado en términos suficientemente amplios como para dar cabida a diversas alternativas que permitan cumplir con el objetivo. Mientras más específico el objetivo, menos posibilidades de alternativas existirán. Por ejemplo, si el objetivo es facilitar el transporte entre dos ciudades, las opciones pueden ser varias (autopista, trenes, vuelos) en cambio si el objetivo se plantea como la construcción de una autopista entre dos ciudades, las alternativas serán simplemente aquéllas relacionadas con la determinación del trazado de la autopista. En este último caso, en realidad existiría una confusión entre el objetivo y la medida. La elección de la mejor alternativa también debe tener presente otros factores, tales como cuál es la que mejor cumple el objetivo o cuáles son los efectos en los costos de la actividad. Todos estos elementos serán parte del balance que se debe realizar.

De esta manera, por último, junto con la efectividad y necesidad de la medida, se debe también realizar un *balance* en torno a si los efectos que produce la medida sobre la naturaleza son excesivos en comparación con la importancia del objetivo. Es decir, aun cuando el objetivo sea razonable, y la medida efectiva y necesaria, se debe realizar un balance en torno a los efectos que esta medida genera en la naturaleza y contrapesarlo con la importancia del objetivo.

Este principio de la proporcionalidad ecológica es emergente y constituye una propuesta doctrinaria. Sin embargo, cuenta también con fundamentos legales en el derecho europeo y comparado.[84] Por ejemplo, la Directiva 1992/43/EC que establece la Red Europea de Áreas Protegidas llamada Natura 2000, dispone que si se pretende realizar un proyecto que va a causar efectos adversos en un área protegida de la Red, sólo se puede autorizar excepcionalmente, si no hay soluciones alternativas que tengan menos efectos adversos y, siempre que tales efectos sean compensados por un interés público primordial.[85]

---

[83] La exigencia de alternativas ha sido incorporada por el derecho comparado en materia de evaluación de impacto ambiental. Ver sección 2.7.4. del capítulo segundo.

[84] Winter, G., ob.cit. (nº77), pp. 121-124. El autor enumera una serie de disposiciones del derecho ambiental comunitario que incorporan alguno de los elementos del principio de proporcionalidad ecológica.

[85] Artículo 6 (4) Directiva 19992/43/EC: Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado.

En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o

De lo expuesto se puede deducir que este principio representa varias dimensiones y elementos de la Justicia Ambiental. Desde ya, la dimensión distributiva y el elemento de la equidad en la medida que la proporcionalidad ecológica persigue precisamente evitar cargas excesivas sobre el ambiente, velando por un uso racional y justificado de la naturaleza. Por otra parte refleja también la dimensión política de la Justicia Ambiental, al exigir un interés público primordial para justificar el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Por último, también se hace cargo de la dimensión ecológica de la Justicia Ambiental al proponer, como criterio básico, que la naturaleza debe ser preservada y sólo se puede autorizar su uso después de un análisis estricto que justifique la intervención, y siempre que se respete la integridad ecosistémica.

En el Derecho chileno, evidentemente no existe de manera expresa una regla de proporcionalidad ambiental. Sin embargo, dependiendo de la titularidad de los recursos naturales ésta podría fundamentarse en dos disposiciones constitucionales. En primer lugar respecto de los recursos naturales de titularidad privada la regla de proporcionalidad se basa en las limitaciones al derecho de propiedad fundadas en la función social–conservación del patrimonio ambiental. Es evidente, que dicha norma constitucional permite imponer restricciones al derecho de propiedad basadas directamente en la protección del medio ambiente, dentro de la que se debe contemplar la proporcionalidad de la utilización del recurso natural. Por su parte, respecto de los recursos naturales de titularidad o administración estatal, la regla de proporcionalidad se basa en el art. 19 Nº 8 inciso primero, segunda parte, en que expresamente se ha establecido el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza. Los recursos naturales que administra deben ser usados de manera proporcional, de manera que este deber se respete.

2.9. El no uso de los recursos naturales

La legislación nacional en materia de recursos naturales tiene una marcada orientación hacia el fortalecimiento y la promoción del uso de tales recursos. En efecto, tanto la concesión de dominio público respecto de los recursos naturales como el derecho de propiedad privada confieren al titular –como principal facultad– el derecho a usar el recurso natural objeto de la concesión o del derecho de propiedad.[86] En el capítulo cuarto se identificaron diversas reglas que derivan precisamente de este derecho, que también puede formularse como una obligación de usar el recurso.[87]

En este aspecto, nuestra legislación no es diferente a las demás legislaciones sobre recursos naturales existentes en otros países. Según Jan Laitos, este tipo de normas constituyen una primera generación de leyes en materia de recursos naturales que tienen

---

relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden.

[86] Ver capítulo tercero, sección 3.2.2.

[87] Ver capítulo cuarto, sección 2.4.

por objeto la maximización del bienestar del ser humano –de acuerdo con un enfoque utilitarista y antropocéntrico– a través del reconocimiento del derecho a usar de la naturaleza.[88]

Para este autor se pueden distinguir tres generaciones de leyes en materia del uso de los recursos naturales.[89] Una *primera generación* de leyes, que tiene su origen en el siglo XIX y continúa hasta bien entrado el siglo XX, refleja el razonamiento prevalente durante siglos en las sociedades humanas consistente en que los recursos naturales deben ser apropiados y utilizados por los individuos con el objeto de su comercialización. Los incentivos están puestos en el uso de los recursos, ya que el no uso o su abandono puede implicar la pérdida de los derechos sobre los mismos. Sin embargo, este uso eventualmente, con el tiempo, se transforma en excesivo y pone en peligro la subsistencia de los recursos para su uso futuro. Surge entonces una nueva categoría de normas de primera generación que pretende limitar la extracción de los recursos con el objeto de mantener el *stock* disponible para su uso en el largo plazo.

Sin embargo, sostiene Laitos, a mediados del siglo XX ninguna de estas categorías de normas habría logrado detener la destrucción de la base o del sistema de los recursos naturales,[90] de manera que la supervivencia de los mismos se constituye en un problema mayor para las sociedades de la época lo que requiere de una solución. Es ahí cuando nace una *segunda generación* de leyes sobre los recursos naturales que persigue proteger el no uso de los recursos pero en la medida que éste sea necesario para el beneficio del ser humano. En efecto, la situación ambiental creada por la primera generación de leyes habría generado incluso una amenaza al valor de no uso de los recursos, valores necesarios para la mantención de la vida en el planeta. De acuerdo con Laitos, los seres humanos se benefician de tres maneras de los valores de "no uso" de los recursos naturales:[91] i) algunos recursos naturales, especialmente aquéllos como el aire o el agua, son requisitos para la sobrevivencia humana en la medida que no sean utilizados como sumideros de contaminación; ii) ciertas tierras o especies en estado natural tienen un valor recreacional o un valor de "existencia" para los seres humanos en el sentido que su sola preservación o no utilización tiene un valor económico; iii) algunos recursos naturales – como los humedales, bosques, ríos – tienen un valor económico para el ser humano en su estado natural porque proveen de servicios ecológicos cruciales para la vida humana. Por lo tanto, esta segunda generación de leyes tiene por objeto proteger la salud humana de la contaminación; preservar objetos naturales que los seres humanos consideran valiosos; y prevenir la destrucción de los sistemas naturales considerados importantes para el bienestar humano. Es decir, se protege el no uso de los recursos naturales desde una perspectiva antropocéntrica. Esta es o sería la etapa en la que se

[88] Laitos, J., *The Right of NonUse* (Oxford University Press, 2012), pp. 8593.
[89] Ibid, pp. 77-129.
[90] Ver sección 2.2.1. del capítulo tercero.
[91] Laitos, J., ob. cit. (nº88), p. 79.

encuentran la mayoría de las legislaciones comparadas que han avanzado en materia de recursos naturales.

Laitos propone, sin embargo, la necesidad de considerar una *tercera generación* de leyes que implica un cambio radical del paradigma jurídico actual.[92] El autor sostiene que ni las leyes de primera ni las de segunda generación habrían logrado detener la destrucción de la naturaleza, por lo que esta situación exigiría un cambio sustancial en el enfoque de la regulación. Un cambio que implique que los beneficios de la protección de la naturaleza no tengan por único destinatario al ser humano sino que a la naturaleza en sí misma. Se trata, entonces, de legislación que protege el no uso de la naturaleza por el valor que tiene ésta como tal. Según Laitos, recién en la medida que se incorpore esta obligación y el derecho de no uso por parte de la naturaleza, existiría una mayor posibilidad de sustentabilidad de los recursos en el largo plazo y de sobrevivencia del planeta.

Esta tercera generación de leyes sobre los recursos naturales se fundamenta en un enfoque ecocéntrico y es coherente con la dimensión ecológica de la Justicia Ambiental, que aboga por un enfoque distinto al antropocéntrico. En efecto, tal como se analizó en el capítulo primero, la Justicia Ambiental como justicia ecológica considera esencial el reconocimiento del principio de la justicia inter-especies.[93] De acuerdo con este principio las entidades naturales no deben ser consideradas como meros recursos para los seres humanos sino como seres con significación moral propia. Por lo tanto, la Justicia Ambiental –desde esta perspectiva– incluye no sólo la relación entre los seres humanos sino también entre los seres humanos y el mundo natural. Esta dimensión postula, por lo tanto, que el mundo natural también se ve afectado por la forma en que las cargas y beneficios ambientales son distribuidas. Es decir, se parte de la base que si sólo se considera el bienestar humano no se podrán corregir los desbalances ecológicos. De ahí que se propone que la comunidad de justicia sea una compuesta tanto por los seres humanos como por el mundo natural. Este enfoque, por lo tanto, permite fundamentar una obligación –o derecho– de no uso de los elementos de la naturaleza, para hacer justicia con ella, por ejemplo, cuando sea necesario para el equilibrio ecológico, para la integridad de los ecosistemas, o para el respeto al proceso de la vida en general. Esta nueva generación de legislación sobre los recursos naturales implicaría un reconocimiento a los elementos de la naturaleza como un bien por derecho propio, donde el no uso tiene un valor intrínseco, independiente del bienestar humano.[94]

---

[92] Ibid, pp. 118-129.

[93] Ver sección 3.5. del capítulo primero.

[94] Laitos, J., ob.cit. (nº88), p. 122.

Son pocas las manifestaciones concretas de este enfoque regulatorio de tercera generación. De acuerdo con Laitos,[95] a nivel internacional existen algunos ejemplos, como la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982[96] que señala expresamente que:

> "Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral".

Por otra parte, la Convención de Diversidad Biológica de 1992 reconoce en su preámbulo el "valor intrínseco de la diversidad biológica". A nivel comparado, los ejemplos son todavía más escasos.[97]

La legislación chilena sobre recursos naturales, de acuerdo con lo expuesto en el capítulo cuarto, sería una predominantemente de primera generación, con algunas manifestaciones de leyes de segunda generación como, por ejemplo, las normas de emisión o las de calidad o aquéllas que crean categorías de protección de ciertos hábitats y especies. En cuanto a la existencia de leyes de tercera generación, dos proyectos de ley que se discuten actualmente en el Congreso podrían –por su temática– tener algún fundamento ecocéntrico para la justificación del no uso de los recursos naturales. Se trata del proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas[98] y el proyecto de ley que establece el Derecho Real de Conservación.[99] Sin embargo, a partir de una simple lectura de sus disposiciones se llega rápidamente a concluir que su fundamento principal sigue siendo antropocéntrico, en la medida que justifica los beneficios que tales medidas legislativas podrían acarrear sobre el medio ambiente, en su utilidad para las generaciones actuales y futuras de seres humanos. De hecho, ni siquiera postulan la protección del valor de no uso de los elementos de la naturaleza como una finalidad de las legislaciones en cuestión. Más bien, se trata de limitar el uso de ciertas áreas, especies, o tierras con el objeto de su conservación.

En efecto, el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas –que fue enviado al Congreso por el Ejecutivo en enero de 2011, en cumplimiento del mandato legal contenido

---

[95] Ibid, p. 123.

[96] Resolución 37/7 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de 28 de octubre de 1982 (48ª. Sesión Plenaria).

[97] Laitos menciona la Constitución de Ecuador de 2008 como ejemplo de esta nueva generación de leyes sobre los recursos naturales. Sobre el contenido de esta norma constitucional, ver pie de página nº 132, del capítulo primero.

[98] Boletín Nº748-712, Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas.

[99] Boletín Nº5823-07, Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación.

en la Ley Nº 20.417 de 2010 que reforma la LBGMA[100]– tiene como un eje principal de su contenido la posibilidad de entregar concesiones y permisos de uso a privados dentro de las áreas protegidas.[101] Es decir, el objetivo principal del proyecto, fuera de crear el Servicio de Biodiversidad, es establecer un Sistema de Áreas Protegidas y los mecanismos para la administración de su uso y aprovechamiento.[102]

Sin perjuicio de lo anterior, según el artículo 1 del Proyecto, el objeto de la ley es amplio al señalar que busca "proteger la diversidad biológica, preservar la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental de Chile".[103] Esta amplitud de objetivos se puede identificar en las distintas categorías de áreas de protección que propone el proyecto, que van desde la preservación hasta la conservación de la biodiversidad. La preservación o la protección más estricta está representada en la categoría de Reservas de Región Virgen, que de acuerdo con el proyecto tienen por objetivo *"proteger la integridad ecológica a largo plazo de áreas naturales, libres de infraestructuras relevantes y en las que predominan las fuerzas y procesos naturales, de forma que las generaciones presentes y futuras tengan la oportunidad de conocer dichas áreas…"*[104] Esta categoría persigue, por lo tanto, el no uso de la naturaleza que allí se encuentre –*"manteniéndolas libres o con escasa intervención humana"*– pero siempre con el fundamento antropocéntrico de beneficiar a las generaciones presentes y futuras.

Por su parte, el proyecto de ley que establece el Derecho Real de Conservación (DRC)[105] –que ingresó a la discusión parlamentaria en el año 2008, mediante moción de una se-

---

[100] Actualmente su discusión se encuentra detenida en el Senado, en primer trámite constitucional, sin urgencia. Ver http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php# (visitado por última vez con fecha 24 de marzo de 2014).

[101] Artículos 32 a 45 del Proyecto de Ley.

[102] Para un análisis crítico de proyecto de ley, ver: Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, "Análisis del Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres protegidas (Boletín 7487-12)", de julio de 2012.

[103] *Cada una de estas palabras tiene un significado legal de acuerdo con la LBGMA. Artículo 2: Letra a) Biodiversidad: la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas.*

Letra b) Conservación del patrimonio ambiental: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración.

Letra p) Preservación de la naturaleza: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país.

Letra q) Protección del medio ambiente: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro.

[104] Artículo 14 del Proyecto de Ley.

[105] Este derecho ha sido definido por la doctrina nacional como el derecho real que recae "sobre un predio y que cede en favor de una persona natural o jurídica (servidumbre personal), que impone restricciones al ejercicio del dominio sobre el predio, y que eventualmente establece acciones obligatorias al titular

rie de diputados de distintas fuerzas políticas– [106] tiene por objeto establecer este derecho[107] pero ampliando lo que se entiende por "conservación ambiental", para estos efectos. Así, dispone que se entiende por conservación cualquier acto, política, plan, programa, proyecto, medida, obligación, norma o actividad que tenga alguno de los siguientes objetos o finalidades:[108]

1. *Promover o asegurar la biodiversidad.*
2. *Preservar o conservar la naturaleza, el patrimonio ambiental, uno o más ecosistemas o hábitats, o determinadas especies animales o vegetales.*
3. *Proteger el ambiente, evitar su contaminación o deterioro, o repararlo en su caso.*
4. *Procurar el uso y aprovechamiento racional y sostenible de los recursos naturales.*
5. *Crear, fomentar, tutelar o mantener áreas silvestres protegidas conforme a lo previsto respecto de éstas en la Ley Nº19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.*
6. *Proveer determinados servicios ambientales o ecosistémicos efectivos.*
7. *Resguardar, mantener, restaurar o proteger zonas, lugares o inmuebles que sean de considerable valor o interés ambiental, histórico, cultural, científico o arqueológico, que hayan sido declarados así por las autoridades públicas competentes sólo en cuanto sea conciliable con las respectivas regulaciones especiales a las que estén sujetos, las que prevalecerán en caso de discrepancia.*

De lo expuesto, y de la misma definición del DRC, se deduce que el objetivo de preservar la naturaleza, considerando incluso la posibilidad de no usarla (por ejemplo, para proveer de determinados servicios ambientales) tiene por objeto beneficiar a la comunidad humana en su conjunto.

---

del predio o incluso al titular del derecho real, con el objeto de proteger o conservar, en distintos grados, los recursos naturales existentes en tal predio. Ubilla, J., "La Conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación. Consideraciones desde la Teoría Social de Sistemas y el Análisis Económico del Derecho", en *Revista de Derecho Ambiental* Nº1, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, p. 79.

[106] Actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional, en el Senado, con urgencia simple. Ver http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php# (visitado por última vez con fecha 24 de marzo de 2014)

[107] El Proyecto de Ley define el DRC en su artículo 2 como: *El derecho real de conservación consiste en una limitación al dominio de un inmueble, que se constituye voluntariamente con la finalidad de contribuir a conservar el ambiente, en beneficio de la comunidad en su conjunto, cuyo ejercicio y protección quedan especialmente entregados a una persona jurídica determinada en calidad de titular, y en virtud de la cual se imponen ciertos gravámenes al bien raíz afectado.*

[108] Artículo 4 del Proyecto de Ley.

Por lo tanto, no existe todavía en nuestra legislación nacional una expresión de esta llamada tercera generación de leyes sobre los recursos naturales. El enfoque de la legislación nacional actual sobre medio ambiente y recursos naturales –incluso el de la reciente incorporación del enfoque ecosistémico en la LGPA[109] y el de los proyectos de ley en discusión, esto es, el derecho real de conservación y el servicio de biodiversidad y áreas protegidas– sigue siendo marcadamente antropocéntrico, en la medida que protege el posible no uso de los recursos naturales desde la perspectiva de los beneficios que éste pueda generar para las actuales y futuras generaciones y no basándose en el valor de la naturaleza en sí misma.

2.10. La compensación en recursos naturales

La compensación en recursos naturales es un tipo específico de compensación ambiental, la que constituye un instrumento de carácter económico. Es decir, un instrumento de mercado diseñado para lograr ciertos objetivos ambientales, en este caso en particular, en materia de recursos naturales. En general, la compensación ambiental "tiene por objeto que el agente que cause externalidades ambientales las internalice al proveer un medio de reemplazo de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados".[110]

Los instrumentos económicos y, en particular la compensación, en ciertos casos permiten cumplir una función relacionada con la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales.[111] En efecto, en la medida que quien genera un impacto o efecto en el medio ambiente –en particular en los recursos naturales– se ve obligado a internalizarlo, el costo del mismo es asumido por el causante y no por el resto de la sociedad, generando un efecto de mayor equidad en la distribución.[112]

Cabe señalar que la compensación ambiental –en términos generales– no es extraña en el ordenamiento jurídico nacional ni en el comparado. En efecto, en el capítulo segundo fue identificada como una medida incorporada en la regulación comparada del

---

[109] Ver capítulo segundo sección 2.10.

[110] Valenzuela, L., *Análisis jurídico de las cargas y compensaciones en materia ambiental*, Memoria para acceder al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012, p. 114.

[111] Sobre la relación entre Justicia Ambiental e instrumentos económicos, ver Bosselmann, K. & Richardson, B. (Eds.), *Environmental Justice and Market Mechanisms. Key Challenges for Environmental Law and Policy* (International Environmental Law and Policy Series, Volume 54, Kluwer Law International, 1999), 355 pp.

[112] Esta afirmación deriva del principio de derecho ambiental conocido como "contaminadorpagador". Este principio se encuentra reconocido en la Declaración de Río de 1992, de la siguiente manera:

Principio 16: Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

ordenamiento territorial;[113] y en el capítulo cuarto como una medida de la legislación nacional en materia forestal, de evaluación de impacto ambiental y de contaminación atmosférica.[114] Menos común es la existencia de una regla específica de compensación en recursos naturales o, mejor dicho, de compensación en biodiversidad. Sin embargo, ésta ya ha sido desarrollada en algunos países[115] y está siendo incipientemente analizada en Chile.[116]

El instrumento de la compensación ambiental es más amplio que el de la compensación en recursos naturales. En Chile se pueden distinguir –al menos– las siguientes reglas en relación con la compensación ambiental: la *compensación de emisiones*; la *compensación forestal*; y la *compensación en el contexto del SEIA*. En el derecho comparado, se agrega también la *compensación de cargas impuestas por la zonificación o regulación del uso del suelo*[117] y la *compensación en biodiversidad*.

Antes de analizar cada una de estas reglas –la compensación de emisiones, la compensación forestal, la compensación en el SEIA, y la compensación en biodiversidad– se abordará la relación de la compensación ambiental como regla de derecho ambiental con los elementos de Justicia Ambiental.

La compensación ambiental apunta en términos generales a que aquél que afecta el medio ambiente provea de un medio de reemplazo de los elementos del medio ambiente afectados. Los medios de reemplazo pueden consistir en beneficios ambientales propiamente tales –por ejemplo, la compensación de emisiones[118]– o en beneficios económicos o en infraestructura o servicios comunitarios. Este último modelo compensatorio, que se basa en pagar en dinero las afectaciones al medio ambiente –en particular los usos indeseados del territorio– ha sido muy criticado desde una perspectiva moral, ya que se sostiene que no sería ético pagar para que algunas personas acepten riesgos que otros, que tienen recursos económicos, no están dispuestos a aceptar.[119] En todo

---

[113] Ver sección 2.6.2. del segundo capítulo.

[114] Ver secciones 3.2.1; 4.1; y 5.1. del cuarto capítulo.

[115] Ver, por ejemplo, los casos de EE.UU. del "Wetland Banking" y el "Conservation Banking". Ten Kate, K., Bishop, J., & Bayon, R., *Biodiversity offsets: Views, experience, and the business case*, IUCN/Insight Investment (London, UK, 2004), pp. 2228.

[116] Ver: Seminario "Compensación de Biodiversidad en el SEIA: Desafíos en sustentabilidad para el sector productivo", organizado por Centro de Estudios Públicos (CEP), 23 de octubre de 2013. Información disponible en:

http://www.cepchile.cl/1_5385/doc/compensacion_de_biodiversidad_en_el_seia_desafios_en_sustentabilidad_para_el_s.html#.Uuf0zGQtq2w (sitio web visitado con fecha 24 de marzo de 2014)

[117] Ver sección 2.6.2. del capítulo segundo.

[118] El objetivo de este mecanismo de compensación de emisiones es otorgar flexibilidad para el cumplimiento de los objetivos de calidad ambiental que se han establecido para una determinada zona respecto a ciertos contaminantes. Se trata de una compensación netamente ambiental.

[119] Tal fue la crítica que se formuló al proyecto de ley planteado el año 2009 por el Ministro de Energía de la época, consistente en establecer la obligación a las empresas de compensar económicamente a las co-

caso, se han propuesto modelos compensatorios que permitirían hacerse cargo de estas críticas. Por ejemplo, exigir que la compensación sea *"ex ante",* es decir, antes que la instalación se construya o antes que se genere la carga ambiental, de manera que la comunidad pueda asesorarse sobre las cargas que se generarían y, si fuera el caso, proponer mejoras a la instalación.[120] Por otro lado, también se postula que la compensación económica es admisible respecto de cierto tipo de cargas ambientales, pero no procede cuando se trata de impactos en la salud, por ejemplo.[121]

Es decir, se puede concluir que la compensación económica por las cargas ambientales que se generen por el establecimiento de usos indeseados del territorio, sólo podría constituir una regla de Justicia Ambiental distributiva, en la medida que se formule de acuerdo con un modelo compensatorio que respete los elementos de la dimensión política y participativa de la Justicia Ambiental. Ambos elementos, el de la equidad en la distribución, y el de la participación significativa, se encuentran aquí necesaria e indisolublemente unidos para que la compensación constituya un ejemplo de Justicia Ambiental.

La compensación en "moneda verde" –como es el caso, por ejemplo, de la compensación en biodiversidad– es menos criticada, sin perjuicio que existen antecedentes de las debilidades que este instrumento también presenta.[122]

A continuación se revisarán las principales reglas de compensación ambiental:

2.10.1. Compensación de emisiones

La compensación de emisiones es el clásico ejemplo en materia de compensación ambiental. Ya se hizo una breve referencia al ejemplo nacional de compensación de emisiones atmosféricas vigente en la Región Metropolitana y al internacional, constituido por las normas de la Convención Marco de Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto.[123] Sin embargo, no se puede dejar de mencionar nuevamente este ejemplo en esta sección debido a su relevancia.

---

munidades locales por la instalación de proyectos energéticos en su territorio. Ver: http://www.elciudadano.cl/2009/01/20/5600/ecologistasaseguranqueleytokman%E2%80%9Cinstitucionalizalacorrupcionylacompradevoluntades%E2%80%9D/ (sitio web visitado con fecha 24 de marzo de 2014)

[120] Ver sección 2.6.2. del capítulo segundo.

[121] Ibid.

[122] Ver Ten Kate, K., Bishop, J., & Bayon, R., *Biodiversity offsets: Views, experience, and the business case*, IUCN/Insight Investment (London, UK, 2004), pp. 6 y ss.

[123] Ver sección 5.1. del capítulo cuarto.

Vale entonces la pena, explicar brevemente cómo funciona el mercado global de compensación de emisiones de gases de efecto invernadero, simplemente para ilustrar el mecanismo.[124]

El mercado global de emisiones a la atmósfera se origina en los instrumentos internacionales ya mencionados que tienen como objetivo último estabilizar la concentración de gases de efecto invernadero[125] (GEI) en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático.[126] Para ello se establecen metas de reducción de emisiones a los países que se encuentran listados en un Anexo al Protocolo de Kyoto.[127] Dentro de los mecanismos que se establecen para lograr dicho objetivo destacan los llamados "mecanismos de flexibilidad", desarrollados por el Protocolo de Kyoto en su artículo 6 –"mecanismo de aplicación conjunta"–; artículo 12 –"mecanismo de desarrollo limpio (MDL)"–; y artículo 17 –"mecanismo de transacción de emisiones"–[128] El "mercado del carbono", por lo tanto, está formado por un conjunto de transacciones en donde diversas cantidades de reducciones de GEI[129] se intercambian con el objeto de lograr el cumplimiento de las metas de reducción de emisiones a que se han obligado los países industrializados y economías en transición. La posibilidad de intercambiar indistintamente los seis tipos de GEI se logra gracias al índice de Poder de Calentamiento Global (*Global Warming Potential*) que otorga una medida común para comparar y medir la fuerza radiativa de cada gas. Así todos los gases se miden e intercambian en toneladas de CO2 equivalente (tCO2e).[130]

Existen una serie de requisitos que se deben cumplir para poder aplicar los mecanismos de flexibilidad, que son los que finalmente permiten compensar las emisiones por parte de los países que se encuentran obligados a reducir sus emisiones y a cumplir determi-

---

[124] Hervé, D. & Urbina, C., "La naturaleza jurídica de las reducciones de emisiones. Implicancias para su transacción en los mercados global y local", en *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 25 a 27 de octubre de 2006, pp. 175-186.

[125] Por GEI se entiende aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos que absorben y reemiten radiación infrarroja (artículo 1.5 de la Convención). El Protocolo posteriormente los precisó, en su Anexo A, e incluyó los siguientes gases: el dióxido de carbono (CO2), el metano (CH4), el óxido nitroso (N2O), los hidrofluorocarbonos (HFC), los perfluorocarbonos (PFC) y el hexafluoruro de azufre (SF6).

[126] Artículo 2 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

[127] Se trata de los países desarrollados y aquéllos con economías en transición. Se excluye, por lo tanto, de la obligación de reducción de emisiones a los países en desarrollo, que son aquéllos que no se encuentran incluidos en el Anexo.

[128] Estos mecanismos encuentran su origen en los artículos 3.3 y 4.2 a) y d) de la Convención, que incorporan la posibilidad para las partes de cooperar en el cumplimiento de las metas mediante la aplicación conjunta de medidas de mitigación, en función de los costos involucrados y recursos disponibles.

[129] Se adopta así un enfoque de "bolsón de gases" donde se deben reducir indistintamente todos los GEI, sin considerarlos individualmente.

[130] Yamin, F. & Depledge, J. *The International Climate Change Regime. A Guide to Rules, Institutions and Procedures* (Cambridge University Press, UK, 2004), p.78.

nadas metas. Dentro de éstos, se encuentran por ejemplo, la participación voluntaria de las partes, el que existan beneficios reales en relación con la mitigación del cambio climático y que las reducciones sean adicionales a las que se producirían en ausencia del proyecto de reducción de emisiones.[131]

2.10.2. Compensación forestal

Este tipo de medida de compensación, es hasta ahora el más cercano –en nuestro ordenamiento jurídico– a una compensación en recursos naturales. Tal como ya se mencionó en el capítulo anterior, el DL 701 "establece la posibilidad que la Corporación Nacional Forestal (CONAF) autorice la corta de algunas especies arbóreas, siempre y cuando se replante la misma especie en las condiciones que CONAF defina".[132] Es decir, en materia forestal la compensación ambiental dice relación con la reforestación, la que es definida por el propio decreto ley, en su artículo segundo, de la siguiente manera:

> *REFORESTACION: La acción de repoblar con especies arbóreas o arbustivas, mediante siembra, plantación o manejo de la regeneración natural, un terreno que haya estado cubierto con bosque y que haya sido objeto de explotación extractiva con posterioridad al 28 de octubre de 1974.*

La obligación de reforestar se plantea en los siguientes casos: si se han realizado cortas no autorizadas;[133] si la corta o explotación de bosques se realiza en terrenos de aptitud preferentemente forestal;[134] y si se corta bosque nativo en cualquier tipo de terreno.[135]

Lo interesante de este caso es que permite deducir ciertas reglas que la legislación forestal establece para que proceda la compensación en esta materia:

---

[131] Artículo 12.5 del Protocolo.

[132] Vergara, J. & Leyton, P., "Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno" en *Revista de Derecho Ambiental Nº 1*, diciembre 2003 (Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), p. 99.

[133] Según el Artículo 8 se deberá presentar en este caso un plan de manejo de reforestación o corrección, el que deberá contemplar la ejecución de todos los trabajos de reforestación en un plazo máximo de 2 años, salvo que la Conaf autorice un plazo mayor.

[134] El artículo 22, inciso primero, dispone que en estos casos el propietario debe reforestar una superficie de terreno igual, a lo menos, a la cortada o explotada, en las condiciones contempladas en el plan de manejo aprobado por la Conaf.

[135] Artículo 22, inciso segundo, DL 701 señala que en estos casos la reforestación se hará conforme al plan de manejo aprobado por la Conaf, salvo que la corta o explotación haya tenido por finalidad la recuperación de terrenos para fines agrícolas. Por su parte, la Ley Nº20.283 de 2008 en su artículo 5 dispone que toda corta de bosque nativo requiere de plan de manejo aprobado por Conaf y del cumplimiento de DL 701. A su vez, su artículo 14 se refiere a los compromisos de regeneración y reforestación que deben contemplar los planes de manejo.

a. *Que la reforestación se realice en el mismo terreno:* este criterio se deduce del artículo 22, inciso tercero, del DL 701 que establece que la obligación de reforestar podrá cumplirse en un terreno distinto de aquel en que se efectuó la corta o explotación, sólo cuando el plan aprobado por la Corporación así lo contemple.

b. *Excepcionalmente, la reforestación se puede realizar en un terreno distinto cumpliendo los siguientes requisitos:*[136]

    i. Deberá efectuarse en terrenos de aptitud preferentemente forestal que carezcan de especies arbóreas o arbustivas o que estando cubiertos de dicha vegetación, ésta no sea susceptible de ser manejada para constituir una masa arbórea o arbustiva con fines de preservación, protección o producción.

    ii. Los terrenos deben estar ubicados preferentemente dentro de la misma provincia donde se efectúe la corta.

c. *La reforestación deberá realizarse dentro del plazo máximo de 2 años*:[137] el plazo se cuenta desde que se efectuó la corta o desde la aprobación del plan de manejo en el caso de cortas no autorizadas. La Conaf puede ampliar el plazo por razones técnicas debidamente justificadas.

Es decir, la ley forestal establece particularmente reglas de cercanía, tanto en el tiempo como en la localización en que se debe realizar la compensación forestal para que cumpla con los requisitos exigidos para una reforestación–compensación.

2.10.3. Compensación en el contexto del SEIA

El SEIA es el único instrumento de gestión ambiental del ordenamiento jurídico nacional en el que se regula expresamente la compensación ambiental. Aun cuando la regula en términos generales y no específicamente en lo que dice relación con los recursos naturales y la biodiversidad. En efecto, el artículo 16 de la LBGMA, señala en su inciso cuarto:

> *El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado.*

---

[136] Artículo 33, DS Nº 193 de 1998 del Ministerio de Agricultura. Reglamento General del DL 701. Modificado por última vez el 2 de abril de 2009.

[137] Artículo 34, DS Nº 193 de 1998 del Ministerio de Agricultura. Reglamento General del DL 701. Modificado por última vez el 2 de abril de 2009.

El Reglamento del SEIA (DS Nº 40 de 2012 MMA), por su parte, define lo que se entiende por medida de compensación en su artículo 100, que dispone:

> *Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar.*
>
> *Dichas medidas incluirán, entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función.*

Luego, en su artículo 101 inciso segundo señala que:

> *Las medidas de compensación se llevarán a cabo en las áreas o lugares en que los impactos significativos se presenten o generen o, si no fuera posible, en otras áreas o lugares en que resulten efectivas.*

A partir de la regulación del SEIA se pueden deducir las siguientes reglas aplicables a la compensación ambiental, en este contexto:[138]

i. *El criterio de la equivalencia*: según Vergara y Leyton este criterio es un elemento central del sistema de compensación del SEIA, y lo explican con la siguiente frase: "en el balance del bien perdido respecto del bien generado, no puede haber una pérdida global para el medio ambiente".[139] Es decir, se trata de reemplazar o sustituir un bien ambiental (recurso natural o elemento del medio ambiente), que se ha visto afectado por la alteración que produjo el impacto ambiental identificado, por otro de similares características.[140] Lo importante es que el efecto positivo sea equivalente al efecto adverso, cuestión cuya determinación constituye un proceso esencialmente complejo.[141]

ii. *El criterio de la cercanía*: este criterio consiste en que la compensación debe realizarse en el mismo lugar donde se produce el impacto, lo que se encuen-

---

[138] Ver: Vergara, J. & Leyton, P., ob.cit. (nº132); Valenzuela, L., ob. cit. (nº110).; y Püschel, L. & Guijón, R., "Compensación en Biodiversidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" en *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión Ambiental Global: Presente y Futuro*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012, pp. 255274.

[139] Vergara, J. & Leyton, P., ob.cit. (nº132), p. 110.

[140] Valenzuela, L., ob.cit. (nº110), p. 136.

[141] Donoso, G., "Valorización económica y su relación con compensaciones", en *Ambiente y Desarrollo*, Junio Año 2001, pp. 1415. El autor aquí se refiere a distintos mecanismos de valorización de los bienes ambientales. Por ejemplo, la determinación del valor por las preferencias que las personas revelan en el mercado o la existencia de comités interdisciplinarios que puedan resolver sobre las distintas alternativas. Todos los métodos presentan algunas debilidades.

tra expresamente establecido en el reglamento del SEIA desde su origen. Sin embargo, su regulación se ha flexibilizado en el nuevo reglamento al determinarse que también se pueden aplicar en otros lugares donde las medidas resulten efectivas.[142]

iii. El criterio de la jerarquía: este criterio, consistente en la existencia de un orden de prelación entre las medidas de mitigación, reparación y compensación, deriva de la lógica de la evaluación de impacto ambiental.[143] De acuerdo con este criterio, en el proceso de hacerse cargo de los impactos que genera un proyecto se debe comenzar por establecer medidas de mitigación (que tienen por objeto disminuir o evitar el impacto), luego medidas de reparación o restauración de los componentes del medio ambiente afectados y, por último, respecto de aquellos impactos que sean imposibles de evitar o reparar, se deben adoptar medidas de compensación.[144]

iv. La exclusión de compensaciones monetarias, la inclusión de compensaciones socioambientales: se puede concluir que dentro del marco del SEIA se excluyen las compensaciones monetarias, en la medida que se aplica el criterio de la equivalencia entre el elemento del medio ambiente afectado por otro de similares características.[145] Sin embargo, sí se puede sostener que procede la adopción de medidas de compensación socioambientales.[146] De acuerdo con el marco regulatorio del SEIA tales medidas son aceptables, en primer lugar debido al amplio concepto jurídico de medio ambiente, que incluye elementos humanos o culturales (artículo 2 letra ll y artículo 11 letras c, e y f) y en la medida que tales condiciones sociales son relevantes ambientalmente y pueden ser afectadas por un proyecto evaluado dentro del SEIA. Por lo tanto,

---

[142] La introducción de la flexibilidad en el criterio de la cercanía –por ejemplo, se podrían aplicar medidas de compensación fuera del área de influencia de proyecto– ha sido considerado positivo por algunos autores (Püschel, L. & Guijón, R., ob.cit. (nº138), p. 261) en particular para la compensación en biodiversidad. Aunque se reconoce que existe también la opinión de que la localización de la medida de compensación en biodiversidad debería ser lo más cercana posible a los componentes de biodiversidad afectados.

[143] Y fue incorporado expresamente en el nuevo reglamento del SEIA, en su artículo 100 inciso primero.

[144] Valenzuela, L. Ob.cit. (nº110), pp. 140-141.

[145] A su vez, cabe señalar que la propia Ley Nº20.417 de 2010 introdujo un artículo a la LBGMA precisamente con el objetivo de establecer que este tipo de medidas compensatorias no eran válidas dentro del SEIA, debido a la práctica bastante generalizada de llegar a acuerdos compensatorios privados entre las empresas y las comunidades con el objeto de evitar oposiciones al proyecto. El artículo 13 bis dispone: *Los proponentes deberán informar a la autoridad ambiental si han establecido, antes o durante el proceso de evaluación, negociaciones con los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental. En el evento de existir tales acuerdos, éstos no serán vinculantes para la calificación ambiental del proyecto o actividad.*

[146] Cofré, L., "Discrecionalidad de los Actos Administrativos. El Caso de la Potestad de Dictación de Medidas de Compensación Socioambiental" en *Revista Justicia Ambiental* Nº4, diciembre 2012, p. 143.

no hay impedimento teórico para incorporar medidas de compensación socioambientales en la evaluación ambiental de los proyectos.

Con el objeto de no duplicar contenidos la posibilidad concreta de utilizar la compensación en el contexto del SEIA para enfrentar afectaciones a los recursos naturales, será abordado a continuación.

2.10.4. Compensación en conservación de biodiversidad

La compensación en biodiversidad ha sido definida como "la actividad de conservación realizada con la intención de compensar los impactos a la biodiversidad, causados por proyectos de inversión, que son residuales e imposibles de evitar, y que aseguran la ausencia de pérdida neta para la biodiversidad".[147]

En Chile no existe legislación específica aplicable a este tipo de compensación,[148] sin embargo, el SEIA se presta como un instrumento de gestión ambiental que permite conceptualmente desarrollarlo.[149] El problema es que la regulación del SEIA en materia de medidas de compensación ambiental no parece suficiente. En efecto, se ha propuesto que deben existir algunas condiciones básicas para que este instrumento funcione, las que no necesariamente se encuentran presente en el SEIA nacional, por ejemplo:[150] un sistema robusto y transparente donde puedan realizarse las negociaciones para adoptar las medidas de compensación sin que existan dudas sobre su legitimidad; la existencia de guías que provean de bases claras para definir las compensaciones; y plazos adecuados y suficientes que permitan la formulación de este tipo de medidas (de manera de no minimizar los impactos que se pretenden compensar). Sin perjuicio de lo anterior, a nivel comparado se propone el SEIA como un mecanismo que puede facilitar la adopción de medidas de compensación en biodiversidad.[151]

Para entender cabalmente en qué consisten las compensaciones en biodiversidad hay que tener presente que el objetivo central de este tipo de medida es no causar pérdida

---

[147] Traducción propia de "conservation actions intended to compensate for the residual, unavoidable harm to biodiversity caused by development projects, so as to ensure no net loss of biodiversity". Ten Kate, K. Et al, ob.cit. (nº122), p. 13.

[148] Ver referencias a legislaciones específicas de EE.UU., la UE, Brasil, Suiza y Canadá. Ibid, pp. 2231.

[149] Existen una serie de casos en el SEIA chileno en que se han adoptado medidas de compensación en recursos naturales. Sin embargo, se han identificado diversas debilidades y obstáculos para la adecuada compensación en biodiversidad en el SEIA. Por ejemplo, los EIA no distinguen claramente los tipos o naturaleza de medidas que están proponiendo (es decir, existe confusión respecto a si, por ejemplo, una medida que se propone busca mitigar o compensar); no existe precisión en el objetivo específico de la medida que se propone; no se establecen mecanismos adecuados de evaluación y seguimiento de las medidas propuestas. Ver Püschel, L. & Guijón, R., ob.cit. (nº138), pp. 264-273.

[150] Ten Kate, K. Et al, ob.cit. (nº122), p. 32.

[151] Ibid.

real en la biodiversidad. Es decir, la exigencia de la equivalencia es clave, y debe entenderse específicamente qué comprende en materia ecológica.[152] A nivel comparado son escasas las regulaciones que determinan con claridad qué significa en la práctica el concepto de pérdida neta.[153] En todo caso, se aplica un concepto conocido como *"like for like"* que consiste en la exigencia de que exista una relación directa entre los componentes ambientales afectados por un determinado proyecto, y los objetos sobre los cuales recae la medida de compensación a ser implementada.[154] Otros elementos importantes según Püschel y Guijón, son la localización o lugar de la compensación –respecto al cual existe discusión en torno a su posible flexibilización– y la información disponible para la definición y eficacia de la compensación –que en el caso nacional, estaría determinado por el contenido de los Estudios de Impacto Ambiental–.[155]

3. Conclusión

En este capítulo de análisis y reflexiones finales se pudieron identificar diversas reglas de Justicia Ambiental en materia de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Algunas de dichas reglas constituyen normas positivas del ordenamiento jurídico nacional, como por ejemplo, la reserva de zonas para usos especiales; o de derecho comparado, tal como la compensación en biodiversidad. Otras, por el contrario, no constituyen normas explícitas del ordenamiento jurídico, como el principio de proporcionalidad ambiental o ecológica, pero pueden ser analizadas como normas incipientes del derecho.

Todas ellas, sin embargo, son manifestación de uno o más elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental. Lo anterior permite sostener la hipótesis en que se fundamenta este trabajo, cual es –por una parte– que la identificación y reconocimiento de reglas específicas en materia de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales construyen el principio jurídico de la Justicia Ambiental; y, por la otra que la aplicación de estas reglas permite suponer un mayor grado de equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales y mayores niveles de participación en la toma de decisiones ambientales.

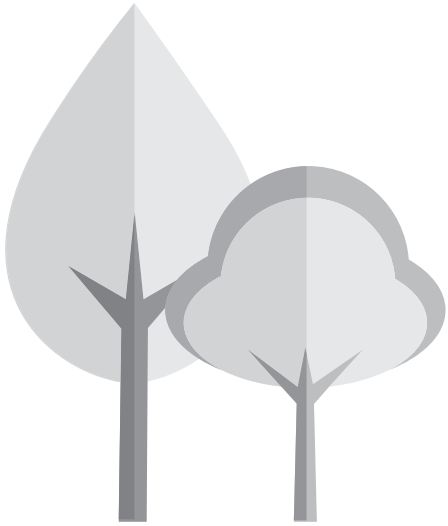
---

[152] Püschel, L. & Guijón, R., ob.cit. (nº138), pp. 258-260. Mencionan los siguientes aspectos claves de la equivalencia ecológica: la definición de objetivos detallados de biodiversidad (ej. Población de plantas y animales, propiedades de un ecosistema); el desarrollo o selección de indicadores apropiados; la identificación de una línea de base apropiada para calcular las pérdidas y ganancias, así como aquello que es necesario abordar; la temporalidad; las incertidumbres, tanto en la evaluación como en los resultados de la compensación.

[153] Ibid. P. 259.

[154] Ibid, p. 260.

[155] Ibid, p. 261.



CONCLUSIONES

Este trabajo se propuso como objetivo contribuir a establecer que la Justicia Ambiental constituye un principio jurídico que debe ser observado en la regulación sobre el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Con tal objetivo se procedió, en primer lugar, a analizar la idea de Justicia Ambiental desde su formulación histórica y teórica y luego a determinar su naturaleza como principio jurídico. A continuación se analizó el marco teórico y jurídico aplicable al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales y su regulación por el ordenamiento jurídico nacional. Finalmente se concluyó con algunas reflexiones en torno a la identificación de reglas de justicia ambiental en el ordenamiento jurídico en materia de recursos naturales.

A continuación se presentan las conclusiones obtenidas del trabajo realizado:

1. La Justicia Ambiental constituye un concepto complejo que cuenta con diversas dimensiones. Estas incluyen las de la justicia distributiva, la justicia política, la justicia correctiva, la justicia social y la justicia ecológica. Cada una de estas dimensiones da especial relevancia a alguno de los elementos que constituyen el concepto de Justicia Ambiental. Las dimensiones distributiva y política han sido las más analizadas hasta la fecha, sin perjuicio que la dimensión ecológica –que incluye dentro de la comunidad de justicia al mundo natural no humano– se instituye como la dimensión más novedosa y con más proyección en el desarrollo teórico del concepto de Justicia Ambiental.

2. El concepto de Justicia Ambiental está compuesto por ciertos elementos esenciales que determinan su contenido. Estos elementos, que lo distinguen de otras ideas, son por una parte, elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan

a la Justicia Ambiental y, por la otra, elementos propios de la Justicia Ambiental. Dentro de los primeros destacan el de la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales y el de la participación significativa en la adopción de las decisiones ambientales. Además, se agregan –en consonancia con la teoría de la justicia– los elementos del reconocimiento y de las capacidades como elementos necesarios para determinar cuándo la distribución es equitativa. El primero alude a la valorización de la identidad de ciertas personas y, el segundo, a la posibilidad de las personas de realizarse en la sociedad. Por su parte, los elementos propios de la Justicia Ambiental son el elemento colectivo y el elemento ecológico. Estos elementos se refieren a la necesidad de incorporar –dentro de un sistema de justicia– a las necesidades de los grupos como tales, y a las relaciones de los seres humanos con el mundo natural.

3. El contenido mínimo de la Justicia Ambiental está determinado por dos elementos que son los que determinan sus dimensiones distributiva y política. Estos son el de la equidad en la distribución de cargas y beneficios ambientales y el de la participación significativa en la adopción de decisiones. En cuanto a la equidad en la distribución, vale la pena recordar que no se debe confundir este elemento simplemente con una distribución matemática y proporcional de la "contaminación existente". Por el contrario, el objetivo de la justicia ambiental es lograr una disminución de la contaminación total, esto es, conseguir la protección de la calidad de vida y del medio ambiente de todas las personas y grupos de la sociedad. Por otro lado, la participación –como elemento de la justicia ambiental– se manifiesta en el trato justo e igualitario para todas las personas en el proceso de adopción de decisiones. Este elemento va más allá del resultado o de las consecuencias de una decisión y se focaliza en el proceso previo.

4. La Justicia Ambiental se encuentra presente en el ordenamiento jurídico a través de diversas normas del derecho ambiental nacional, comparado e internacional. En efecto, a lo largo del trabajo se identificaron reglas y principios que contenían diversos elementos de la Justicia Ambiental. Así, por ejemplo, existen normas que consagran la *equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales* –que van desde el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación hasta la compensación de cargas ambientales que afecten a una comunidad específica– ; la *participación igualitaria en la adopción de decisiones ambientales* –que incluye normas como el derecho de acceso a la información ambiental, el consentimiento informado previo respecto de ciertas actividades o la exigencia de participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental–; el *reconocimiento de la identidad particular de ciertos grupos y su capacidad para realizarse plenamente en la sociedad* –como el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales–; y, por último, la *conservación de la integridad de los ecosistemas* –al que se aplica el principio de la justicia intergeneracional y el enfoque ecosistémico–.

5. La identificación de los elementos y dimensiones de la justicia ambiental en distintas normas del ordenamiento jurídico permite –mediante un razonamiento inductivo– concluir que la justicia ambiental constituye un principio del derecho ambiental que se puede encontrar ya sea incorporado en textos de derecho positivo o puede constituir la base de argumentos relevantes para el razonamiento jurídico ambiental, al aplicarse en la interpretación del significado y alcance de ciertas normas. Lo anterior permite suponer que aun cuando dicho concepto –formulado íntegramente– no constituye un principio explícito del ordenamiento jurídico ambiental, sí reúne las características mínimas para constituir un principio jurídico extrasistémico o director que se construye sobre la base de otros principios y reglas más específicos. Por último, si se quiere ir todavía más allá, se puede llegar a sostener que la Justicia Ambiental –al menos, algunas de sus dimensiones– constituye un principio implícito o general del derecho ambiental, en la medida que aun cuando no se ha enunciado expresamente en disposiciones del derecho positivo, se puede deducir su reconocimiento a partir de las reglas y principios que consagran uno o más de sus elementos.

6. La relevancia de establecer que la Justicia Ambiental constituye un principio jurídico dice relación con las diversas funciones que puede cumplir en el derecho ambiental. Tal como se analizó en su oportunidad, los principios cumplen funciones tan importantes como aquellas relacionadas con la interpretación y creación de normas o con la limitación de la discrecionalidad judicial o administrativa.

7. Es posible identificar reglas de Justicia Ambiental en el ordenamiento jurídico que regula el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Con el objetivo de probar tal afirmación se procedió a analizar, en primer lugar, los fundamentos teóricos de la regulación en esta materia. Y, en segundo lugar, la regulación nacional aplicable a los recursos naturales. A partir de este análisis y del realizado en torno al principio de Justicia Ambiental es que finalmente se constató la existencia de reglas de Justicia Ambiental en el ordenamiento jurídico sobre los recursos naturales.

8. En cuanto a los fundamentos que se consideraron relevantes para entender la regulación de los recursos naturales, destaca la consideración de los mismos como bienes comunes, categoría que a pesar que escapa de un análisis exclusivamente jurídico, permite identificar las características de los recursos naturales de las que debe hacerse cargo un determinado diseño institucional y regulatorio.

9. Los modelos regulatorios a cargo de determinar el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales se basan fundamentalmente en dos instituciones: la soberanía, en el ámbito internacional, y la propiedad, en el ámbito interno. Ambas instituciones, por lo tanto, son las que están a cargo de definir o asignar la titularidad, el uso y los derechos de aprovechamiento sobre los recursos natura-

les. El análisis de estas dos instituciones es relevante, puesto que entre ambas se configura el modelo actualmente vigente en materia de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

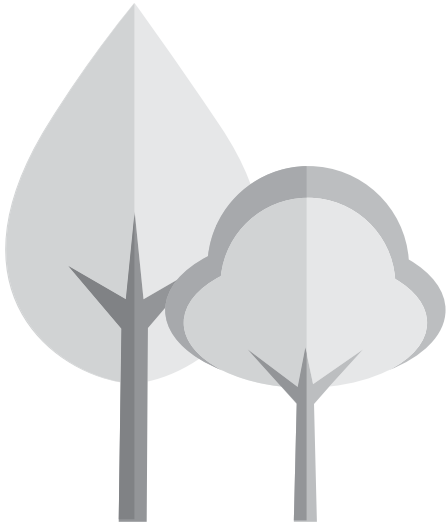
10. La institución de la soberanía resuelve las cuestiones del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional, ya sea porque se trate de recursos compartidos entre dos o más Estados o porque se encuentren más allá de toda jurisdicción nacional. En estos casos la regulación aplicable es internacional. Sin embargo, también es relevante esta institución puesto que su evolución y el establecimiento de sus limitaciones ha permitido que el derecho internacional sea aplicable también respecto de aquellos recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios nacionales de los Estados.

11. La propiedad, por su parte, ha sido la institución que en la mayoría de los sistemas jurídicos ha determinado las reglas aplicables al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio de los Estados. Para entender los fundamentos de la propiedad en materia de recursos naturales, se analizaron los principales tipos de propiedad existentes en el ordenamiento jurídico: la propiedad privada y el dominio público. A partir de esta institución se propuso distinguir las siguientes categorías de recursos naturales en el ordenamiento jurídico nacional: recursos naturales de dominio público, recursos naturales de titularidad privada y recursos naturales comunes a todos los "hombres". Esta categorización permitió identificar las reglas nacionales aplicables al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Reglas que, aun cuando no obedecen a un enfoque sistemático, permiten establecer características propias del ordenamiento jurídico nacional en esta materia.

12. La característica principal del ordenamiento jurídico nacional sobre recursos naturales deriva de la relevancia de la actividad de los particulares en la configuración del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos. En efecto, la titularidad pública de algunos recursos naturales no ha impedido, en la práctica, una tendencia hacia la privatización de los recursos naturales. Esto debido a que las facultades del Estado como administrador de los recursos naturales de titularidad pública son débiles o menos intensas de lo que se podría esperar en cuanto a la regulación de bienes de dominio público. Esta situación es evidente en materia de concesiones mineras y de derechos de aprovechamiento de aguas, según se pudo analizar. En la práctica, entonces, se puede concluir que las potestades del Estado no son sustancialmente diferentes en el ámbito de los recursos naturales de titularidad pública o privada.

13. En cuanto a los recursos naturales que conforman la categoría de bienes comunes a todos los hombres, sin perjuicio de los ejemplos que contemplan la existencia de regulación estatal en cuanto a su acceso, uso y aprovechamiento, se puede sostener que por regla general el Estado no ha ejercido sus facultades regulatorias en estos casos. Lo anterior ha permitido la existencia de recursos naturales –tales como los recursos genéticos, los glaciares o los servicios ecosistémicos– que no cuentan con un modelo institucional aplicable a su acceso, uso y aprovechamiento.

14. Finalmente, a partir de todo lo analizado, se identificaron diversas reglas de Justicia Ambiental en materia de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Algunas de dichas reglas constituyen normas positivas del ordenamiento jurídico nacional, como por ejemplo, la reserva de zonas para usos especiales; o de derecho comparado, tal como la compensación en biodiversidad. Otras, por el contrario, no constituyen normas explícitas del ordenamiento jurídico, como el principio de proporcionalidad ambiental o ecológica, pero pueden ser analizadas como normas incipientes del derecho. Todas ellas, sin embargo, son manifestación de uno o más elementos y dimensiones de la Justicia Ambiental. Lo anterior permite sostener la hipótesis en que se fundamenta este trabajo, cual es –por una parte– que la identificación y reconocimiento de reglas específicas en materia de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales construyen el principio jurídico de la Justicia Ambiental; y, –por la otra– que la aplicación de estas reglas permite suponer un mayor grado de equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales y mayores niveles de participación en la toma de decisiones ambientales.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Fuentes

a) Tratados e Instrumentos Internacionales

Resolución de las Naciones Unidas (AG) Nº626 de 1952, "Derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales".

Sistema del Tratado Antártico, adoptado en 1959 y complementado por otras convenciones posteriores.

Resolución de las Naciones Unidas (AG) Nº1803 de 1962, "Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales".

Pactos de Derechos Humanos de 1966.

Tratado sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes, de 1967.

Resolución de las Naciones Unidas (AG) Nº2749 de 1970, "Declaración de Principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional".

Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, de 1972.

Resolución de las Naciones Unidas (AG) Nº3201 de 1974, "Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional".

Resolución de las Naciones Unidas (AG) Nº3281 de 1974, "Carta sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados".

Acuerdo que debe regir las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes, de 1979.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982.

Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos de 1983 (Resolución 8/83 de la FAO).

Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985.

Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987.

Convenio 169 de la OIT sobre Derechos Indígenas y Tribales, de 1989.

Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 1989.

Actas de 1978 y 1991 de la Unión de Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV).

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992.

Convención de Diversidad Biológica, de 1992.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992.

Acuerdo de Nueva York de 1995 sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convemar sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorias.

Protocolo de Kyoto de la Convención de Cambio Climático, de 1997.

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, de 2000.

Acuerdo para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste (Acuerdo de Galápagos), de 2000.

Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y Agricultura de la FAO, de 2001.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución Nº61/295 de la AG de las Naciones Unidas, de 2007.

Resolución de las Naciones Unidas (AG) Nº 63/124 de 2009, "El derecho de los acuíferos transfronterizos".

Protocolo de Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos, de 2010.

b) Leyes

Constitución Política de la República.

Código Civil.

Código de Aguas.

Código de Minería.

DFL Nº 340 de 1960 sobre Concesiones Marítimas.

DFL Nº202 de 1960, Ley Orgánica del Ministerio de Minería.

DFL Nº458 de 1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) y sus modificaciones.

DL Nº1939 de 1977, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

DL Nº701 de 1974, Ley de Fomento Forestal.

DL Nº3516 de 1980, Establece Normas sobre División de Predios Rústicos.

Ley Nº18.097 de 1982 (modificada en 1990), Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.

DFL Nº2 de 1986, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL Nº1089 de 1975, que Establece Normas sobre Contratos de Operación Petrolera.

Ley Nº18.892 de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA).

Ley Nº19.300 de 1994, modificada por la Ley Nº20.417 de 2010, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA).

Ley Nº19.473 de 1996, Ley de Caza.

Ley Nº19.657 de 2000, sobre Concesiones de Energía Geotérmica.

Ley Nº19.713 de 2001, que Establece como medida de administración el Límite Máximo de Captura por Armador.

Ley Nº19.880 de 2003, Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA).

DFL Nº1 de 2006, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Ley Nº20.249 de 2008, que Crea el Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios.

Ley Nº20.257 de 2008, que Introduce Modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la Generación de Energía Eléctrica con Fuentes de Energías Renovables No Convencionales.

Ley Nº20.283 de 2008, de Bosque Nativo.

Ley Nº20.402 de 2009, que Crea el Ministerio de Energía.

Ley Nº20.698 de 2013, que Propicia la Ampliación de la Matriz Energética mediante Fuentes Renovables No Convencionales, que modifica la Ley General de Servicios Eléctricos.

c) Proyectos de Ley

Proyecto de Ley que Establece la Prohibición de ejecutar proyectos de inversión en glaciares (Boletín 3947-12 de 2005).

Proyecto de Ley sobre Protección de Glaciares (Boletín 4205-12 de 2006).

Proyecto de Ley que Establece normas en resguardo de los Glaciares (Boletín 6308-12 de 2008).

Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (Boletín Nº7487-12 de 2011).

Proyecto de Ley sobre Administración del Borde Costero y Concesiones Marítimas (Boletín Nº8467-12 de 2012).

Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación (Boletín Nº5823-07 de 2008).

d) Reglamentos

DS Nº4 de 1992, del Ministerio de Salud, Establece Norma de Emisión de Material Particulado a Fuentes Estacionarias puntuales y grupales.

DS Nº47 de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

DS Nº290 de 1993, del Ministerio de Economía, Reglamento de Concesiones de Acuicultura.

DS Nº475 de 1994 del Ministerio de Defensa Nacional, que aprueba la Política Nacional del Uso del Borde Costero.

DS Nº355 de 1995, del Ministerio de Economía, Reglamento sobre Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos.

DS Nº5 de 1998, del Ministerio de Agricultura, Reglamento de la Ley de Caza.

DS Nº319 de 2001, modificado por el DS Nº275 de 2010, del Ministerio de Economía, Reglamento de Medidas de Protección, Control y Erradicación de Enfermedades de Alto Riesgo para las Especies Hidrobiológicas.

DS Nº320 de 2001, del Ministerio de Economía, Reglamento Ambiental para la Acuicultura (RAMA).

DS Nº2 de 2005 del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento sobre Concesiones Marítimas.

DS Nº66 de 2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana.

DS Nº29 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento de Clasificación de Especies.

DS Nº40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

DS Nº66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, Reglamento sobre Consulta Indígena.

e) Jurisprudencia internacional

Corte Internacional de Justicia, Caso del Canal de Corfú (Reino Unido e Irlanda del Norte vs. Albania), Sentencia de 1949.

Tribunal Permanente de Arbitraje, Caso Lago Lanoux (Francia vs. España), Sentencia de 1957.

Corte Internacional de Justicia, Casos sobre la jurisdicción en las pesquerías (Reino Unido vs. Islandia; Alemania vs. Islandia) Sentencia de 1974.

Corte Internacional de Justicia, Caso Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría vs. Slovakia) Sentencia de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhouyamaxa vs. Paraguay, Sentencia de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay, sentencia de 2010.

Corte Internacional de Justicia, Causa Relativa a las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay), Sentencia de 2010.

f) Jurisprudencia judicial nacional

Corte Suprema de Chile, Rol Nº16.743, Sentencia de fecha 7 de agosto de 1984.

Corte Suprema de Chile, Rol Nº381-04, Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2004.

Corte Suprema de Chile, Rol Nº 1960-2012, Sentencia de fecha 28 de agosto de 2012.

Corte Suprema de Chile, Rol Nº 6.997-2012, Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº115, Sentencia de fecha 3 de diciembre de 1990.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº146, Sentencia de fecha 21 de abril de 1992.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº153, Sentencia de fecha 25 de enero de 1993.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº245-246, Sentencia de fecha 2 de diciembre de 1996.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº253, Sentencia de fecha 15 de abril de 1997.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº260, Sentencia de fecha 13 de octubre de 1997.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº309, Sentencia de fecha 4 de agosto de 2000.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol Nº2386, Sentencia de fecha 23 de enero de 2013.

g) Jurisprudencia administrativa nacional

Dictamen Nº28.265 de 2007.

Dictamen Nº33.435 de 2008.

Dictamen Nº34.101 de 2012.

2. Literatura

Aarnio, A., "Taking rules seriously", en *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. Supplement 42,* 1990, pp. 180-192.

_____ "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", en *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidad de Coruña, Nº4, 2000, pp. 593-602. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2070/1/AD-4-35.pdf

_____ "¿Hay respuestas correctas para los casos difíciles? Observaciones sobre el razonamiento jurídico racional", en *Revista de las Cortes Generales*, Nº 53, Madrid, 2001, pp. 199-222.

Adams, B., Brockington, D., Dyson, J. & Vira, B., "Analytical Framework for Dialogue on Common Pool Resource Management", *Common Pool Resource Policy Paper Nº1*, Department of Geography, University of Cambridge, March 2002, p.

1. Disponible en: http://www.geog.cam.ac.uk/research/projects/harda/framework/framework.pdf

Agrawal, A. & Goyal, S., "Group Size and Collective Action. Third Party Monitoring in Common Pool Resources", En *Comparative Political Studies*, Vol. 34 No. 1, February 2001, pp. 63-93.

Aguilar Valdez, O., "Técnicas del Control Judicial de las Decisiones de la Administración Económica", en De la Cuétara, J.M., Martínez, J.L., & Villar, F., *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz* (Editorial La Ley, Argentina, 2011), pp. 581-661.

Alburquenque, W. "Los derechos de aguas del minero" en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Año 2000, Volumen 2, Nº1, pp. 13-20.

Aldunate, E., "Limitación y Expropiación: *Scilla* y *Caribdis* de la Dogmática Constitucional de la Propiedad", en *Revista Chilena de Derecho,* Volumen 33 Nº2, 2006, pp. 285-303.

Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A., *Tratado de los Derechos Reales. Bienes. Tomo I* (Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, 2009).

Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993).

_____ "On the Structure of Legal Principles", en *Ratio Juris*, Volumen 13, Nº3, September 2000, pp. 294-298.

Amunátegui, C., "No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 36 Nº3, 2009, pp. 505-525.

Anaya, J., *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford University Press, Second Edition, 2004).

Aristóteles, *Etica a Nicómaco* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960).

Arnold, C.A., "Land Use Regulation and Environmental Justice" 30 ELR (*Environmental Law Reporter*, 2000), pp.10395-10433.

Artigas, C., "La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos: un nuevo espacio para el aporte del Grupo de Países Latinoamericanos y Caribeños (GRULAC)", *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* Nº6, Cepal, Santiago de Chile, 2000. Disponible en: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/4467/lcl1318p.pdf

Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho* (Editorial Ariel, Barcelona, 1996).

Avila, H. *Theory of Legal Principles* (Springer, The Netherlands, 2007).

Barnes, R., *Property Rights and Natural Resources* (Oxford and Portland, Oregon, 2009).

Barnes, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario" en *Revista de Administración Pública* Nº135, septiembre-diciembre 1994, España, pp. 495 y ss.

Barros, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile, 2007).

Bauer, C., *Contra la Corriente. Privatización, Mercados de Agua y el Estado en Chile,* Colección Ecología y Medio Ambiente, Fundación Terram (Lom Ediciones, 2002).

_____ *Canto de Sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales* (RFF Press, Bekeaz, 2004).

Been, V., "What's Fairness Got to Do With It? Environmental Justice and the Siting of Locally Undesirable Land Uses"*,* en *Cornell Law Review*, Volumen 78 (1993), pp. 1001-1085.

Beideman, C., "Eminent Domain and Environmental Justice: A New Standard of Review in Discrimination Cases", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Volumen 34, Nº1, 2007, pp. 273-302.

Bell, S. & McGillivray, D., *Environmental Law* (Oxford University Press, Sixth Edition, 2006).

Bermúdez, J. "El Control Judicial de las Normas Primarias de Derecho Ambiental. Déficit de Aplicación y Errores en el Diseño Legal", en Ferrada, J.C. (Coord.), *La Justicia Administrativa* (Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2005), pp. 271-299.

_____ *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007).

_____ "Acceso a la Información Pública y Justicia Ambiental. Interrelaciones de dos instituciones de Derecho Administrativo Ambiental", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXIV, 2010, pp. 571-596.

_____ *Derecho Administrativo General* (Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Segunda Edición Actualizada, 2011).

_____ "Elementos y principios de la justicia ambiental", en Bermúdez, J. & Hervé, D. (Eds), *Justicia Ambiental. Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (Lom Ediciones, 2013), pp. 49-65.

Bermúdez, J. & Guerrero, J.L., "Los permisos de emisión transables en la Ley Nº19.300 y su consagración en el proyecto de ley de bonos de descontaminación", en *Revista de Derecho* de la Universidad Austral de Valdivia, Volumen XVI, julio 2004, pp. 131-145.

Bermúdez, J. & Hervé, D., "La Jurisprudencia Ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas" en *Anuario de Derecho Público Nº4*, Ediciones UDP, Santiago 2013, pp. 237- 255.

Beyerlin, U., "Different Types of Norms in International Environmental Law. Policies, Principles and Rules", en: Bodansky, D., Brunée, J., & Hey, E. (Eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007).

Bilder, R., "International Law and Natural Resources Policies", en *Natural Resources Journal*, Vol. 20, 1980, pp. 451-486.

Birnie, P., Boyle, A., & Redgwell, C., *International Law and the Environment* (Oxford University Press, Tercera Edición, 2009).

Blanco, E. & Razzaque, J., *Globalisation and Natural Resources Law. Challenges, Key Issues and Perspectives* (Edward Elgar, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA, 2011).

Blais, L.E. "Environmental Racism Reconsidered"*, North Carolina Law Review,* Volumen 75 (1996), pp. 75-151.

Blumm, M., *The Public Trust Doctrine- A Twenty-First Century Concept,* septiembre de 2009, disponible en: http://ssrn.com/abstract=1468601

Boone, C., "Environmental Justice as Process and New Avenues for Research", en *Environmental Justice*, Volumen 1 Nº3, 2008, pp. 149-153.

Bosselmann, K. "Justice and the Environment: Building Blocks for a Theory on Ecological Justice", en Bosselmann, K. & Richardson, B. (Eds.), *Environmental Justice and Market Mechanisms. Key Challenges for Environmental Law and Policy* (Kluwer Law International, 1999), pp. 30-57.

_____ "Ecological Justice and Law", en Richardson, B., & Wood, S. (Eds.), *Environmental Law for Sustainability* (Hart Publishing, 2006), pp. 129-163.

Bosselmann, K. & Richardson, B. (Eds.), *Environmental Justice and Market Mechanisms. Key Challenges for Environmental Law and Policy* (International Environmental Law and Policy Series, Volume 54, Kluwer Law International, 1999).

Brañes, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano* (Fondo de Cultura Económica, México, 1994).

_____ "El Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina", PNUMA, México DF, 2000. Disponible en: http://www.pnuma.org/deramb/documentos/Acceso_Justicia_Ambiental_Raul_Branes.pdf

Bridge, G., "Contested Terrain: Mining And The Environment", en: *Annu. Rev. Environ. Resour.*, Vol. 29, 2004, pp. 205-259.

Bronfman, A., Martínez, J.I. & Núñez, M., *Constitución Política Comentada. Parte Dogmática. Doctrina y Jurisprudencia* (Editorial Abeledo Perrot, 2012).

Brown Weiss, E., "Intergenerational Equity in International Law", en *Proceedings of the Anual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 81, 1987, pp. 126-133.

_____ "The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity" en *Ecology Law Quarterly,* Volumen 11, 1988, pp. 495-581.

Brownlie, I., *An Inaugural Lecture. Loaves and Fishes: Access to Natural Resources and International Law* (The London School of Economics and Political Science, 1978).

_____ "Legal Status of Natural Resources in International Law", en *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1980, The Netherlands, pp. 249-317.

Bryant, B. (Ed.), *Environmental Justice. Issues, Policies and Solutions* (Island Press, Washington DC, 1995).

Bryner, G., "Assessing Claims of Environmental Justice", en Mutz, K., Bryner, G., & Kenney, D. (Eds.), *Justice and Natural Resources. Concepts, Strategies and Applications* (Island Press, Washington, Covelo, London, 2002), pp. 31-55.

Brunee, J., "Climate Change, global environmental justice and international environmental law", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), Environmental Law and Justice in Context (Cambridge University Press, 2009), pp. 316-332.

Budds, J. & Mcgranahan, G. "Are The Debates On Water Privatization Missing The Points? Experiences From Africa, Asia, And Latin America", en *Environment & Urbanization*, Vol. 15 Nº2, 2003, pp. 87-114.

Budds, J. "Power, Nature And Neoliberalism: The Political Ecology Of Water In Chile", en *Singapore Journal of Tropical Geography*, Vol. 25(3) 2004, pp. 322-342.

Bullard, R. "Environmental Justice in the 21st Century", disponible en http://www.ejrc.cau.edu/ejinthe21century.htm

Bullard, R. "Leveling the Playing Field through Environmental Justice", en *Vermont Law Review*, Volumen 23, 1998-1999, pp. 453-478.

Bulletin of the Ecological Society of America, *ECO JUSTICE. Relationships of Environmental Justice to Ecological Theory* (April 2007), pp. 166-170.

Carey, H., "Forest Management and Environmental Justice in Northern New Mexico", en Mutz, K., Bryner, G., & Kenney, D. (Eds.), *Justice and Natural Resources. Concepts, Strategies and Applications* (Island Press, Washington, Covelo, London, 2002), pp. 209-223.

Carpenter, K., "Real Property and Peoplehood", en *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 27, 2008, pp. 313-395.

Carrió, G., *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994).

Carruthers, D. (Ed.), *Environmental Justice in Latin America. Problems, Promise and Practice* (The MIT Press, Cambridge, Massachusets, London England, 2008).

Carvajal, I., "El derecho real de conservación", en *Justicia Ambiental,* Revista de Derecho Ambiental, Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA, Año II, Nº2, mayo de 2010, pp. 177-221.

Cea, J.L., *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y Garantías, Tomo II* (Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004).

Celaya, R., "Naturaleza Jurídica del Permiso de Emisión Transable contemplado como instrumento económico en la Ley Nº19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 Nº2, 2002, pp. 315-366.

Centro de Energías Renovables, "Energías Renovables en Chile. Ficha Informativa Geotermia", disponible en http://cer.gob.cl/factsheets/Geotermia_2012_lr.pdf

Centro de Regulación y Competencia (REGCOM), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, *Expropiaciones directas y derregulatorias y reforma regulatoria pesquera*, julio 2010.

Chapnick, E. "Chapter Eleven. Access to the Courts", en Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008), pp. 395-429.

Chávez, R. & Soto, I., "Efectos sinérgicos y acumulativos de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Reconocimiento legal y propuesta para una adecuada aplicación", en Durán, V., Montenegro, S., Moraga, P., Ramírez, D., & Uriarte, A.L. (Eds.), *Derecho Ambiental en tiempos de reforma*s, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (LegalPublishing Chile, 2010), pp. 511-532.

Chávez, C., Dresdner, J., Quiroga, M., Salgado, H., "Propuesta para una Administración Sustentable de la Pesca Industrial en Chile basada en Cuotas Individuales Transferibles", *Serie Documentos de Trabajo EconUdeC*, Nº15, 2010. Disponible en: http://econudec.cl/2011/11/documentos-de-trabajo-economia-udec/

Churchill, R.R. & Lowe, A.V., *The Law Of The Sea* (Manchester University Press, 1988).

Circo, C., *Does Sustainability Require a New Theory of Property Rights?*, disponible en http://ssrn.com/abstract=1343228

Ciriacy-Wantrop, S.V. & Bishop, R., "Common Property as a Concept in Natural Resource Policy", en *Natural Resources Journal*, Vol.15, 1975, pp. 713-727.

Clark, B.D., "Alcance y objetivos de la Evaluación Ambiental Estratégica", en *Estudios Públicos* 65 (verano 1997) Santiago, Chile, pp. 1-22.

Coase, R., "El problema de costo social" en *Estudios Públicos* Nº45, 1992, pp. 81-134.

Cofré, L., "Discrecionalidad de los Actos Administrativos. El Caso de la Potestad de Dictación de Medidas de Compensación Socioambiental" en *Revista Justicia Ambiental* Nº4, diciembre 2012, pp. 137-150.

Cohen, M., "Property and Sovereignty", en *Cornell Law Quarterly,* Volumen 13, 1927-1928, pp. 8-30.

Cole, D. & Ostrom, E., *The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources*, Research Paper Nº2010-08-01, School of Public and Environmental Affairs, Indiana University, 2010. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=1656418

Coleman, J., *The Practice of Principle: in Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford University Press, 2003).

Collin, R., "Review of the Legal Literature on Environmental Racism, Environmental Equity and Environmental Justice", en *Journal of Environmental Law and Litigation*, Volumen 9, 1994, pp. 134-141.

Contesse, J., "El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile", en Contesse, J. (Ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su Implementación*, Centro de Derechos Humanos (Ediciones UDP, 2012), pp. 189-228.

Cordero, E., "La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno", en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XIX, Nº1, julio 2006, pp. 125-148.

_____ "El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIX (Valparaíso, Chile, 2º semestre 2007), pp. 269-298.

_____ "De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad" en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXI, NºII, diciembre de 2008, pp. 493-525.

_____ "Ordenamiento Territorial, Justicia Ambiental y Zonas Costeras", en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVI, 2011, pp. 209-249.

Cordero, L., "Entre la Deferencia, los Estándares de Control Judicial y los Procedimientos Administrativos. Comentarios a las sentencias sobre el caso Celco", en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile 2005, Volumen 67, pp. 443-453.

Correa, C. "Nueva Institucionalidad Ambiental y Participación Ciudadana ¿Es Suficiente?" En: *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión Ambiental Global: Presente y Futuro*. Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile (Legal Publishing, Santiago, 2012), pp. 567-592.

Costa, E. & Fuentes, P. *"La Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental",* en: *Justicia Ambiental*, Revista de Derecho Ambiental, Año III, No. 3 (Fiscalía del Medio Ambiente, 2011), pp. 83 -106.

Crawford, C., "La promesa y el peligro del derecho medioambiental: los retos, los objetivos en conflicto y la búsqueda de soluciones", en: Crawford, C. (comp.), *Derecho Ambiental y Justicia Social* (Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009), pp. 21-104.

Crossen, T. & Niessen, V., "NGO Standing in the European Court of Justice-Does the Aarhus Regulation Open the Door?" en *RECIEL* 16 (3), 2007, pp. 332-340.

Cullet, P., "Environmental Justice in the use, knowledge and exploitation of genetic resources", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, 2009), pp. 371-389.

Dagan, H., "The Distributive Foundation of Corrective Justice" en *Michigan Law Review*, Volumen 98, 1999-2000, pp. 138-166.

Darnaculleta, M., *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural* (CEDECS Editorial S.L., Barcelona, 2000).

De Sadeleer, N., *Environmental principles. From Political Slogans to Legal Rules* (Oxford University Press, 2002).

Díaz, F., Zegers, G., & Larraín, J., "Antecedentes sobre la importancia de las turberas y el Pompoñ en la Isla de Chiloe", *Fundación Senda Darwin,* 2005, 33 pp. Disponible en: http://www.infoandina.org/sites/default/files/publication/files/Turberas.pdf

Díez-Picazo, L., *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho* (Editorial Ariel, Barcelona, 1973).

_____ *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I Introducción, Teoría del Contrato* (Sexta Edición, Thomson, Civitas, 2007).

Dobson, A., *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice* (Oxford University Press, 1998).

_____ (Ed.), *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability and Social Justice* (Oxford University Press, 1999).

Donoso, G., "Valorización económica y su relación con compensaciones", en *Ambiente y Desarrollo*, Junio Año 2001, pp. 12-16.

Duruigbo, E., "Permanent Sovereignty and Peoples Ownership of Natural Resources in International Law", en *George Washington International Law Review*, Vol. 38, 2006, pp. 33-100.

Dworkin, R., "The Model of Rules" en *University of Chicago Law Review*, Volumen 35, 1967-1968, pp. 14-46.

_____ "The Goodness of Justice", en *Revue Hellénique de Droit International*, Año 48, 1995, pp. 11-20.

_____ *Los Derechos en Serio* (Editorial Ariel, Barcelona, 2010).

Ebbeson, J., *Compatibility of International and National Environmental Law* (Iustus Forlag, 1996).

_____ "Introduction: Dimensions of Justice in Environmental Law", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, 2009), pp. 1-36.

Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, 2009).

Esteve Pardo, J., *Derecho del Medio Ambiente* (Marcial Pons, Segunda Edición, 2008).

Fernández, A. y de la Piedra, C., "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT Nº169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias", *Estudios Públicos* 121 (verano 2011), pp. 71-132.

Fiol Matta, L. "De regreso al futuro: El *hard look* y la "nueva" revisión judicial rigurosa en casos ambientales", en *Revista Jurídica,* Universidad de Puerto Rico, 2003, Volumen 72, pp. 71-92.

Fleischacker, A., *A Short History of Distributive Justice* (Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, London, England, 2004).

Footer, M., "Our Agricultural Heritage: Sustainability, Common Heritage and Intergenerational Equity", en Schrijver, N. & Weiss, F. (Eds.), *International Law and Sustainable Development Principles and Practice*, (Koninklijke Brill NV, The Netherlands, 2004).

Foster, S., "Chapter Seven. Public Participation", en: Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008). Pp. 225-263.

_____ "Chapter Nine: Impact Assessment", en Gerrard, M. & Foster, S., (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008), Pp. 295-340.

Fraser, N. & Honneth, A., *Redistribución o Reconocimiento: Un Debate Político-Filosófico* (Ediciones Morata y Fundación Paideia-Galiza, España, 2006).

Frazier, T., "The Green Alternative to Classical Liberal Property Theory", en *Vermont Law Review*, Vol. 20, 1995-1996, pp. 318 y sgtes.

Freeman, S. (Ed.) *John Rawls: Collected Papers* (Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, London, England, 1999).

French, D. (Ed.), *Global Justice and Sustainable Development* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010).

Freyfogle, E. "Goodbye to the Public-Private Divide", en *Environmental Law,* Volumen 36, 2006, pp. 7-24.

Fuentes Olmos, J., "Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er semestre), pp. 543-571.

Fueyo Laneri, F. *Instituciones de Derecho Civil Moderno* (Editorial Jurídica de Chile, 1990).

García Figueroa, A., *Principios y Positivismo Jurídico* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998).

García Pérez, M., "La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público", en *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidad de la Coruña, Nº1, Galicia, 1997. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1933/1/AD-1-16.pdf

Gargarella, R., *Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política* (Editorial Paidós Estado y Sociedad, España, 1999).

Gauna, E., "The Environmental Justice Misfit: Public Participation and the Paradigm Paradox", *Stanford Environmental Law Journal*, Volumen 17, Nº3, pp. 3-72.

Gerrard, M., "Fear and Loathing in the Siting of Hazardous and Radioactive Waste Facilities: A Comprehensive Approach to a Misperceived Crisis", en *Tulane Law Review*, Volumen 68 Nº5, Mayo 1994, pp. 1047-1217.

_____ "Chapter Fourteen: Stopping and Building New Facilities" en, Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008), pp. 511-534.

Ginsburg, T., "Ways of Criticizing Public Choice: The Uses of Empiricism and Theory in Legal Scholarship", en *University of Illinois Law Review,* 2002, pp. 1139-1166.

Gómez-Lobo, A., "¿Qué pasa con la pesca en Chile?", en *Ambiente y Desarrollo*, Diciembre 2000, pp. 6-9.

Gordon, H. S., "The economic theory of a common-property resource: The fishery", en *Journal of Political Economy*, Vol. 62, 1954, pp. 124-142.

Gracer, J., "Protecting Citizens of Other Countries", en Gerrard, M. & Foster, S. (Eds), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008), pp. 765-790.

Greiber, Th. (Ed.), "Payments for Ecosystems Services. Legal and Institutional Frameworks", *IUCN Environmental Policy and Law Paper Nº78* (IUCN, 2009), p. 29 y ss. Disponible en: https://portals.iucn.org/library/node/9497

Grupo de Trabajo sobre Marco Conceptual de la Evaluación de Ecosistemas del Milenio, "Ecosistemas y Bienestar Humano: Marco para la Evaluación". Disponible en: http://www.maweb.org/documents/document.3.aspx.pdf

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC), "Informe de Síntesis", publicado en 2007.

Guastini, R., *Distinguiendo estudios de teoría y metateoría del derecho* (Editorial Gedisa, Barcelona, 1999).

Guerrero, J.L., "La Libertad para Desarrollar Actividades Económicas del artículo 19 Nº21 y la Constitución Económica" en *Revista Persona y Sociedad*, Vol. XIV Nº3, Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales, ILADES, Universidad Alberto Hurtado, 2000, pp. 141- 156.

Guzmán, R. *Derecho Ambiental Chileno, Principios, instituciones, instrumentos de gestión* (Planeta Sostenible, 2012).

Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano*, Tomo I (Editorial Jurídica de Chile, 1996).

_____ "Dos hipotecas sobre derechos reales administrativos inmuebles: las hipotecas de una concesión de acuicultura y de una concesión de energía geotérmica", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVI (Valparaíso, Chile, 1er semestre 2011), pp. 69-116.

Hardin, G., "The Tragedy of the Commons", en: *Science*, Vol. 162, 1968, pp. 1243-1248.

_____ "Extensions of the Tragedy of the Commons", en Science Vol. 280, 1998, pp. 682-683.

Hardy, E.R., *Mozley & Whitely's Law Dictionary* (Butterworths, Onceava Edición, UK, 1993).

Hart, H.L.A, *El Concepto de Derecho* (Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 2009).

_____ *Post scriptum al Concepto de Derecho*, Penélope A. Bulloch y Joseph Raz (Editores), Rolando Tamayoy Salmorán (Estudio Preliminar, traducción, notas y bibliografía), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos Nº13, México, 2000.

Hausser, A., "Los depósitos de turba en Chile y sus perspectivas de utilización", en *Revista Geológica de Chile*, Volumen 23 Nº2, diciembre 1996, pp. 217- 229.

Helfand, G. & Peyton, LJ, "A Conceptual Model of Environmental Justice", en *Social Science Quarterly*, Volumen 80, Nº1, Marzo 1999, pp. 68-83.

Hervé, D., "Hacia el establecimiento de una forma normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XX, Nº1, julio 2007, pp. 123-148

_____ "Noción y elementos de la justicia ambiental: Directrices para su aplicación en la Planificación Territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XXIII, Nº 1, julio 2010, pp. 9-36.

_____ "El desarrollo sustentable y la justicia ambiental en la Ley 19.300 y en el Proyecto de reforma a la institucionalidad ambiental" en Hervé, D., Guiloff, M. & Pérez, R., *Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y Fundamentos*, Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales (Ediciones UDP, Santiago, 2010), pp. 265-288.

Hervé, D. & Flores-Mimica, L., "Chile: Early Attempts to Develop Access and Benefit-Sharing Regulations", en Carrizosa, S., Brush, S., Wright, B. & MacGuire, P. (Eds.), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity*, IUCN Environmental Policy and Law Paper Nº54, IUCN, Gland, Switzerland & Cambridge, UK, 2004, pp. 227-241.

Hervé, D. & Urbina, C., "La naturaleza jurídica de las reducciones de emisiones. Implicancias para su transacción en los mercados global y local", en *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 25 a 27 de octubre de 2006, pp. 175-186.

Hervé, D., & Pizarro, C., "La Responsabilidad Civil derivada del Daño Ambiental. Notas sobre el caso del plomo en Arica", en *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental*, Año 1, Nº1, Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), Santiago, 2009, pp. 269-278.

Hervé, D. & Pérez, S., "Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales", en Contesse, J. (Ed.) *El Conve-*

nio de la OIT y el Derecho Chileno (Ediciones UDP, Santiago, Chile, 2011), pp. 15-101.

Hey, E., "Distributive justice and procedural fairness in global water law" en: Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, 2009), 351-370.

Hill, B., *Environmental Justice, Legal Theory and Practice* (Environmental Law Institute Press, 2009).

Holder, J., "Building Spatial Europe: An Environmental Justice Perspective", en Scott, J. (Ed.), *Environmental Protection. European Law and Governance* (Oxford University Press, 2009), pp. 92-126.

Holder, J. & Lee, M., *Environmental Protection, Law and Policy* (Cambridge University Press, Second Edition, 2007).

Hunold, C. & Young, I.M., "Justice, Democracy and Hazardous Siting", *Political Studies,* Volumen XLVI, 1998, pp. 82-95.

Isler, E., "La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores" en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Valdivia*, vol. 24, Nº2, diciembre 2011, pp. 65-89.

Iza, A. & Rovere, M.B. (Eds.), "Aspectos Jurídicos de la Conservación de los Glaciares", *Serie de Política y Derecho Ambiental Nº61,* IUCN, Gland, Suiza, 2006.

Jacobs, M. "Sustainable Development: A Contested Concept", en Dobson, A. (Ed.), *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability and Social Justice* (Oxford University Press, 1999), pp. 21-45.

Jiménez-Blanco, A., "La actividad de gestión del dominio público", en Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A., & Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo* (Editorial Ariel, Barcelona, 1990).

Juste Ruiz, J. & Bou Franch, V., "El Caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay: Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* Nº 21, España, 2011. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=295229

Kaswan, A., "Environmental Justice: Bridging the Gap between Environmental Laws and Justice", en *American University Law Review*, Volumen 47, 1997-1998, pp. 221-300.

_____ "Distributive Justice and the Environment", en *North Carolina Law Review*, Volumen 81, 2002-2003, pp. 1031-1148.

Katz, L., "Exclusion and Exclusivity in Property Law", en *University of Toronto Law Journal,* Volumen 58, pp. 275-315.

Klass, A. & Huang, L-Y., *Restoring the Trust: Water Resources and the Public Trust Doctrine. A Manual for Advocates*, Center for Progressive Reform White Paper # 908, September 2009. Disponible en: http://www.progressivereform.org/articles/CPR_Public_Trust_Doctrine_Manual.pdf

Kuehn, R., "Remedying the Unequal Enforcement of Environmental Laws", en *St. John's Journal of Legal Commentary*, Volumen 9, 1993-1994, pp. 625-668.

_____ "A Taxonomy of Environmental Justice", en 30 ELR *(Environmental Law Reporter*, 2000), pp. 10681-10703.

Laitos, J., "Judicial Protection of Private Property in Natural Resources: The American Experience" en *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 14, 1996, pp. 262-297.

_____ *The Right of Non-Use* (Oxford University Press, 2012).

Lang, W., "UN Principles and International Environmental Law", en *Max Planck Yearbook of United Nations*, volumen 3, 1999, pp. 157-172.

Larraín, S. "Aguas, Derechos Humanos y Reglas de Mercado", en Larraín, S. & Poo, P. *Conflictos por el agua en Chile. Entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado* (Programa Chile Sustentable, 2010), pp. 15-49.

Lazarus, R., "Changing conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources: Questioning the Public Trust Doctrine", en *Iowa Law Review*, Vol. 71, 1985-1986, pp. 631-716.

_____ "Distribution in Environmental Justice: Is there a Middle Ground?", en *St. John's Journal of Legal Commentary*, Volumen 9, 1993-1994, pp. 481-490.

_____ "Environmental Racism! That's what it is!" en *University of Illinois Law Review*, Volumen año 2000, pp. 255-274.

Leopold, A., *A Sand County Almanac and Sketches Here and There* (Oxford University Press, 1949).

Letelier, R., "Propiedad y Potestades Urbanísticas", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Año 2 Nº1, agosto 2001, pp. 79-91.

López Santa María, J., *Los Contratos. Parte General* (Editorial Jurídica de Chile, 1986).

Louka, E., *Fairness, Efectiveness and World Order* (Cambridge University Press, 2006).

Lowe, V., "Sustainable Development and Unsustainable Arguments", en Boyle, A. & Freestone, D. (Eds), *International Law and Sustainable Development* (Oxford University Press, 1999), pp. 19-37.

McCarthy, J., "Commons", en Castree, N., Demeritt, D., Liverman, D. & Rhoads, B. (Eds.), *A Companion to Environmental Geography* (Blackwell Publishing Ltd, 2009), pp. 498-514.

Maggio, G.F., "Inter/intra-generational Equity: Current Applications under International Law for Promoting the Sustainable Development of Natural Resources", en *Buffalo Environmental Law Journal*, Vol. 161, 1996-1997, pp. 162-223.

Magwodd, J., Williams, E.M. & Glover, S.H., "Prolonged Injustice in Urban America", en *Environmental Justice*, Volumen 3, Nº4, 2010, pp. 141-145.

Mank, B. "Chapter Two: Title VI", en Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008). Pp. 23-65.

Martín Mateo, R., *Manual de Derecho Ambiental* (Editorial Aranzadi, España, 2003).

Martínez-Alier, J., "Mining Conflicts, Environmental Justice, and Valuation", en *Journal of Hazardous Materials,* Elsevier Science, 2001, pp. 153-170.

Merrill, T. & Smith, H., "What happened to Property in Law and Economics?", en *The Yale Law Journal,* Volumen 111, 2001, pp. 357-398.

Michelman, F., "Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law" en *Harvard Law Review,* Vol. 80, 1966-1967, pp. 1202-1213.

Mickelson, K., "Competing narratives of justice in North-South environmental relations: the case of the ozone layer depletion", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, 2009), pp. 297-315.

Mirosevic, C., *Mecanismos de Participación Ciudadana en el Ordenamiento Jurídico* (Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2013).

Moderne, F., *Principios Generales del Derecho Público* (Editorial Jurídica de Chile, 2005).

Montenegro, S., "Las acciones de clase en material ambiental y su posible incorporación al régimen jurídico chileno", en *Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas, Jurisdiccionales, y Alternativas*, Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, diciembre de 2004, pp. 291-313.

Montero, J.P., "Cuotas de pesca y Libre Competencia: Consideraciones para la Nueva Ley de Pesca" en *Estudios Públicos*, Nº127 (invierno 2012), pp. 1-51.

Montt, S. *El Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización* (LexisNexis, Chile, 2002).

Mutz, K., "Mineral Development: Protecting the Land and Communities", en: Mutz, K., Bryner, G., & Kenney, D. (Eds.), *Justice and Natural Resources. Concepts, Strategies and Applications* (Island Press, Washington, Covelo, London, 2002) pp. 307-334.

Mutz, K., Bryner, G., & Kenney, D. (Eds.), *Justice and Natural Resources. Concepts, Strategies and Applications* (Island Press, Washington, Covelo, London, 2002).

National Environmental Justice Advisory Council, "Meaningful Involvement and Fair Treatment by Tribal Environmental Regulatory Programs" (Noviembre, 2004). Disponible en: http://www.epa.gov/environmentaljustice/resources/publications/nejac/ips-final-report.pdf

Navarrete, A., "Régimen jurídico de las concesiones marítimas", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 Nº4, 1998, pp. 965 y ss.

Novoa, L. & Bambach, J.P., "Uso inadecuado del régimen legal minero", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2003, Nº1, pp. 49-56.

Novoa Monreal, P., "La evolución del concepto de propiedad privada", en Novoa Monreal, E. *Nacionalización, Derecho y Propiedad (Textos escogidos)* (Universidad Arcis, Santiago, 2006), pp. 243-273.

Nussbaum, M.C., *Frontiers of Justice. Disabilities, Nationality, Species Membership* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2006).

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, 2009.

Orrego Vicuña, F., *La Antártica y sus Recursos. Problemas Científicos, Jurídicos y Políticos*, Instituto de Estudios Internacionales de Chile (Editorial Universitaria, 1983).

Ostrom, E., *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge University Press, 1990).

_____ "How types of goods and property rights jointly affect collective action", en *Journal of Theoretical Politics*, Vol. 15 (3), 2003, pp. 239-270.

Ostrom, E., Dietz, Th., Dolsak, N., Stern, P., Stonich, S., & Weber, E. (Eds), National Research Council, Committee on the Human Dimensions of Global Change, *The Drama of the Commons* (National Academy Press, 2002).

Ostrom, E., Burger, J., Field, C., Norgaard, R. & Policansky, D., "Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges, en *Science* Vol. 284, 1999, pp. 278-282.

Palma, M. & Chávez, C., "Normas y cumplimiento en Áreas de Manejo de Recursos Bentónicos. Estudio de Caso en la Región del Bío-Bío", en *Estudios Públicos* Nº103 (invierno 2006), pp. 237-276.

Parejo Alfonso, L., *Derecho Administrativo. Instituciones Generales* (Editorial Ariel, Barcelona, España, 2003).

Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. &Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo* (Editorial Ariel, Barcelona, 1990).

Parra, R., "Régimen Jurídico del Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios", en Bermúdez, J. & Hervé, D., *Justicia Ambiental, Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (LOM Ediciones, Chile, 2013), pp. 495-540.

Paterson, M., "Principles of Justice in the Context of Global Climate Change" en Luterbacher, U. & Sprinz, D. (Eds.), *International Relations and Global Climate Change* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts & London, England, 2001), pp. 119-126.

Peces-Barba, G., *Los valores superiores* (Editorial Tecnos, Madrid, 1984).

Pedersen, O. "Environmental Justice in the UK: uncertainty, ambiguity and the law", en *Legal Studies*, Vol. 31 Nº2, Junio 2011, pp. 279-304.

Penner, J.E., "The Bundle of Rights Picture of Property", en *UCLA Law Review*, Vol. 43, 1995-1996, pp. 711-820.

Peñailillo, D. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales* (Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, 2006).

Pérez-Járaba, M.D., "Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart", en *Revista de Estudios Jurídicos* nº10/2010 (segunda época), Universidad de Jaén, España. Disponible en http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543

Pogge, T., "Qué es la Justicia Global" en *Revista de Economía Institucional,* vol. 10 Nº19, segundo semestre 2008, Colombia, pp. 99-114.

Polanyi, K., *The Great Transformation. The Political and Economic Origin of our Time* (Beacon Press Books, 1944, 1957, 2001).

Posner, R., *Análisis Económico del Derecho* (Fondo de Cultura Económica, México, 1998).

Pretty, J., "Social Capital and the Collective Management of Resources" en: *Science*, Vol. 302, 2003, pp. 1912-1914.

Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Cuadernos y Debates Nº 40 (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992).

_____ *Apuntes de Teoría del Derecho* (Editorial Trotta, Cuarta Edición, Madrid, 2009).

Püschel, L. & Guijón, R., "Compensación en Biodiversidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" en *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión Ambiental Global: Presente y Futuro*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012, pp. 255-274.

Radin, M., "Property and Personhood", en *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1981-1982, pp. 957-1015.

_____ *Reinterpreting Property* (The University of Chicago Press, 1993).

Raff, M., "Environmental Obligations and the Western Liberal Property Concept" en *Melbourne University Law Review*, Vol. 22, 1998, pp. 657-692.

Rainee, J. "The Work of the International Law Commission on Shared Natural Resources: The Pursuit of Competence and Relevance", en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75, 2006, pp. 321-338.

Rajevic, E., "Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 23 Nº1, 1996, pp. 23-97.

_____ "La Propiedad Privada y los Derechos Adquiridos ante la Planificación Urbana", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 25 Nº1, enero-marzo 1998, pp. 65-112.

Raymond, L., *Private Rights in Public Resources. Equity and Property Allocation in Market-Based Environmental Policy* (Resources for the Future, Washington DC, 2003).

Rawls, J., *Teoría de la Justicia* (Fondo de Cultura Económica, México, 1995).

Raz, J., "Legal Principles and the Limits of Law", en *Yale Law Journal*, Volumen 81, 1971-1972, pp. 823-854.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española,* Tomos I y II (Vigésima Segunda Edición, 2001).

Rechtschaffen, C., "Advancing Environmental Justice Norms", en *University of Californa Davis Law Review*, Vol. 37, 2003-2004, pp. 95-125.

Reyes Riveros, J., *Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público* (Editorial Jurídica de Chile, 1960)

Ribot, J. & Peluso, N.L., "A Theory of Access", en *Rural Sociology*, Vol. 68, Nº2, June 2003, pp. 153-181.

Richardson, B. & Razzaque, J., "Public Participation in Environmental Decision-making", *en* Richardson, B. & Wood, S. (Eds.), *Environmental Law for Sustainability* (Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006), pp. 165-194.

Ríos, L. "El principio constitucional de la función social de la propiedad", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIV, Nº2, 1987, pp. 57-69.

Ríos Menéndez, A., "Turberas de la Patagonia, en la encrucijada entre desarrollo y conservación", en *Derecho Ambiental en Tiempos de Reformas*, Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 2010, pp. 257-275

Rodríguez Grez, P., *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial* (Editorial Jurídica de Chile, 1997).

Rose, C., "Possesion as the Origin of Property", en *University of Chicago Law Review*, Vol. 52, 1985, pp. 73-88.

_____ Property and Persuasion. Essays on the History, Theory and Rhetoric of Ownership (Westview Press, 1994).

_____ "Joseph Sax and the Idea of the Public Trust", en *Ecology Law Quarterly*, Vol. 25, 1998, p. 355.

_____ "Canon of Property Talk or Blackstone's Anxiety" en *Yale Law Journal*, Volumen 108, 1998-1999, pp. 601-632.

_____ "Common Property, Regulatory Property and Environmental Protection: Comparing Community-Based Management to Tradable Environmental Allowances", en: National Research Council, Committee on the Human Dimensions of Global Change, Ostrom, E., Dietz, Th., Dolsak, N., Stern, P., Stonich, S., & Weber, E. (Eds.), *The Drama of the Commons* (National Academy Press, 2002), pp. 233-257.

_____ "Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age" en *Law and Contemporary Problems*, vol. 66 (*winter-spring)*, 2003, pp. 89-110.

_____ "Repensar los controles medioambientales: Estrategias de gestión de los recursos de propiedad común", en Crawford, C. (comp.), *Derecho Ambiental y Justicia Social* (Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009), pp. 231-304.

Ryan, E., "Public Trust and Distrust: The Theoretical Implications of the Public Trust Doctrine for Natural Resource Management", en *Environmental Law*, Vol. 31, 2001, pp. 477-496.

Sabatini, F. y Sepúlveda, C. (Eds.), Conflictos Ambientales. Entre la Globalización y la Sociedad Civil (Publicaciones CIPMA, 1997).

Salgado, JM. & Gomiz, MM., Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Su aplicación en el derecho argentino (Neuquén, Argentina, 2010).

Samuelson, P., "The Pure Theory of Public Expenditure" en *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36 Nº4, 1954, pp. 387-389.

Sánchez Morón, M. (coord.), *Los bienes públicos. Régimen jurídico* (Tecnos, Madrid, 1997)

Sands, P., *Principles of International Environmental Law* (Cambridge University Press, Segunda Edición, 2003).

Santa María, J., Los valores superiores en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (Editorial Dykinson, Madrid, 1997).

Sax, J. "The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention", en *Michigan Law Review*, Vol. 68, 1969-1970, pp. 471- 566.

Schlager, E. & Ostrom, E., "Property- Rights Regimes and Natural Resources: A conceptual Analysis", en *Land Economics*, Vol. 68 (3), August 1992, pp. 249-262.

Schrijver, N., *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties* (Cambridge University Press, 1997).

Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *The Ecosystem Approach*, 2004, p. 3. Disponible en: https://www.cbd.int/doc/publications/ea-text-en.pdf

Segura Riveiro, F., *Derecho de Aguas* (LexisNexis, 2006).

Sepúlveda, P. "Zonificación del Borde Costero y Evaluación Ambiental Estratégica en la Planificación del Litoral", en Bermúdez, J. & Hervé, D., *Justicia Ambiental. Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (LOM Ediciones, Santiago, 2013), pp. 381-428.

Shelton, D., "Equity", en Bodansky, D., Brunée, J., & Hey, E. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007), pp. 640-662.

_____ "Describing the elephant: international justice and environmental law", en Ebbeson, J. & Okowa, P. (Eds.), *Environmental Law and Justice in Context* (Cambridge University Press, 2009), pp. 55-75.

Schmehl, A., "La justicia distributiva ambiental. Los problemas y principios de una asignación territorial justa de la calidad ambiental y de las opciones de utilización del medio ambiente", en Bermúdez, J. & Hervé, D., *Justicia Ambiental, Derecho e Instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero* (LOM Ediciones, Chile, 2013), pp. 67-92.

Schlosberg, D., *Defining Environmental Justice. Theories, Movements, and Nature* (Oxford University Press, 2007).

Schwarte, C. & Adebowale, M., *Environmental Justice and Race Equality in the European Union* (Capacity Global, 2007).

Shrader-Frechette, K., *Environmental Justice. Creating Equality, Reclaiming Democracy* (Oxford University Press, New York, 2002).

Singer, J.W., "The Ownership Society and Takings of Property: Castles, Investments and Just Obligations", en *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 30, 2006, pp. 309-338.

Slater, A. & Pedersen, O., "Environmental Justice: lessons on definition and delivery from Scotland", en *Journal of Environmental Planning and Management*, Vol. 52, Nº6, September 2009, pp. 797-812.

Smith, K., "How the Legal System has failed the Environmental Justice Movement", en *Journal of Natural Resources and Environmental Law,* Nº12, 1996-1997, pp. 325-343.

Spyridon, G. & LeBlanc, S.A., "The Overriding Public Interest in Privately Owned Natural Resources: Fashioning a Cause of Action", en *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 6, 1992-1993, pp. 287-316.

Stenmark, M., *Environmental Ethics and Policy Making* (Ashgate Publishing Limited, England, 2002).

Stewart, F., "Groups and Capabilities" en *Journal of Human Development*, Volumen 6, Nº2, Julio 2005, pp. 185-204.

Stone, Ch., "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects" en *Southern California Law Review* Vol. 45, 1972, pp. 450 y ss.

Ten Kate, K., Bishop, J., & Bayon, R., *Biodiversity offsets: Views, experience, and the business case*, IUCN/Insight Investment (London, UK, 2004).

The Nature Conservancy, *Servicios de Ecosistemas en América Latina. Lecciones aprendidas en agua, bosques y ecoturismo* (Cartagena de Indias, Colombia, 14-16 de febrero de 2007). Disponible en: http://www.seperu.org/uploads/3/1/7/4/3174185/servicios_ecosistemicos_en_latino_america.pdf

Ubilla, J., "La Conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación. Consideraciones desde la Teoría Social de Sistemas y el Análisis Económico del Derecho", en *Revista de Derecho Ambiental* Nº1, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, pp. XX-XX.

Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006*. *Capítulo de Medio Ambiente* (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, Santiago, 2007), pp. 161-212.

_____ *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Hechos 2007*. *Capítulo de Medio Ambiente* (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, Santiago, 2008), pp. 505-538.

_____ *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010. Hechos 2009. Capítulo de Medio Ambiente* (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, Santiago, 2010), pp. 355-379.

_____ *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2011. Hechos 2010*. Capítulo de Medio Ambiente (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, Santiago, 2011), pp. 247-264.

_____ *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2012*, *Hechos 2011.* Capítulo "Empresa, Medio Ambiente y Derechos Humanos: la zona industrial de Quintero-Puchuncaví" (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, Santiago, 2012), pp. 131-161.

_____ *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2013, Hechos 2012,* Capítulo "El derecho al agua como derecho humano: El Caso de la Provincia de Petorca" (Centro de Derechos Humanos, Ediciones UDP, 2013), pp. 255-282.

Valenzuela, L., *Análisis jurídico de las cargas y compensaciones en materia ambiental*, Memoria para acceder al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012.

Vergara, J. & Leyton, P., "Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno" en *Revista de Derecho Ambiental Nº 1*, diciembre 2003 (Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), pp. 97-117.

Vergara Blanco, A., "La Teoría del Dominio Público: El Estado de la Cuestión", en *Revista de Derecho Público,* Vol. I, Nº114, Enero-Marzo, Madrid, 1989, pp. 27-58.

_____ "Concesiones de Dominio Público y Caracterización de las Concesiones Mineras", *Revista Chilena de Derecho* Volumen 16 Nº3, 1989, pp. 777-796.

_____ "Los derechos reales administrativos: un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile", *Actas XX Jornadas de Derecho Público*, 1989, pp. 459-497.

_____ "Teoría del Dominio Público y Afectación Minera", en *Revista Chilena de Derecho,* Volumen 17 Nº1, 1990, pp. 135-159.

_____ "La propietarización de los derechos" en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV* (1991-1992), pp. 281-291.

_____ "La libre transferibilidad de los derechos de aguas. El caso chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 Nº2, 1997, pp. 369-395.

_____ "Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público", en *Ius Publicum* Nº3, Universidad Santo Tomás, 1999, pp. 73-83.

_____ "La *Summa Divisio* de Bienes y Recursos Naturales en la Constitución de 1980" en *Ius Publicum* Nº12, Universidad Santo Tomás, 2004, pp. 105-126.

Verschuuren, J. *Principles of Environmental law. The Ideal of Sustainable Development and The Role of Principles of International, European and National Environmental Law* (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Alemania, 2003).

Vicente Jiménez, T. (coord.), *Justicia Ecológica y Protección del Medio Ambiente* (Editorial Trotta, Madrid, 2002).

Villar Ezcurra, JL., *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares* (Civitas Ediciones, Madrid, España,1999).

Voigt, C., (Ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (Cambridge University Press, 2013).

_____ "The Principle of Sustainable Development. Integration and Ecological Integrity", en Voigt, C. (Ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (Cambridge University Press, 2013), pp. 146-157.

Waldron, J., "What is Private Property?", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 5, 1985, pp. 313-349.

Walker, G., Fay, H. & Mitchell, G., Environmental Justice Impact Assessment. An evaluation of requirements and tools for distributional analysis, Report for Friends of the Earth, UK, 2005. Disponible en: http://www.foe.co.uk/resource/reports/ej_impact_assessment.pdf

Watson Hamilton, J. & Banks, N., "Different Views of the Cathedral: The Literature on Property Law Theory", en McHarg, A., Barton, B., Bradbrook, A., & Godden, L. (Eds.), *Property and the Law in Energy and Natural Resources* (Oxford University Press, 2010), pp. 19-59.

Weinberg, P. "Chapter One: Equal Protection", en Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008). Pp. 3-21.

Weintraub, B., "Chapter Eight: Access to Information", en: Gerrard, M. & Foster, S. (Eds.), *The Law of Environmental Justice. Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks* (American Bar Association, Segunda Edición, 2008). Pp. 265-294.

Wescoat, J., Halvorson, S., Headington, L. & Replogle, J., "Water, Poverty, Equity and Justice in Colorado: A Pragmatic Approach", en: Mutz, K., Bryner, G., & Kenney, D. (Eds.), *Justice and Natural Resources. Concepts, Strategies and Applications* (Island Press, Washington, Covelo, London, 2002), pp. 57-85.

Westra, L. *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations. Law, Environmental Harm and the Right to Health* (Earthscan, 2006).

Wickstrom, S., "Cultural Politics and the Essence of Life: Who Controls the Water?", en Carruthers, D., *Environmental Justice in Latin America. Problems, Promise and Practice* (The MIT Press, Cambridge, Massachusets, London England, 2008), pp. 287-319.

Wiegandt, E., "Climate Change, Equity and International Negotiations", en Luterbacher, U. & Sprinz, D. (Eds.), *International Relations and Global Climate Change* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts & London, England, 2001), pp. 126-150.

William, L. & Mitchell, C., "Replacing Private Property: The Case for Stewardship", en *Cambridge Law Journal*, Vol. 55(3), noviembre 1996, pp. 566-600.

Winter, G., "Ecological Proportionality. An emerging principle of law for nature?" en Voigt, C. (Ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (Cambridge University Press, 2013), pp. 111-129.

Wissenburg, M., "An Extension of the Rawlsian Savings Principle to Liberal Theories of Justice in General", en Dobson, A., (Ed.), *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability and Environmental Justice* (Oxford University Press, 1999), pp. 425-439.

Wolford, W. "Environmental Justice and Agricultural Development in the Brazilian *Cerrado*", en Carruthers, D. (Ed.), *Environmental Justice in Latin America. Problems, Promise and Practice* (The MIT Press, Cambridge, Massachusets, London England, 2008), pp. 213-237

Wolfrum, R., "International Environmental Law: Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance", en: Morrison, F. & Wolfrum, R. (Eds.), *International, Regional and National Environmental Law* (Kluwer Law International, 2000).

Wróblewsky, J., *Sentido y hecho en el Derecho* (Editorial Fontamara, México DF, 2001).

Yamin, F. & Depledge, J. *The International Climate Change Regime. A Guide to Rules, Institutions and Procedures* (Cambridge University Press, UK, 2004).

Yannacone, V.J., "Property and Stewardship - Private Property Plus Public Interest Equals Social Property", en *South Dakota Law Review*, Vol. 23, Invierno 1978, pp. 71-148.

Young, I.M, *Justice and the Politics of Difference* (Princeton University Press, 1990).

Young, O., *Resource Regimes, Natural Resources and Social Institutions* (University of California Press, 1982).

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN EL MES DE DICIEMBRE DE 2015 EN SANTIAGO
C H I L E

View publication stats