

PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA Y UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE: LECCIONES DE LA DOCTRINA DEL **PUBLIC TRUST**

Autores principales: Carl Bauer, Michael Blumm, Verónica Delgado, Matias Guiloff, Dominique Hervé, Guillermo Jiménez, Pablo Marshall y Tomás McKay.

Fecha: Diciembre 2020



Protección de la naturaleza y una nueva Constitución para Chile:

Lecciones de la doctrina del *Public Trust*.

Publicado por The Chile California Conservation Exchange (CCCX), un programa del Chile California Council.

© 2021 Chile California Council, organización sin fines de lucro basada en California.

Derechos reservados. Se autoriza la reproducción de esta publicación con fines educativos y otros fines no comerciales sin permiso escrito previo por parte de quien ostenta los derechos de autor, siempre cuando se mencione la fuente. Se prohíbe reproducir esta publicación para la venta o para otros fines comerciales sin permiso escrito previo de quien ostenta los derechos de autor.

Primera edición, diciembre 2020.

La producción de este documento ha sido un esfuerzo colaborativo organizado por el Chile California Conservation Exchange (CCCX). Se realizó íntegramente a través de reuniones online a lo largo del año 2020.

Autores principales

Carl Bauer (*University of Arizona*)

Michael Blumm (*Lewis & Clark School of Law*)

Verónica Delgado (*Universidad de Concepción*)

Matias Guiloff (*Universidad Diego Portales*)

Dominique Hervé (*Universidad Diego Portales*)

Guillermo Jiménez (*Universidad Adolfo Ibañez*)

Pablo Marshall (*Universidad Austral de Chile*)

Tomás McKay (*Chile California Conservation Exchange*)

Además de los autores principales, en este proyecto ha participado un variado grupo de académicos e investigadores de Estados Unidos y Chile. Quienes aparecen en este listado no necesariamente están de acuerdo con la integridad del informe, pero todos han contribuido a las discusiones y al proceso de elaboración del informe.

Colaboradores en Chile

Fernando Atria, Cristóbal Barros, Javiera Calisto, Ezio Costa, Javier Couso, Valentina Durán, Diego Pablo Gaete, Felipe Guerra, Carolina Jarpa, Ignacio Martínez, Manuel Prieto, Francisca Reyes, Macarena Soler, Ana Lya Uriarte y Juan Andrés Varas.

Colaboradores en California

Matías Alcalde, Ralph Benson, Richard Frank, Charles Lester, Jennifer Lucchesi, Felicia Marcus, David Tecklin, Mary Wood y Lorena Zenteno

Gracias especiales a los consejos y entusiasmo de:
Herbert "Beto" Bedolfe, Hugo Echavarría y Charles Wilkinson

Enlace con Universidad Diego Portales y Proyecto Contexto (<https://plataformacontexto.cl/>): Dominique Hervé
Representante del Chile California Council: Matías Alcalde
Co-directores del Chile California Conservation Exchange: Ralph Benson y Tomás McKay

Diseño

Sophie Barroilhet

Fotografía portada

Point Reyes National Seashore, California. Por Nicole YC



El Chile California Conservation Exchange (CCCX)
es un programa del Chile California Council.

PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA Y UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE: LECCIONES DE LA DOCTRINA DEL *PUBLIC TRUST*.



udp

contexto+

ABSTRACT

Con el patrocinio del **Chile California Conservation Exchange** y de la **Universidad Diego Portales**, a través del **Proyecto Contexto**, este informe tiene por objeto examinar las lecciones que el proceso constituyente chileno puede extraer de la doctrina del *public trust* en los Estados Unidos para una protección constitucional más robusta de la naturaleza. Como respuesta a una profunda crisis política y social, Chile ha iniciado un proceso de elaboración de una Nueva Constitución que ha generado altas expectativas en la población, especialmente en materia de protección medioambiental. Este informe muestra que la constitución actual presenta deficiencias en esta materia que no han permitido una protección del medio ambiente y de los bienes naturales suficientemente robusta. Con esto en consideración, el informe investiga si la doctrina del *public trust* puede proveer elementos para remediar las imperfecciones de la actual constitución. Esta doctrina sostiene que ciertos elementos de la naturaleza están sujetos a una obligación especial por parte del gobierno, de administrarlos y protegerlos en beneficio del público. El informe describe las características centrales de esta doctrina en Estados Unidos, su evolución jurisprudencial y cómo se ha incluido en textos constitucionales en estados como Hawaii y Pensilvania. El informe es consciente de las diferencias institucionales y culturales entre Estados Unidos y Chile, y por eso compara críticamente la doctrina del *public trust* con doctrinas similares en Chile, como la del dominio público y de la función social de la propiedad. También se analizan los desafíos de implementación que tendría una cláusula inspirada en la doctrina del *public trust* en Chile, particularmente en términos de las funciones de la legislatura, la administración y los tribunales. El informe concluye proponiendo una cláusula constitucional de protección de la naturaleza que establezca un deber irrenunciable del Estado de garantizar (1) la protección, el acceso y el uso de la naturaleza por parte de toda la población, incluyendo a las generaciones futuras y, en caso que lo último resulte imposible, que este uso siempre sea en su beneficio; y (2) la integridad de los ecosistemas.

ABSTRACT	1
TABLA DE CONTENIDOS	2
RESUMEN EJECUTIVO	3
INTRODUCCIÓN	5
PRIMERA PARTE	
LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA EN CHILE Y EL PROCESO CONSTITUYENTE	6
1. La oportunidad del proceso constituyente	7
2. El medio ambiente como proceso constitucional	8
3. La actual Constitución Chilena y la protección del medio ambiente	9
SEGUNDA PARTE	
LA DOCTRINA DEL PUBLIC TRUST	12
1. Resumen y Conceptos Claves	13
2. Fallos Claves y Razonamiento Judicial sobre la Doctrina del Public Trust. California y Mono Lake	14 15
3. Expresiones Constitucionales de la Doctrina del Public Trust en los Estados Unidos: Pensilvania y Hawaii Pensilvania Hawaii	17 17 18
TERCERA PARTE	
¿CÓMO LA DOCTRINA DEL PUBLIC TRUST PUEDE AYUDARNOS A PROTEGER LA NATURALEZA EN CHILE?	20
1. La Doctrina del Public Trust para Chile	21
2. Comparación de la Doctrina del Public Trust y la Regulación Chilena La doctrina de los Bienes Nacionales de Uso Público La función social de la propiedad	22 22 23
3. La Doctrina del Public Trust incrementaría la Protección Ambiental en la Nueva Constitución	24
CUARTA PARTE	
IMPLEMENTACIÓN	25
1. ¿Cómo implementar la Doctrina del Public Trust en Chile?	26
2. Comparación de los Sistemas Legales de Estados Unidos y Chile El Rol de la Legislatura en Estados Unidos y Chile El Rol del Ejecutivo y la Administración en Estados Unidos y Chile Los Tribunales Ambientales y sus Poderes	26 26 27 28
3. Adaptación y Aplicabilidad de la Doctrina del Public Trust en Chile	29
CONCLUSIONES	31
BIBLIOGRAFÍA	32

RESUMEN EJECUTIVO

La **doctrina del *public trust*** revierte los paradigmas de la protección ambiental, empoderando a los ciudadanos respecto a los bienes ambientales de su país y entregando a los gobernantes la responsabilidad de velar por la correcta administración y preservación de estos bienes, en la calidad de guardianes de aquellos en beneficio de toda la población, incluidas las generaciones futuras. Esta doctrina es un principio fundamental introducido en las leyes de California, algunos estados de los Estados Unidos y otros países.

La doctrina del *public trust* es un concepto legal de siglos de antigüedad que sostiene que ciertos elementos de la naturaleza están sujetos a una obligación especial por parte del gobierno, de administrarlos y protegerlos en beneficio del público. Esta relación se llama un *trust* en el inglés jurídico. Según los principios básicos del derecho privado en EE.UU., un *trust* tiene tres componentes: (1) una “res” (palabra latina que se refiere a los activos, recursos, o propiedad que son sujetos al *trust*); (2) un *trustee* (la persona o entidad que tiene un nivel especial de responsabilidad, un deber fiduciario, para administrar la “res” en beneficio de un “beneficiario”); y (3) un “beneficiario”.

En el caso de la doctrina del *public trust*, la res serían los elementos de la naturaleza involucrados; el *trustee* es el gobierno, sea de la nación o de un estado, ya que ambos tienen soberanía; y el *beneficiario*, que es el público en general dentro de la nación o del estado, incluyendo las generaciones futuras.

Inicialmente, la doctrina del *public trust* se aplicaba sólo a las aguas navegables y zonas intermareales, manteniéndolos abiertos al uso público y evitando monopolios privados. Sin embargo, durante los últimos 50 años en los Estados Unidos y en diversos otros países, el alcance y contenido de la *res* del *public trust* se han ampliado para incluir lagos,

humedales, peces y vida silvestre, parques, playas, agua dulce, incluidas las aguas subterráneas y los servicios ecosistémicos.

Si bien existen diferencias institucionales y culturales entre Estados Unidos y Chile, la doctrina del *public trust* tiene similitudes con otras doctrinas en Chile, como la del dominio público y de la función social de la propiedad. Hoy en Chile no existe una cláusula legal que establezca de manera clara e inequívoca un deber activo de los órganos del Estado de velar por la protección del medio ambiente, así como por el acceso y uso público de los elementos de la naturaleza, en beneficio común. En un país como Chile, que sigue la tradición legal continental, el establecimiento expreso de tal deber, en la norma de mayor jerarquía, implicaría contar con dos posibilidades que las normas actualmente existentes no ofrecen. Por una parte, un título para que el legislador y los órganos administrativos puedan adoptar decisiones que protejan el medio ambiente y los recursos naturales en ejercicio de sus potestades de regulación y de gestión. Por otra, y pensando en los tribunales u otro órgano que cuente con atribuciones de control, un parámetro contra el cual se podrían contrastar las actuaciones de los operadores estatales que inciden sobre estos recursos.

La consagración de la doctrina del *public trust* en una nueva Constitución, de la manera en que ha sido establecida en las constituciones de algunos estados de Estados Unidos, como Pensilvania y Hawaii, es con seguridad el medio más propicio para establecer un deber de esta naturaleza y contar con las posibilidades de intervención y control que él propicia. De proceder así, se garantiza una relativa estabilidad en la protección de la naturaleza, dada la rigidez comparativa de las disposiciones constitucionales. Asimismo, y considerando que las normas constitucionales orientan la aplicación de las

normas legales y administrativas, se asegura también una mayor incorporación de las consideraciones estrictamente ambientales en la toma de decisiones por parte de los órganos del estado.

Las cláusulas utilizadas han tenido un impacto importante, dentro de los países que las contemplan, en cómo los tribunales y las demás ramas de gobierno conciben sus deberes de protección de la naturaleza. Sin perjuicio de las importantes diferencias institucionales y culturales entre Chile y Estados Unidos, una nueva cláusula constitucional que se inspire en la doctrina del public trust permitirá fortalecer la protección medioambiental. Esta cláusula establecería **un deber irrenunciable del Estado de garantizar (1) la protección, el acceso y el uso de la naturaleza por parte de toda la población, incluyendo a las generaciones futuras y, en caso de que lo último resulte imposible, que este uso siempre sea en su beneficio; y (2) la integridad de los ecosistemas.** Además de ser compatible con las doctrinas e instituciones jurídicas chilenas tradicionales, esta propuesta refuerza los deberes del Estado de proteger la naturaleza en beneficio de toda la población y las generaciones por venir, ampliando sus facultades para acomodar con suficiente flexibilidad los distintos intereses en juego.

La primera acción objeto de este deber sirve para garantizar, por ejemplo, el acceso de los habitantes a bienes tan preciados como las playas, que habitualmente se usan exclusivamente por los dueños de propiedades colindantes a ellas. A su vez, establece un constreñimiento sustantivo ante la más que probable eventualidad que la ley, dada la condición de escasez de un recurso, decida asignar su uso y explotación de manera exclusiva y excluyente a un privado. Ese constreñimiento consistirá en que, si bien esa decisión no se encontrará en principio prohibida, sólo se podrá adoptar en la medida que se establezcan regulaciones y condiciones que propendan al beneficio del público, como, por ejemplo, compensaciones con las que el privado deberá retribuir al público o condiciones que garanticen efectivamente la protección del interés público no obstante el establecimiento de un uso privativo.

Por su parte, la segunda consagra una obligación que con certeza impactará al adoptar decisiones en materia de regulación, gestión y fiscalización ambiental. Esa influencia vendrá dada porque el órgano decisor ya no podrá, como hasta ahora, prescindir de los efectos que genera una acción, tal como el otorgamiento de un permiso ambiental o de un derecho de aguas, sobre el ecosistema en que repercute. Dicho de manera más directa, al momento de decidir cómo actuar, la decisión ya no se centrará únicamente en la protección del derecho de propiedad privada que tiene el que quiere realizar una actividad o pueda verse afectado por la regulación ambiental, sino que también en cómo el ejercicio de su derecho puede afectar el entorno. Con el tiempo, esto debiera redundar en una gestión de los recursos naturales realizada sobre la base de criterios ecosistémicos. Y por ello, la cláusula que aquí se propone puede incluirse perfectamente junto a las otras normas sobre protección ambiental, como la asociada a la garantía del derecho a un ambiente sano, o el reconocimiento de principios como el de sostenibilidad o de justicia ambiental.

Por otra parte, esta cláusula complementa y no entra en conflicto con la que podría ser una mejor regulación del dominio público y de la propiedad privada sobre los componentes de la naturaleza en la constitución. Respecto a los recursos naturales de propiedad privada, la cláusula que se propone permite integrar una correcta interpretación de las limitaciones que se puedan imponer en relación a la función social de la propiedad, la que, debería regularse de manera general sin especificar qué comprende. De esta manera se dejaría de entender, cómo ocurre hasta ahora, que ella es una causal que excepcionalmente permite imponer limitaciones y no más bien una idea a partir de la cual debe explicarse la propiedad privada y su régimen. Ella es un principio, parte de su esencia y que, por ende, la configura activamente. En cuanto a los recursos naturales de dominio público, la doctrina del *public trust* es consistente con la finalidad del interés público que éste comprende e impone al Estado no sólo una potestad para definir su acceso y uso, sino que también un deber activo de protegerlos.

INTRODUCCIÓN

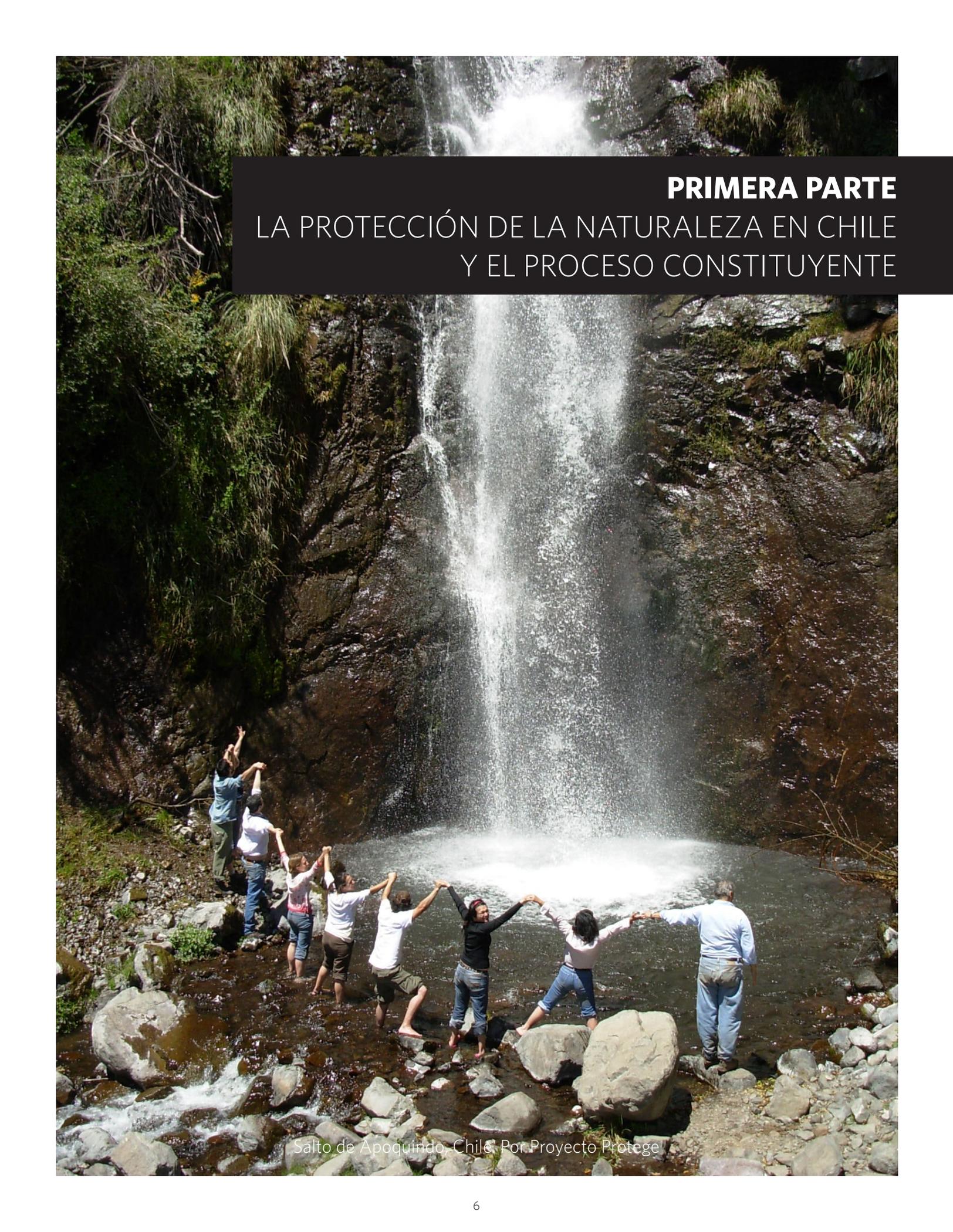
Al momento de concluir el primer borrador de este texto se cumple un año de los bien conocidos hechos sucedidos en Chile a partir del 18 de octubre de 2019. Esa fecha marcó también el inicio del tercer congreso del *Chile California Conservation Exchange*, en Marshall, California. En este empeño se han compartido por tres años experiencias entre Chile y California en relación con el cuidado y manejo del medio ambiente. Esta experiencia ha impactado en la creación de una nueva ley de costas, nuevas leyes ambientales, mejora en las prácticas filantrópicas y la creación de estándares en la conservación ambiental, entre otras cuestiones. Sin involucrar militancias hemos logrado reunir políticos, ONGs, académicos y otras organizaciones con el desafío específico de caminar hacia un país más inclusivo, resiliente y consciente de sus valores ambientales. Así, desde un principio, pensamos en una nueva constitución como una oportunidad para avanzar en esta dirección. En medio de la crisis chilena detonada en octubre pasado y pensando en qué aporte se podría hacer desde California, apareció la idea de llevar la exitosa institución de la doctrina del *public trust* a Chile. Esta doctrina revierte los paradigmas de la protección ambiental, empoderando a los ciudadanos respecto a los bienes ambientales de su país, entregando a los gobernantes la responsabilidad de velar por la preservación de estos bienes, en la calidad de guardianes de aquellos. La doctrina del *public trust* impone al estado la obligación de proteger y administrar los bienes ambientales en beneficio de toda la población, incluidas las generaciones futuras. Esta doctrina es un principio fundamental introducido en las leyes de California y en varios otros estados de los Estados Unidos y otras naciones.¹

A partir de marzo de 2020 se comenzó a armar un grupo multidisciplinario capaz de hacer el puente entre la regulación de Estados Unidos y la chilena con relación a la doctrina del *public trust*. Esto requería un esfuerzo colectivo importante, tanto en recolectar la experiencia adquirida en Estados Unidos, como de identificar las dificultades de aplicación en Chile, considerando a la vez los posibles conflictos de traducción, tanto en el idioma como en los sistemas legales. Con este objetivo reunimos expertos de primer nivel en derecho constitucional y ambiental tanto de Estados Unidos como de Chile. En Chile, 16 abogados de 8 universidades de todo el país se han involucrado por más de cuatro meses en lograr la traducción de esta doctrina, que consideramos un aporte al debate de una nueva constitución y un avance en la protección a largo plazo del medio ambiente.

Para cuando este texto se termina, la opción “apruebo” ya ha ganado el plebiscito del 25 de octubre de 2020 con una avasalladora mayoría, superior al 78%. Los niveles más altos de aprobación se dieron en las 10 comunas de las llamadas “Zonas de Sacrificio” donde los porcentajes superaron el 89%, lo que demuestra un anhelo de cambios profundos que no pueden seguir esperando.

Este proyecto es el fruto de un trabajo colectivo y desinteresado que tiene como objetivo introducir los criterios de la doctrina del *public trust* en las discusiones constitucionales en curso en Chile para mejorar el uso, la gestión y cuidado de nuestro medio ambiente en beneficio de todos los chilenos y las generaciones por venir.

1 Blumm y Guthrie (2011)



PRIMERA PARTE
LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA EN CHILE
Y EL PROCESO CONSTITUYENTE

Salto de Apoquindo, Chile. Por Proyecto Protege

1. La oportunidad del proceso constituyente

Chile, considerado hasta hace poco una de las democracias más estables de la región, vivió a fines del año 2019 la revuelta más radical y violenta desde que se recuperó la democracia en el país en el año 1990. Para muchos, la crisis fue completamente inesperada. Muchos otros, sin embargo, habían advertido que Chile se dirigía a un colapso social inminente. Las profundas desigualdades estructurales fueron aplacadas durante las primeras dos décadas tras el retorno a la democracia con la promesa de que ésta entregaría bienestar a todos los sectores. Sin embargo, durante la última década, inaugurada por las masivas protestas estudiantiles del año 2011, el malestar social empezó a incubarse hasta desencadenar manifestaciones que sólo fueron aplacadas por el inicio de la pandemia del COVID-19.

Con el fin de recuperar la paz y la estabilidad, los partidos políticos han acordado transversalmente un proceso constituyente cuyo resultado podría ser una nueva constitución redactada por un órgano constituyente diferente al Congreso Nacional. El acuerdo del 15 de noviembre de 2019, que fue posteriormente transformado en una reforma constitucional, contempla un proceso con tres etapas. La primera de ellas consistió en la realización de un plebiscito para determinar si la ciudadanía quiere una nueva constitución o no. El mismo plebiscito tuvo por objeto determinar el tipo de órgano que redactará la nueva constitución. Las alternativas fueron, por un lado, una Convención Constitucional, integrada totalmente por miembros electos por la ciudadanía, conforme a un sistema electoral especialmente creado al efecto que incluye paridad de género; y, por otro lado, la Convención Constitucional Mixta, que se integraría tanto por miembros electos como por parlamentarios actualmente en ejercicio. Esta primera etapa tuvo lugar recientemente, mediante el plebiscito del 25 de octubre de 2020, en el que la ciudadanía decidió con un 78 % de aprobación, iniciar el proceso de redacción de una nueva constitución a través de una Convención Constitucional.

Es así como se ha dado paso a la segunda etapa del proceso constituyente. En abril de 2021 se realizarán elecciones para seleccionar los miembros de la Convención la que sesionará durante 9 meses (con la posibilidad de extenderse a otros 3 meses) con la única función de redactar un nuevo texto constitucional. Los acuerdos de la Convención sobre el nuevo texto constitucional serán adoptados por dos tercios (2/3) de los miembros de esta, lo que requiere de amplios consensos en relación con los contenidos que se incluirán en la nueva constitución, pero que al mismo tiempo garantiza que ningún contenido será impuesto por un sector sobre otro sector relevante del espectro político. Una vez acordado el texto final de la nueva constitución, la Convención se disolverá. Esto dará paso a la última etapa del proceso constituyente que consiste en la realización de un nuevo plebiscito en que el texto acordado por la Convención será plebiscitado para que sea la ciudadanía quien tenga la última palabra. La ciudadanía decidirá si quiere o no adoptar el texto constitucional redactado por la Convención como una nueva constitución para Chile. De ganar la opción apruebo, el nuevo texto reemplazará la actual constitución, de ganar la opción "rechazo", la Constitución de 1980 seguirá vigente.

La necesidad de una nueva constitución es una cuestión que ha sido discutida intensamente durante los últimos 10 años. Incluso el gobierno anterior de Michelle Bachelet inició un proceso constituyente que se desarrolló entre 2015-2018 y que, sin embargo, no llegó a reemplazar la Constitución vigente. Que la respuesta de los partidos políticos a la crisis social haya sido un acuerdo para crear una nueva constitución es indiciario



del rol que ésta ha cumplido desde el retorno a la democracia en mantener una institucionalidad que, por un lado, ha limitado la sensibilidad del sistema político a las demandas sociales de la ciudadanía, y, por otro lado, ha protegido de manera muy intensa los intereses de los grupos económicos. En este escenario es que se inserta la pregunta sobre la protección del medio ambiente.

2. El medio ambiente como tema constitucional

La demanda por mayor y mejor protección del medio ambiente se ha venido materializando en el país desde al menos el año 2004, cuando los movimientos sociales manifestaron su descontento a propósito del caso de la muerte de cisnes en el santuario Carlos Anwandter de la ciudad de Valdivia, que habría sido producida por contaminación proveniente de una empresa de celulosa. Esa causa y sus repercusiones significaron un cambio en la valoración social sobre las cuestiones ambientales, lo que se vio reflejado primero en los programas presidenciales y luego en fallos judiciales, cambios institucionales y otras causas ambientales, destacando la campaña que apuntaba en especial a evitar la construcción del proyecto HidroAysén, un proyecto que contemplaba 5 centrales hidroeléctricas de embalse en los ríos Baker y Pascua, en la Patagonia chilena. Por su parte, los fallos judiciales comenzaron a sucederse con mayor frecuencia a favor del medio ambiente desde la causa Campiche (2010) en adelante, cuando la Corte Suprema cambió su manera de abordar los conflictos ambientales, dando paso a una revisión intensa de los expedientes, moderando su deferencia respecto a los expertos de la Administración. El cambio institucional, en tanto, llegó de la mano de la Ley 20.417 de 2010 que modificó sustantivamente la institucionalidad ambiental, creando el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, para luego introducir los Tribunales Ambientales, mediante la Ley 20.600 de 2012.

Los cambios institucionales no han alcanzado, sin embargo, a generar impactos de relevancia, por lo que la ciudadanía ha seguido demandando mayor protección ambiental. De ello dan cuenta diversas investigaciones, entre las que destacan (i) la de Carranza et al.(2020), que identifica 238 conflictos socioambientales generados por proyectos de inversión entre 2008 y 2018², (ii) el mapa de conflictos socio ambientales del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que a la fecha considera la existencia de 118 conflictos a lo largo del país³ y una encuesta que en 2019 ponía a Chile como el país del mundo (estudiado) en que existe una peor percepción sobre el estado del medio ambiente, con un 80% de las personas que consideran que está en estado malo o muy malo.⁴

Esta percepción se ha manifestado en el plano específicamente constitucional, con una inusitada fuerza. A pesar de no haber existido ningún tipo de organización al respecto, ni un llamado específico relacionado con el tema ambiental, el proceso constituyente liderado por Michelle Bachelet arrojó entre sus resultados que la protección del medio ambiente fue uno de los conceptos preferidos y más nombrado en las instancias de participación ciudadana (individual, local, provincial y regional) y en todas las categorías (principios, deberes

2 Carranza y otros (2020).

3 <https://mapaconflictos.indh.cl/#/>

4 <https://www.ipsos.com/es-cl/chile-es-el-pais-en-que-mas-ha-crecido-la-preocupacion-por-el-cambio-climatico>

y derechos), cuestión que no sucedió con ningún otro concepto discutido en dicha instancia. Se replicó el fenómeno en los cabildos autoconvocados que tuvieron lugar en diversos puntos del país luego del estallido social de octubre de 2019, donde si bien la búsqueda de información es más compleja, lo que se ha podido pesquisar es que al menos un 65% de dichos cabildos se habrían referido al medio ambiente entre sus temas prioritarios.⁵

3. La actual Constitución Chilena y la protección del medio ambiente

Que la protección del medio ambiente se haya instalado como un tema importante en la agenda constituyente, es sintomático de la deficiente protección de la actual institucionalidad y la pobre preocupación de la constitución vigente respecto de los componentes naturales del medio ambiente como un elemento central en el desarrollo de nuestro país y de la supervivencia de las generaciones por venir. Para entender este déficit e identificar avenidas para superarlo en el contexto de una nueva constitución es importante conocer la regulación constitucional relativa a la protección del medio ambiente. Para ello, se debe atender a dos categorías o grupos de normas relevantes. Por una parte, las normas constitucionales destinadas a la protección ambiental y, por la otra, las normas que integran el régimen jurídico de propiedad de los recursos naturales.⁶ Es importante advertir que la Constitución alude al medio ambiente y al patrimonio ambiental en general, refiriéndose a sus elementos naturales y que, en cambio, la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente lo define como un sistema integrado además por componentes artificiales y socioculturales.

Con respecto a la protección ambiental, la norma principal es aquella que consagra el derecho fundamental individual a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, asociado, como se verá, a un deber de protección por parte del Estado, que se encuentran contenidos en el artículo 19 N° 8 inciso 1º, que establece: “La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”. Este derecho se acompaña de un recurso de protección ambiental que permite que cualquier persona que se vea afectada directamente en el ejercicio de su derecho, por un acto u omisión ilegal de una autoridad o persona determinada, pueda ir a una corte de justicia y exigir protección para que se ordene el restablecimiento del imperio del derecho (artículo 20, inciso 2º).

En segundo lugar, -y esto es relevante respecto a la doctrina del *public trust*- la norma constitucional considera expresa, pero escueta y vagamente, que el Estado tiene el deber de “tutelar la preservación de la naturaleza”. Se trata de una cláusula limitada que se aplica sólo a los elementos naturales del ambiente y que no se ha impuesto a todas las personas naturales y jurídicas sino sólo al Estado.⁷ En todo caso, en la práctica, el Estado incorpora la protección ambiental en la gestión sectorial de los recursos naturales (como el forestal, pesquero, o aguas) cuando las normas legales le imponen obligaciones o deberes precisos.

5 Francisca Reyes en Seminario “Una Constitución Ecológica como vía hacia Mejores Políticas Ambientales”. https://www.youtube.com/watch?v=Gbzfm0SUBmA&ab_channel=ONGFIMA

6 Ver al respecto, Hervé (2015) y Hervé y López (2020).

7 Si bien, para alguna literatura, este deber constriñe las decisiones que puede adoptar el Estado relativas al uso y explotación de los recursos naturales (Guiloff y Moya, 2020), en la práctica, esta norma integra -en palabras de Galdámez (2019)- el conjunto de las llamadas cláusulas ambientales “dormidas” de la constitución.



En tercer lugar, la Constitución establece una cláusula que permite resolver conflictos entre el derecho al medio ambiente y otros derechos fundamentales, lo que suele suceder respecto del derecho de propiedad y el derecho a desarrollar actividades económicas. Para estos casos, la Constitución ha establecido la posibilidad de restringir otros derechos fundamentales para proteger el medio ambiente disponiendo en el inciso 2º del mismo artículo 19 N° 8 que “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

En cuarto lugar, la Constitución establece un límite interno al contenido de la propiedad privada, al considerar la función social de la propiedad, en virtud de la cual podrían por ley imponerse limitaciones, sin derecho a indemnización, fundadas en la “conservación del patrimonio ambiental”. Pero la aplicación de estas limitaciones, si bien ha sido controvertida, con ya varias sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad, no ha constituido un argumento relevante para desarrollar un ordenamiento jurídico nacional de protección ambiental que se imponga por sobre los derechos patrimoniales individuales. Quizás la principal debilidad de este grupo de normas que tienen el objetivo de proteger el medio ambiente radica en que no incorporan una dimensión pública de la protección ambiental que incluya un interés colectivo - y difuso- además de un interés individual, pues solo las personas individuales pueden reclamar en base a este régimen constitucional y sólo podrán hacerlo si se han visto afectadas directamente en sus intereses. Y adicionalmente, como se verá, el legislador no ha impuesto muchas limitaciones o restricciones a las otras garantías, como la libertad económica y la propiedad, especialmente por la sobrevalorada protección de esta última.

Respecto de la segunda categoría de normas constitucionales relevantes para la protección del medio ambiente, esto es, el llamado “orden público económico”, cabe mencionar en particular, la garantía del artículo 19 N° 23, inciso 1º, que establece: “La Constitución asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”. A través de esta disposición constitucional se consagra, como regla general, la libre apropiación de los bienes, constituyendo de esa manera el derecho de propiedad privada sobre los recursos naturales la regla general en nuestro sistema jurídico. La excepción a esta regla general son los bienes “que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres” y aquellos “que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”. Por lo tanto, la excepción a la regla es que los recursos naturales sean de dominio público. Quien determina que algunas categorías de bienes se excluyan de la libre apropiabilidad es el legislador.

Se ha establecido una regla excepcional para una categoría de recursos naturales: los recursos minerales. Expresamente, la Constitución señala que el Estado tiene “el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas” (Artículo 19 N° 24, inciso 6º). La propiedad de las aguas, en cambio, no está regulada en la Constitución, sino que es el Código de Aguas -y el Código Civil desde mucho antes- el que establece que el agua es un bien nacional de uso público. Lo mismo se puede decir respecto de otras categorías de recursos naturales como son aquellos que pertenecen al borde costero o, también, la energía geotérmica. Junto con esta disposición clave para entender el dominio de los recursos naturales, la Constitución agrega la garantía de la propiedad privada sobre los derechos de uso que ejercen los particulares sobre las aguas y los recursos minerales. Es decir, en su rol de titular de ciertos recursos naturales, el Estado puede permitir a los

particulares su uso y aprovechamiento, lo que se hace a través de las denominadas “concesiones de dominio público”. Respecto de los recursos minerales, se trata de “concesiones mineras”. En el caso de las aguas se las ha denominado “derechos de aprovechamiento de aguas”. Respecto de estas concesiones es que la Constitución, en su artículo 19 N° 24 inciso 11, ha garantizado la propiedad privada.

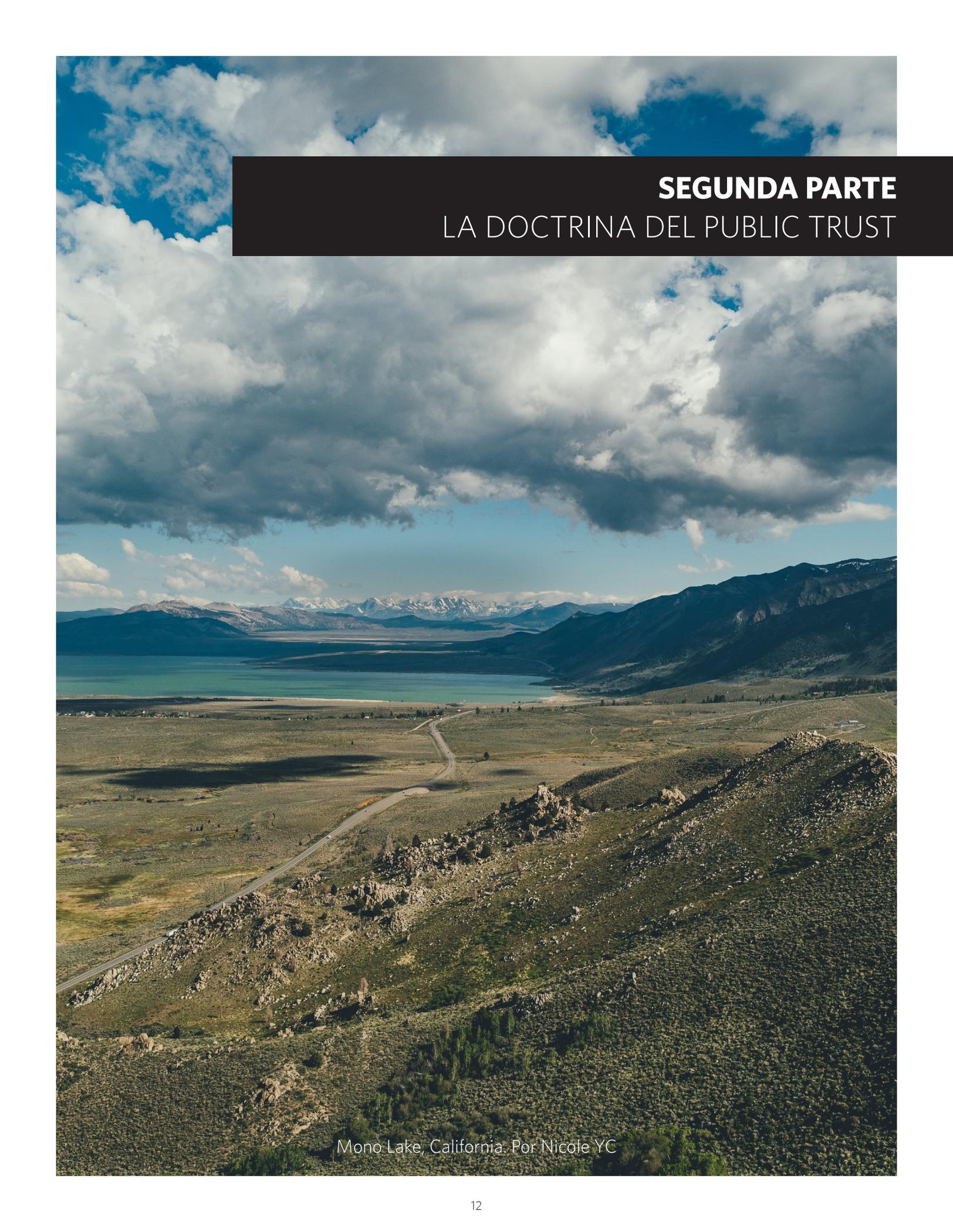
Esta fórmula constitucional es clave para entender el régimen jurídico de gestión de los recursos naturales y de protección del medio ambiente, puesto que ha permitido restringir indebidamente las potestades del Estado en el ejercicio de estas funciones. En el caso del agua, esto es evidente, pues, por ejemplo, la autoridad -en base al Código de Aguas- otorga estos derechos de manera gratuita, sin la obligación de respetar el uso para el cual fueron otorgados, sin posibilidad de ser revisados o limitados en razón del interés público y además, de manera perpetua⁸. Esto ha permitido la configuración de un Estado administrador de ciertos recursos naturales que son de titularidad pública y respecto de los cuales no tiene atribuciones suficientes para definir los límites de su uso y aprovechamiento, impactando directamente en su capacidad de velar por la protección de la naturaleza frente a los derechos de propiedad privada de los particulares sobre el uso de los recursos naturales⁹; al extremo que se ha sostenido que el Código de Aguas, no es un código para las aguas, sino para los “derechos” de aprovechamiento de aguas. El núcleo dogmático del derecho de aguas actual no considera la protección de las aguas y se concentra sólo en su aprovechamiento, las libertades de uso y la defensa de la propiedad.¹⁰

Como se ha descrito el escenario en que pretendemos contribuir está dado por, primero, un escenario político de crisis, que ha dado paso a una salida institucional a través de un proceso constituyente; segundo, por la proliferación de conflictos ambientales y el malestar manifiesto de la ciudadanía respecto del déficit de protección del medio ambiente por parte del Estado; y tercero, por un diagnóstico jurídico-constitucional en que las disposiciones constitucionales no sólo no habilitan sino que en la práctica han impedido una protección robusta del medio ambiente y los bienes naturales. Ello ha sucedido en un contexto global en que la protección del medio ambiente ha sido levantada como una necesidad urgente para la sostenibilidad de la vida en el planeta, en general, y de las futuras generaciones de humanos en particular. La idea de una justicia intergeneracional ha impulsado, desde esta última perspectiva, reclamos frente a la falta de medidas de defensa del medio ambiente. El desarrollo de la protección ambiental bajo el alero de la doctrina del *Public Trust* podría ofrecer herramientas para el diseño de una regulación constitucional que dé respuesta al problema que hemos identificado mediante la utilización de la oportunidad que nos brinda el proceso constituyente en curso.

8 Perpetuidad que -como advierte Hervé (2015)- implica en la práctica la privatización del recurso natural. La protección de la propiedad de estos derechos, en la Constitución, ha servido como argumento para defender “la protección de la intangibilidad de los derechos de aguas” (Vergara, 2002) y, por ello finalmente, salvo contadas excepciones, la autoridad de aguas, sólo está dotada de facultades ambientales generales o herramientas más bien “laterales” de protección, lo que ha derivado en que la obligación estatal de protección, se encuentre “a la deriva” hasta ahora (Costa, 2016).

9 Además de todo lo anterior, no resulta infrecuente que, acogiendo interpretaciones de la dogmática y jurisprudencia constitucional, la esfera del derecho de propiedad privada se vea ampliada aún más, y reduzca, consiguientemente, el poder del Estado para proteger los recursos naturales. Es lo que ha sucedido en materia de regulación del uso de las aguas, donde el entendimiento del derecho de propiedad privada como un absoluto, ha bloqueado, las más de las veces, cualquier intento de reforma que busque proteger la sustentabilidad de este recurso. Análoga situación se ha presentado en materia de recursos pesqueros, ámbito en el cual la comprensión de las autorizaciones de pesca como bienes incorpóreos amparados por el derecho de propiedad privada, ha dilatado la adopción de reformas necesarias para la sustentabilidad de ellos o se ha utilizado como único criterio para determinar su asignación (Guiloff, 2015).

10 Ver Delgado (2019).



SEGUNDA PARTE
LA DOCTRINA DEL PUBLIC TRUST

Mono Lake, California. Por Nicole YC

1. Resumen y Conceptos Claves

Habiendo explicado el proceso constitucional en curso en Chile y su potencial relación con la protección del medio ambiente, miraremos más de cerca la doctrina del *public trust* y el valor que podría tener integrar este concepto en la Constitución chilena.

La doctrina del *public trust* es un concepto legal de siglos de antigüedad - se puede remontar al derecho romano¹¹ y la carta magna inglesa¹² - que sostiene que ciertos elementos de la naturaleza están sujetos a una obligación especial por parte del gobierno, de administrarlos y protegerlos en beneficio del público. Esta relación se llama un *trust* en el inglés jurídico. No hay que confundir la palabra *trust* en su sentido jurídico con la misma palabra en el lenguaje común, la que se traduce como "confianza." En este paper ocupamos la palabra *trust* en su significado jurídico.

Según los principios básicos del derecho privado en EE.UU., un *trust* tiene tres componentes: (1) una "res" (palabra latina que se refiere a los activos, recursos, o propiedad que son sujetos al *trust*); (2) un *trustee* (la persona o entidad que tiene un nivel especial de responsabilidad, un deber fiduciario, para administrar la "res" en beneficio de un "beneficiario"); y (3) un "beneficiario".

En el caso de la doctrina del *public trust*, la *res* serían los elementos de la naturaleza involucrados; el *trustee* es el gobierno, sea de la nación o de un estado, ya que ambos tienen soberanía; y el beneficiario es el público en general dentro de la nación o del estado, incluyendo las generaciones futuras. Los elementos de la naturaleza específicos que constituyen la "res" pueden variar de un estado a otro.

Inicialmente, la doctrina del *public trust* se aplicaba sólo a las aguas navegables y zonas intermareales, manteniéndolos abiertos al uso público y evitando monopolios privados. Sin embargo, durante los últimos 50 años en los Estados Unidos y en diversos otros países, el alcance y contenido de la *res* del *public trust* se han ampliado para incluir lagos, humedales, peces y vida silvestre, parques, playas, agua dulce, incluidas las aguas subterráneas y los servicios ecosistémicos.

La doctrina del *public trust* se deriva de la soberanía del gobierno, tal como otra potestad que en EE.UU. se conoce como "*police power*." El *police power* es la potestad del gobierno de regular los derechos de propiedad para propósitos de la salud y el bienestar públicos. La palabra *police* aquí se entiende de manera más amplia que "policía". La doctrina del *public trust* le da al gobierno una potestad complementaria al referirse a una especie de propiedad pública. Si bien el *police power* otorga al gobierno la *autoridad* para tomar medidas que preserven y protejan los recursos naturales, la doctrina del *public trust* impone también *obligaciones* al gobierno de hacerlo.

11 Las Institutas de Justiniano declararon en el siglo VI que "estas cosas son por ley natural comunes a todos: el aire, el agua que fluye, el mar y, por consiguiente, las orillas del mar". Los tribunales de todo el mundo han basado su propia jurisprudencia de la doctrina del *public trust* en las raíces reconocidas en el Código Justiniano del siglo VI y sus predecesores en el Imperio Romano.

12 La Carta Magna inglesa de 1215 reconoció los derechos públicos en las aguas navegables, iniciando una evolución y expansión de los *public trusts* res que continúa hasta nuestros días. Además de vincular la doctrina del *public trust* a las aguas navegables, los ingleses introdujeron el concepto del soberano como *trustee* de estas aguas. El papel del soberano como *trustee* y las aguas navegables como propiedad común a todos son los pilares de la doctrina del *public trust* en los Estados Unidos.



Esta doctrina -desarrollada desde hace ya varios siglos- permite hoy prevenir el establecimiento de monopolios privados, garantizando que los recursos del *public trust* no se regalen y que estén protegidos de impactos significativos desde el punto de vista ambiental. Además, aun cuando los elementos de la naturaleza sujetos a la doctrina del *public trust* son inalienables y de dominio público, esta doctrina permite la convivencia con ciertos derechos privados de uso. La relación y el balance entre derechos privados y el interés público son precisamente el tema central de la doctrina del *public trust* y para entender estos conceptos, razonamientos legales y esta convivencia con derechos de propiedad privada, se presentarán los dos fallos judiciales más importantes en esta área.

Aunque en muchas jurisdicciones la doctrina del *public trust* es una obligación implícita impuesta al soberano y reconocida por los tribunales -lo que supone un sistema judicial independiente que dé una amplia posibilidad de presentar casos por parte del público y así permitir que los tribunales supervisen que el gobierno proteja los componentes o ecosistemas del *public trust*-, en otras se reconoce explícitamente en el lenguaje constitucional, legislativo o reglamentario. Una ventaja de incluir explícitamente la doctrina del *public trust* en la constitución, particularmente en Chile, es que todos los órganos del estado estarían a cargo de su aplicación e implementación y no dependería únicamente del poder judicial, dadas las diferencias existentes entre ambos sistemas, como se detalla más adelante.

2. Fallos Claves y Razonamiento Judicial sobre la Doctrina del Public Trust.

El caso más importante en la jurisprudencia de la doctrina del *public trust* en Estados Unidos es el caso *Illinois Central Railroad v. Illinois* (1892), en el que la Corte Suprema de los EE.UU. anuló una ley del Estado de Illinois que había otorgado a una empresa privada de ferrocarriles el dominio de parte del lecho del Lago Michigan dentro del puerto de Chicago. Cuatro años después de dicha ley, la legislatura del Estado aprobó otra ley que revocó la transferencia del dominio, sin indemnizar a la empresa. La Corte Suprema confirmó la revocación sin indemnización con el argumento de que la legislación inicial era nula. El Estado tiene un dominio del terreno o lecho bajo las aguas navegables, una especie de dominio público que no se puede enajenar nunca, porque está siempre sujeto a ciertos deberes para con el público. Ese deber irrenunciable del gobierno se llama el *public trust*.

El *trust* "requiere que el gobierno del Estado preserve dichas aguas [navegables] para el uso del público. El *trust*... sólo se puede cumplir a través de la administración y control de la propiedad sobre la cual el público tiene un interés, y no puede ser renunciado a causa de una transferencia de la propiedad. El control del Estado para propósitos del *trust* no se puede perder nunca.... El Estado no puede renunciar a su *trust*...así como tampoco puede renunciar a su *police power* en la administración del gobierno y la preservación de la paz."¹³

Este caso de 1892 ilustra la potencia de la doctrina del *public trust* al imponer una restricción a la capacidad del gobierno para entregar el control monopólico de los recursos sujetos al *public trust* a la industria privada.

13 *Illinois Central Railroad v. Illinois* (1892), 146 U.S. 387, 453-454.

California y Mono Lake

Otro caso fundamental sobre la doctrina del *public trust* fue el de la Corte Suprema de California en 1983: *National Audubon Society v. Superior Court of Alpine County*, conocido popularmente como *el fallo de Mono Lake* y que dice relación con la protección de los diversos servicios que presta este lago como ecosistema versus los derechos de privados para extraer agua.¹⁴

El caso tenía que ver con el sistema del Acueducto de la Ciudad de Los Ángeles, que se abastece del Río Owens, de una cuenca al lado oriental de la Sierra Nevada, mediante un trasvase de más de 300 kms de distancia. El acueducto original se construyó en los 1910s y desde entonces se han exportado aguas del Valle Owens a Los Ángeles. El Lago Mono se ubica en la cuenca vecina del Río Owens, también al lado oriental de la cordillera.

Posteriormente, el Departamento de Agua y Energía de Los Ángeles compró derechos ribereños de aguas en cuatro afluentes al lago y en 1940 solicitó derechos de apropiación adicionales a la *State Water Board*, agencia análoga a la Dirección General de Aguas en Chile. La *Water Board* advirtió de los impactos previsibles en el nivel del Lago Mono al desviar sus afluentes, pero dijo que la Ley de Aguas del Estado fijó el uso doméstico como la prioridad superior, y por tanto se otorgaron los derechos.

“Es lamentable que los planes de la Ciudad vayan a resultar en reducir las ventajas estéticas de la Cuenca Mono pero al parecer no hay nada que esta oficina pueda hacer para impedirlo.”¹⁵

La exportación de agua del Valle Owens aumentó notablemente en la década de 1970 después que Los Ángeles construyó un segundo tubo del acueducto y empezó a desviar los cuatro afluentes mencionados (junto con extraer muchas aguas subterráneas del Valle Owens). Los impactos ambientales en el Lago Mono no se dejaron esperar, al caer su nivel, y un grupo de ONGs ambientalistas fueron a los tribunales, tanto estatales como federales, en 1979-1980. En este caso, una Corte Federal le consultó a la Corte Suprema de California sobre las leyes del Estado que controlan los derechos de aguas.

La pregunta legal era, ¿cuál es la relación entre el sistema de derechos de agua de apropiación y la doctrina del *public trust*? Bajo el supuesto que fueran contradictorios, ¿cuál de los dos domina al otro si entran en conflicto?

Fue notable la argumentación de la Corte. Primero, resumió tres elementos de la doctrina del *public trust*:

- Propósito: Sus propósitos han cambiado en el tiempo. Históricamente fueron navegación, comercio y pesca; ahora incluyen recreación y ecología;

14 National Audubon Society v. Superior Court of Alpine County (1983) 33 Cal.3d 419.

15 Ibid, p.428.



- Alcance: Al proteger las aguas navegables, la doctrina del *public trust* afecta también las aguas no navegables que están conectadas;
- El Estado tiene tanto la potestad como el deber de proteger las aguas navegables. “El *public trust* es más que una afirmación del poder del estado a ocupar la propiedad pública para propósitos públicos. Es una afirmación del deber del estado de proteger la herencia común del pueblo en cuerpos de agua.”¹⁶

Segundo, la Corte resumió el sistema de derechos de aguas de apropiación, el que fue establecido en California en el Siglo XIX y después codificado en la Ley de Aguas de 1913, la que estableció la *Water Board* (*Water Commission Act*). La Corte subrayó la importancia de una enmienda a la Constitución del Estado en 1928, la que dice, en el fondo, que *no hay derecho adquirido a un uso de agua no razonable*. La cláusula constitucional sigue vigente en el día de hoy, y requiere que el uso de agua sea “razonable y beneficioso...en el interés del público y para el bienestar público.”¹⁷ Según la Corte, la Constitución “establece la política hídrica del Estado. Todos los usos de agua, incluyendo los usos del *public trust*, deben ahora conformarse al estándar de *uso razonable*.” La Corte agregó que las potestades y responsabilidades de la *Water Board* se habían incrementado gradualmente en el período desde 1940, cambios aprobados por el gobierno y por los tribunales.

Al final la Corte se negó a elegir entre las dos doctrinas, concluyendo que ambas tienen elementos esenciales para la planificación y asignación de aguas y que son compatibles y no contradictorias. Se trataba de “*buscar un ajuste*” (*seek an accommodation*) entre las reglas y principios de ambas doctrinas, de manera equilibrada y pragmática. Por un lado:

“El Estado como soberano retiene el control de supervisión sobre sus aguas navegables y las tierras debajo de esas aguas. Este principio, fundamental al concepto del *public trust*...impide que alguien pueda adquirir un derecho de extraer agua de manera perjudicial a los intereses protegidos por el *public trust*.”¹⁸

Por otro lado, la Corte no cuestionaba la significativa infraestructura hídrica del Estado, con trasvases de larga distancia autorizadas legalmente por el sistema de derechos de apropiación, a pesar de sus innegables impactos ambientales negativos:

“Como asunto de necesidad histórica y actual, la Legislatura ...tiene la potestad de otorgar concesiones de uso para sacar aguas de los ríos y usarlas en un lugar distante del estado, aun cuando...pueda perjudicar inevitablemente los usos del *trust* en la fuente. La población y economía de este estado dependen de la apropiación de vastas cantidades de aguas para usos no vinculados a los valores ecológicos [*in-stream*] del *trust*.”¹⁹

Al final el ajuste al que llegó la Corte sirvió para flexibilizar el sistema y fortalecer una perspectiva histórica de más largo plazo:

16 Ibid, p.441.

17 Constitución de California, Artículo 10, Sección 2.

18 National Audubon Society v. Superior Court of Alpine County (1983) 33 Cal.3d 419, 445.

19 Ibid, p.446.

“Al ejercer su potestad soberana de asignar los recursos hídricos de acuerdo al interés público, el estado no está restringido a las decisiones de asignación del pasado, las que pueden ser incorrectas a la luz del conocimiento actual, o inconsecuentes con las necesidades actuales...”

“Los usos humanos y ambientales del Lago Mono – usos protegidos por la doctrina del *public trust* – merecen ser tomados en cuenta. Dichos usos no deberían ser destruidos porque el estado pensó erróneamente que carecía del poder para protegerlos.”²⁰

De acuerdo al Prof. Michael Blumm, el razonamiento de la Corte en *Mono Lake* demuestra que la doctrina del *public trust* no atenta contra la propiedad privada en general, sino que busca acomodar la relación entre derechos privados y derechos públicos con respecto a determinados recursos, especialmente las aguas.²¹

Después del fallo *Mono Lake*, la *Water Board* ha invocado con frecuencia la doctrina del *public trust*, muchas veces en conjunto con el artículo constitucional sobre el *uso razonable* del agua, para fundamentar sus decisiones que requieren que ciertas aguas permanezcan en un curso de agua determinado por razones ecológicas. Durante la última década, especialmente durante los años recientes de sequía, el estado ha invocado la doctrina del *public trust* para proteger los flujos ecológicos de agua, imponer requisitos de conservación de emergencia y desarrollar objetivos de conservación a largo plazo.

3. Expresiones Constitucionales de la Doctrina del *Public Trust* en los Estados Unidos: Pensilvania y Hawaii

Algunos estados han incluido la doctrina del *public trust* en sus constituciones. Revisemos los dos casos de Pensilvania y Hawaii.

Pensilvania

El pueblo de Pensilvania, en un referéndum público de 1971, ratificó una Enmienda de Derechos Ambientales a su Constitución por un margen de casi 4 a 1. El lenguaje, en tres frases, captura la esencia de la doctrina del *public trust*.

“Las personas tienen derecho al aire limpio, al agua pura y a la preservación de los valores naturales, paisajísticos, históricos y estéticos del medio ambiente. Los recursos naturales públicos de Pensilvania son propiedad común de todas las personas, incluidas las generaciones futuras. Como *trustee* de estos recursos, [el Estado] deberá conservarlos y mantenerlos para el beneficio de todo el pueblo”.²²

Además, la Constitución de Pensilvania comienza con una declaración de “*ciertos derechos inherentes e irrenunciables que poseen todos los miembros del público*”²³, incluyendo los derechos a la propiedad, la libertad religiosa y de expresión, y el derecho a la protección de los recursos naturales públicos.

20 Ibid, pp.446, 452.

21 Blumm (2010).

22 Pa. Const. art. I § 27.

23 Pa. Const. art. I, § 1.



En 2012, la Corte Suprema de Pensilvania interpretó este lenguaje constitucional para restringir las revisiones de la legislatura estatal de la Ley de Petróleo y Gas del Estado. La nueva legislación buscaba promover el “fracking” de gas natural al reemplazar a las leyes de zonificación del gobierno local. La Corte decidió que el reemplazo del control local sobre la explotación mineral violaba la doctrina del *public trust*.²⁴ El tribunal tomó nota de la historia de degradación ambiental en el estado que llevó a la constitucionalización de la doctrina del *public trust* en 1971:

“Los redactores y los ciudadanos del Estado quienes ratificaron la Enmienda de Derechos Ambientales, conscientes de esta historia, articularon los derechos del pueblo y los deberes del gobierno con el pueblo en términos amplios y flexibles que permitirían no solo una protección reactiva sino también anticipada del medio ambiente en beneficio de las actuales y futuras generaciones. Además, los deberes de los *trustees* públicos se delegaron de manera concomitante a todos los poderes y niveles del gobierno en reconocimiento de que la calidad del medio ambiente es una tarea con implicaciones tanto locales como estatales...”²⁵

Hawaii

El Estado de Hawaii codificó la doctrina del *public trust* en su Constitución en 1978 de la siguiente manera:

“Para el beneficio de las generaciones presentes y futuras, el Estado y sus subdivisiones políticas conservarán y protegerán la belleza natural de Hawaii y todos sus recursos naturales, incluida la tierra, el agua, el aire, los minerales y las fuentes de energía, y promoverán el desarrollo y la utilización de estos recursos de manera acorde con su conservación y la promoción de la autosuficiencia del Estado. Todos los recursos naturales públicos son mantenidos por el Estado en beneficio de toda la población.”²⁶

La Constitución agrega en otra parte que el “Estado tiene la obligación de proteger, controlar y regular el uso de los recursos hídricos de Hawaii en beneficio de su pueblo.”²⁷

Quizás la interpretación más notable de la adopción de la doctrina del *public trust* por parte de la Constitución hawaiana se refiere a una disputa sobre el desvío de agua subterránea para su uso agrícola a gran escala, en detrimento de pequeños agricultores nativos hawaianos. La controversia condujo a una decisión histórica en el caso de *Waiahole Ditch*, en el que la Corte Suprema de Hawaii determinó que “la simple lectura de estas disposiciones manifiesta la intención de los redactores de incorporar la noción de *public trust* en nuestra constitución.”²⁸ El tribunal decidió que el propósito básico del *trust* es “reservar el recurso para el uso y

24 Robinson Township v. Commonwealth, 83 A.3d 901 (2013).

25 Robinson Township v. Pennsylvania, 83 A.3d 901 (Pa. 2013).

26 Hi. Const., art. XI § 1.

27 Id., art. XI § 7.

28 Waiahole Ditch, 9 P.3d pág. 443.

acceso del público en general sin preferencia ni restricción”²⁹ . Definiendo el alcance de *public trust* para que se extienda más allá de los usos tradicionales de la pesca, la navegación y el comercio para incluir usos recreativos y escénicos, protección de la ecología de las aguas en su estado natural, uso doméstico del agua y el ejercicio de los derechos tradicionales y consuetudinarios del pueblo nativo hawaiano,³⁰ el tribunal enfatizó que los propósitos del *public trust* pueden cambiar en el tiempo, pero permanece “el deber del estado de preservar los derechos de las generaciones presentes y futuras”.³¹ La doctrina del *public trust* en Hawaii se extiende por lo tanto a los derechos de agua y todas las aguas subterráneas, así como a todos los demás recursos naturales: Es “un principio fundamental del derecho constitucional en Hawaii”.³² La importancia de constitucionalizar los *public trusts* en Hawaii y Pensilvania radica en parte en el hecho de que no está sujeta a derogación o disminución por parte de la legislatura o agencias gubernamentales.

29 Id. pág. 450.

30 Id. pág. 448-49.

31 Id. pág. 453.

32 Id. pág. 445.



TERCERA PARTE

¿CÓMO LA DOCTRINA DEL PUBLIC TRUST PUEDE AYUDARNOS A PROTEGER LA NATURALEZA EN CHILE?

Machali (VI Región), Chile. Por Nicolás Lobos

1. La Doctrina del *Public Trust* para Chile

Como hemos señalado, el proceso constituyente en curso es una oportunidad única para incorporar una mayor protección constitucional al medio ambiente, especialmente sus componentes naturales pues, hasta ahora, la Constitución de 1980 no ha sido exitosa en garantizar una protección adecuada. Un camino para reforzar esta protección es identificar experiencias exitosas utilizadas por otros países para lograr un balance más equilibrado entre la actividad económica, el respeto a la propiedad privada y la protección de nuestros recursos naturales y del medio ambiente en general. La experiencia norteamericana en esta materia ofrece la doctrina del *public trust*, de la cual se pueden obtener insumos para diseñar una cláusula de protección de la naturaleza en la nueva Constitución.

Como viéramos en la segunda parte, la doctrina del *public trust* puede describirse como una forma de protección de ciertos elementos de la naturaleza, considerados de “interés público”, mediante el deber activo e irrenunciable del estado (cualquiera sea el órgano) de administrar y/o supervigilar que el uso que de ellos se haga, garantice el beneficio común de la población actual y futura, pudiendo además, limitar las actividades que en ellos se desarrollen, sin derecho a indemnización. A su vez, la doctrina comprende el derecho de los ciudadanos a reclamar su aplicación ante los tribunales. Para De Armenteras³³ esta doctrina, con el paso de los años, pasó de ser invocada para evitar el cercamiento y privatización de ciertos bienes, para hoy transformarse en un instrumento jurídico clave para la protección ambiental.

La implementación de esta institución se ha dado, principalmente, mediante el desarrollo jurisprudencial, algo que es propio de la cultura jurídica norteamericana. Esta forma de implementación, en contraste a una implementación administrativa o legislativa, es probablemente una de las notas características de la doctrina del *public trust*, aunque también se revisaron los textos constitucionales en que los estados de Pensilvania y Hawaii ya reconocen expresamente esta doctrina como una norma central para la protección del medio ambiente y sus componentes.

Desde el punto de vista del derecho chileno, que se inserta en la tradición continental, es necesario distinguir entre el aspecto sustantivo de la doctrina del *public trust* y los aspectos de su implementación que, como ya señalamos, en Estados Unidos ha transcurrido a través de una evolución jurisprudencial. Debemos advertir que la cultura jurídica continental concede un rol mucho más limitado a los jueces en la formulación de políticas públicas que la cultura jurídica de los Estados Unidos. En general las políticas públicas son diseñadas legislativamente, y su implementación es asumida por la administración pública. Por otro lado, los jueces tienden a adoptar una actitud muy cautelosa respecto del impacto público de sus decisiones y en general los remedios que pueden ser obtenidos judicialmente no tienen efectos generales o más allá del caso concreto que se conoce.

Esta distinción entre el objeto de la doctrina del *public trust* o su aspecto sustantivo y las formas en que se ha implementado, invita a llevar a cabo un análisis separado de estos dos aspectos. Por un lado, responder



la pregunta sobre si sustantivamente la doctrina del public trust es una herramienta que podría servir para el fortalecimiento de la protección constitucional del medio ambiente y los recursos naturales, especialmente considerando un contexto en que se discutirá el texto de una nueva constitución. Por otro lado, cuáles son, considerando los diferentes contextos institucionales y de cultura jurídica, las formas de implementar el aspecto sustantivo de la doctrina del *public trust*. Sobre la base de esta distinción, esta parte del trabajo se enfocará en dos tareas. La primera cuestión es abordada en esta parte del texto, la segunda cuestión se abordará en la siguiente parte.

Para abordar la cuestión sustantiva, en esta parte del texto identificamos las normas de la constitución vigente que dicen relación con la protección del medio ambiente y los recursos naturales que, aunque no del todo idénticas a la doctrina del *public trust*, creemos que cumplen funciones similares. Ellas son las disposiciones que tratan sobre los bienes nacionales de uso público y las limitaciones a la propiedad privada fundadas en su función social, respectivamente. Ambos temas han tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial en nuestro país que permiten una comparación con la doctrina del *public trust* y la identificación de elementos comunes y diferencias. Ello permitirá considerar a continuación la cuestión de si la incorporación de la doctrina del *public trust* supondría una eventual mejora de la protección constitucional actualmente establecida.

2. Comparación de la Doctrina del Public Trust y la Regulación Chilena.

La doctrina de los Bienes Nacionales de Uso Público

La doctrina del dominio público en Chile presenta notorias similitudes con la doctrina del *public trust*. Ambas hacen referencia a un grupo de bienes o recursos que son asignados a la autoridad estatal para que los destine a una determinada finalidad. La titularidad pública de estos bienes, por lo tanto, los excluye de la propiedad privada y obliga al estado a regirse por un régimen jurídico distinto en su gestión. Esto es importante pues implica que la autoridad no puede disponer de estos recursos a su arbitrio, sino que debe administrarlos para preservarlos en el tiempo de tal manera que continúen cumpliendo el fin público que motivó su asignación.

Sin embargo, existe una diferencia importante entre la doctrina del dominio público y las cláusulas que en algunos estados de Estados Unidos han constitucionalizado la doctrina del *public trust*. Esta diferencia consiste en que **la doctrina del dominio público no está establecida de forma directa en la constitución chilena**. Si bien existe una referencia a los bienes “que deban pertenecer a la Nación toda”, ella constituye una mera excepción a la libre apropiabilidad de todos los bienes. En efecto, tal disposición no incorpora la intensidad del rol que tiene el Estado a través del dominio público. En consecuencia, se puede sostener que la Constitución chilena no impone al Estado un deber activo de proteger la naturaleza y velar por la finalidad pública inherente a los bienes naturales que la componen. Ella simplemente permite que la ley excluya ciertos bienes de la libre apropiabilidad privada.

La Constitución chilena no indica qué bienes forman parte del dominio público. La determinación de qué bienes lo constituyen queda entregada a la ley, la que puede destinar (“afectar”) recursos al dominio público, pero también puede levantar esa destinación (“desafectar”). Los únicos bienes que se encuentran asignados

constitucionalmente al dominio público son los recursos mineros, de acuerdo al artículo 19 N° 24 inciso 6. Esta propiedad estatal es declarada como absoluta, exclusiva, inalienable e imprescriptible.

Fernando Atria y Constanza Salgado recientemente han insistido en la importancia que tiene la preservación de una finalidad para la doctrina del dominio público. Ellos explican que “El dominio público [...] es la forma que utiliza el derecho para destinar ciertos bienes a fines de interés general. Su objeto, en términos generales, es que dichos bienes que forman parte del dominio público puedan servir al fin para el cual fueron específicamente destinados y que, por tanto, no estén subordinados a lo que arbitrariamente decidan eventuales propietarios, como sucede con los bienes privados”.³⁴ Como se puede observar, entonces, ellos enfatizan las limitaciones que esta doctrina implica respecto de la explotación privada de esta categoría de bienes.

Insistiendo en lo que otros autores denominan el elemento normativo de la doctrina, Atria y Salgado explican que “[p]ara lograr estos objetivos [públicos], los bienes que forman parte del dominio público (i) son extraídos del comercio privado, es decir, del mercado, y (ii) se hacen inapropiables por parte de los particulares”.³⁵ Así, nos recuerdan que estos recursos están sometidos a un régimen público distinto al derecho privado y que, en consecuencia, son inalienables, inembargables e imprescriptibles.³⁶

Sin embargo, como se revisó por ejemplo, en el caso del agua, bien nacional de uso público, la perpetuidad con que se entregan los derechos de aprovechamiento de aguas, ha transformado al agua en un bien privado; unido a que la autoridad tiene escasas herramientas legales de protección ambiental y, a mayor abundamiento, la interpretación exacerbada de la intangibilidad de la propiedad sobre los derechos de agua reconocida por la Constitución, ha bloqueado permanentemente toda reforma al sistema que pretenda imponer limitaciones.

La función social de la propiedad

Una segunda doctrina constitucional chilena comparable con la doctrina del *public trust* es la doctrina de la función social de la propiedad privada. En efecto, una de las concepciones de la doctrina del *public trust* ha destacado su función defensiva en la medida que provee un argumento a favor del gobierno contra reclamos de expropiación regulatoria³⁷. En este sentido, la doctrina establece que la propiedad privada sobre un recurso sujeto a *public trust* no debe ser compensada si es regulada para mantener los propósitos del *public trust*. En sentido similar, como se explica a continuación, la doctrina de la función social de la propiedad provee una legitimación constitucional para regulaciones públicas de la propiedad privada sobre toda clase de bienes.

La Constitución chilena permite dos intervenciones sobre la propiedad privada en el artículo 19 N° 24 que asegura su protección: la privación y la limitación. En primer lugar, la Constitución permite que la autoridad prive a un particular de su propiedad a través de la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional autorizada por ley general o especial (artículo 19 N° 24 inciso 3°). Dado que la expropiación supone un enriquecimiento del patrimonio del Estado, la Constitución exige una indemnización.

34 Atria y Salgado (2015).

35 Ibid, p.50.

36 La literatura chilena está de acuerdo en las características básicas de la doctrina del dominio público. Véase por ejemplo Vergara (1999) y Montt (2002).

37 Rose (1998), p.358.



En segundo lugar, la Constitución permite que la ley imponga limitaciones y obligaciones sobre la propiedad privada, exigiendo que ellas deriven de su función social (artículo 19 N° 24 inciso 2°). De este modo, el concepto de función social ofrece un punto de apoyo para que el legislador concilie o acomode los intereses generales y los intereses de los propietarios a través de regulaciones generales. Una característica distintiva de las limitaciones basadas en la función social es que ellas no son indemnizables, es decir, deben ser soportadas por el titular del derecho afectado sin compensación económica. Sin embargo, ello no excluye que, para aquellos casos extremos donde la limitación es manifiestamente injusta y desproporcionada, ella pueda considerarse inconstitucional por vulnerar el principio del igual reparto de las cargas públicas.³⁸

De esta manera, la doctrina de la función social de la propiedad sirve como justificación de regulaciones no indemnizables de la propiedad en una forma similar a la doctrina del *public trust*. Además, como se ha indicado, la función social incorpora dentro de sus componentes la idea de “conservación del patrimonio ambiental”, lo que acentúa los paralelos con la doctrina del *public trust*. Sin embargo, cabe resaltar que una limitación importante de la función social es que ella opera defensivamente, justificando regulaciones estatales de la propiedad, pero sin imponer un deber de acción. En otras palabras, la función social no impone un deber positivo de actuar para proteger el medio ambiente o destinar los recursos naturales a un determinado fin.

3. La Doctrina del Public Trust Incrementaría la Protección Ambiental en la Nueva Constitución.

Así, entonces, ha quedado en evidencia la brecha de protección ambiental existente en el sistema legal chileno: no existe una cláusula legal que establezca de manera clara e inequívoca un deber activo de los órganos del Estado de velar por la protección del medio ambiente, así como por el acceso y uso público de los elementos de la naturaleza, en beneficio común. En un país como Chile, que sigue la tradición legal continental, el establecimiento expreso de tal deber, en la norma de mayor jerarquía, implicaría contar con dos posibilidades que las normas actualmente existentes no ofrecen. Por una parte, un título para que el legislador y los órganos administrativos puedan adoptar decisiones que protejan el medio ambiente y los recursos naturales en ejercicio de sus potestades de regulación y de gestión. Por otra, y pensando en los tribunales u otro órgano que cuente con atribuciones de control, un parámetro contra el cual se podrían contrastar la actuación de los operadores estatales que inciden sobre estos recursos.

La consagración de la doctrina del *public trust* en una nueva Constitución, de la manera en que ha sido establecida en las constituciones de algunos estados de Estados Unidos, como Pensilvania y Hawaii, es con seguridad el medio más propicio para establecer un deber de esta naturaleza y contar con las posibilidades de intervención y control que él propicia. De proceder así, se garantiza una relativa estabilidad en la protección de la naturaleza, dada la rigidez comparativa de las disposiciones constitucionales. Asimismo, y considerando que las normas constitucionales orientan la aplicación de las normas legales y administrativas, se asegura también una mayor incorporación de las consideraciones estrictamente ambientales en la toma de decisiones por parte de los órganos del Estado.

CUARTA PARTE IMPLEMENTACIÓN



Longuimay (Región IX), Chile. Por Jorge Garrido



1. ¿Cómo Implementar la Doctrina del *Public Trust Doctrine* en Chile?

Esta parte del trabajo busca despejar, considerando los diferentes contextos institucionales y de cultura jurídica, las formas de implementar el aspecto sustantivo de la doctrina del *public trust* tratado anteriormente. Para ello, primero se advierten las diferencias entre los sistemas jurídicos en cuestión, para luego identificar cuáles son las mejores vías de implementación de la doctrina del *public trust* en Chile.

2. Comparación de los Sistemas Legales de Estados Unidos y Chile.

El Rol de la Legislatura en Estados Unidos y Chile

La legislatura en Chile ha sido históricamente relativamente lenta para regular varios problemas sociales. En áreas cruciales de la política social, económica y medioambiental la reacción legislativa suele ser tardía y débil. Por ejemplo, el Código de Aguas ha sido escasamente modificado desde su dictación en la década de 1980, a pesar del acuerdo transversal de la necesidad de reformas sustantivas. El sistema de seguros de salud privado es otro buen ejemplo. A pesar de miles de acciones constitucionales en contra del sistema desde hace más de una década, la legislatura ha sido incapaz de introducir una reforma global al sistema. Cuando la legislatura actúa y regula un asunto, suele hacerlo con regulaciones generales y de principio que requieren complementación por la vía administrativa.

Algunas de las causas de la lentitud de la legislatura chilena tienen relación con restricciones constitucionales como la exigencia de altos quórum para regular aspectos de la administración pública y los tribunales (artículos 38 y 77), y la concentración de iniciativa legislativa en el Presidente de la República. Otra causa importante del relativo letargo en la producción legislativa es la constante amenaza de un Tribunal Constitucional que ha interpretado históricamente de forma restrictiva el ámbito de lo constitucionalmente permitido especialmente en materia económica.

La actividad legislativa del Congreso Federal de los Estados Unidos también se caracteriza por ser relativamente lenta por la existencia de varias instancias de bloqueo y varias disfuncionalidades del sistema político. Sin embargo, existe una válvula de escape a nivel de los estados, en donde existen legislaturas que pueden ser bastante activas en materia ambiental, ordenación territorial y política social. De esta forma, existe un mecanismo que permite mayor actividad y experimentación legislativa a pesar del bloqueo a nivel federal. Dado la naturaleza unitaria del Estado, en Chile no existe un equivalente que remedie los problemas de inactividad legislativa del Congreso Nacional.

En conclusión, no es aconsejable confiar excesivamente en que una norma constitucional con un lenguaje vago y no suficientemente determinado en cuanto a las conductas que prescribe será ágilmente implementada por la legislatura en Chile. Es necesario generar incentivos para que la actividad legislativa se produzca o bien establecer una norma que pueda ser aplicada al menos parcialmente sin necesidad de desarrollo legislativo posterior.

El Rol del Ejecutivo y la Administración en Estados Unidos y Chile.

Tanto Chile como Estados Unidos poseen regímenes de gobierno presidenciales. El poder presidencial chileno es tradicionalmente considerado como mayor que el de su contraparte estadounidense tomando en cuenta su enorme influencia sobre el proceso legislativo. Sin embargo, en ambas jurisdicciones el sistema presidencial genera problemas de capacidad de aprobar legislación cuando el Congreso y el Presidente están bajo el control de distintos partidos políticos.

El enorme poder presidencial en Chile podría llevar a pensar que posee amplias facultades para regular asuntos a través de su propia potestad reglamentaria. En efecto, existen interpretaciones de la Constitución de 1980 en el sentido de que existiría una extensa potestad reglamentaria autónoma que le permitiría al Presidente dictar normativa con independencia del Congreso. Sin embargo, en la práctica raramente el Presidente de la República emplea esta potestad pues ha sido interpretada restrictivamente por los tribunales y la doctrina mayoritaria. Además, el Tribunal Constitucional durante la década de 1990 también interpretó estrictamente la potestad reglamentaria del Presidente para implementar legislación (“potestad reglamentaria de ejecución”) a través de la doctrina de la reserva de ley, es decir, la obligación de regular por ley -y no meramente mediante normas administrativas- ciertas materias. Adicionalmente, en Chile las normas reglamentarias deben pasar un control jurídico a cargo de la Contraloría General de la República antes de ser promulgadas. Este control ha sido históricamente bastante formalista, reconociendo un limitado espacio para la experimentación e innovación reglamentaria. En consecuencia, si bien relevante, el poder reglamentario del Presidente es menos robusto de lo que sugiere la naturaleza fuertemente presidencial del sistema político chileno.

El poder reglamentario en Chile, por lo tanto, contrasta con Estados Unidos en donde el poder normativo del Poder Ejecutivo parece ser bastante amplio al menos desde que la *non-delegation doctrine*³⁹ dejó de ser invocada por los tribunales. En efecto, es inusual que en Estados Unidos un tribunal considere que es inconstitucional que el Congreso delegue ampliamente la regulación de una materia a la administración, mientras que en Chile el riesgo de declaración de inconstitucionalidad por infracción de la reserva de ley está permanentemente amenazando la regulación administrativa.

Las agencias reguladoras en Chile son comparativamente más débiles que en EE.UU. Especialmente en los últimos años el Tribunal Constitucional ha empleado una doctrina que rechaza que la legislación concentre poderes adjudicativos, normativos y sancionatorios en agencias administrativas en materia de protección del consumo, de fiscalización de las aguas y de regulación urbanística, entre otros. En Chile, tampoco existe un reconocimiento de agencias regulatorias independientes del Presidente de la República. Si bien en los últimos años se han establecido protecciones en contra de la indebida influencia presidencial -especialmente en materia de supervisión financiera-, la mayoría de los órganos reguladores chilenos dependen fuertemente de la confianza política que el Presidente de la República tiene sobre las autoridades de la agencia. Por último, en Chile existe una débil promoción de la estabilidad, profesionalización y capacitación en el empleo público.

39 “Esta doctrina, en resumidas cuentas, impone límites sobre la autoridad del Congreso de delegar el Poder Legislativo, en consideración a que la Constitución lo ha reservado al Congreso. Esto lo hace permitiendo la delegación del mencionado poder en agencias regulatorias, solo para aquellos casos en donde la delegación legislativa contiene un estándar o principio inteligible que oriente el ejercicio de la discrecionalidad administrativa de la respectiva agencia” Guiloff (2011).



Esto redundaría en que existen pocos incentivos para desarrollar carreras administrativas permanentes en las agencias administrativas, lo que se traduce en un alto grado de rotación en los equipos administrativos con los cambios de gobierno. En suma, las agencias administrativas chilenas poseen relativamente menos poderes, son técnicamente más débiles y son menos independientes de las presiones políticas que sus contrapartes de Estados Unidos.

A lo anterior se suma el control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los órganos reguladores y el asistemático control judicial sobre ellos. En efecto, en Chile la Contraloría actúa como un intérprete de la legislación administrativa que se impone obligatoriamente a las agencias administrativas. Esta institución históricamente ha tenido una orientación legalista, interpretando restrictivamente las habilitaciones legales de los órganos administrativos. En ocasiones esta actitud se ha percibido como ocasionando que la administración sea insuficientemente innovadora y proactiva en materia legal para evitar controversias con la Contraloría. Por otro lado, en Chile no existe un sistema de tribunales especializados que con carácter general resuelva controversias entre los particulares y la administración. Por regla general, los tribunales encargados de esta tarea son tribunales ordinarios con competencia común. Esto ocasiona que la interpretación judicial del derecho administrativo esté a cargo de jueces no especialistas, que no siempre son capaces de desarrollar doctrinas adecuadas a la actividad de la administración moderna. Exacerba el problema el hecho de que los tribunales chilenos no emplean la doctrina del precedente ni poseen consistencia en sus decisiones, por lo que existe enorme incerteza respecto de la interpretación judicial del derecho que gobierna a la administración. Especialmente en este último punto, existe un notorio contraste con Estados Unidos en donde la doctrina del *stare decisis* asegura cierta consistencia en las exigencias jurídicas que pesan sobre la administración.

A raíz de lo anterior, es que resulta aconsejable que la cláusula constitucional que incorpore la doctrina del *public trust* sea lo suficientemente clara como para que la Administración Pública pueda desarrollarla a través de su potestad reglamentaria.

Los Tribunales Ambientales y sus Poderes.

Al observar la estructura judicial de ambos países, Chile ha adoptado un sistema de tribunales especializados, en donde existe una variedad de tribunales de primera instancia, competentes en materias específicas (civiles y penales, laborales, de familia, municipales, tributarios, ambientales, etc.). Generalmente las decisiones adoptadas por estos tribunales inferiores, pueden ser objeto de revisión por la respectiva Corte de Apelaciones, que actúa como una segunda instancia. Finalmente, en la cúspide del sistema, encontramos a la Corte Suprema, que tiene jurisdicción sobre todo el territorio nacional y puede revisar sentencias, revocarlas y reemplazarlas, siempre que se accione mediante los respectivos recursos jurisdiccionales, y se reúnan ciertos requisitos establecidos por la ley.

En EE.UU. por su parte, conviven dos sistemas, el Sistema Judicial Federal, que se aboca a materias propias de la Ley Federal, y el Sistema Judicial Estatal, dedicada al conocimiento de materias de ley propias de cada estado. Ambos sistemas cuentan con tres niveles de tribunales: En el sistema Federal, se cuenta con Cortes de Distrito, como tribunal de primera instancia, con competencia común en materias civiles y penales, luego están las Cortes de Apelaciones, con jurisdicción en alguno de los 13 circuitos territoriales, y en último

término, la Corte Suprema de Estados Unidos. Por parte del Sistema Judicial Estatal, aunque la estructura difiere dependiendo de cada Estado, en términos generales, se cuenta también con tribunales de primera instancia con competencia en diversas materias, Cortes de Apelaciones, y una Corte Suprema del estado respectivo.

Dicho esto, en materias ambientales, vemos que Chile cuenta con tres tribunales ambientales especializados, con jurisdicciones que abarcan tres macrozonas: el norte, centro y sur del país, respectivamente. Estos actúan como tribunales de primera instancia. Básicamente, deben ordenar reparar daños ambientales o bien, anular actos administrativos ilegales. Su competencia está bastante limitada a conocer demandas por reparación de daño ambiental, reclamaciones efectuadas contra decretos supremos del ejecutivo en diversas materias específicas (normas de emisión, calidad etc.), reclamaciones contra resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente (con sanciones o medidas de urgencia), y reclamaciones contra autorizaciones dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos de inversión, aunque contempla una cláusula *apertus* para reclamar de otros actos administrativos “de carácter ambiental” dictados por organismos de la Administración del Estado.

Pero todas las causas derivadas de conflictos asociados, por ejemplo, a la aplicación de las normas sectoriales en aguas continentales o marítimas, bosques, borde costero etc., quedan fuera de la competencia de los Tribunales Ambientales, a menos que se relacionen con situaciones derivadas de un daño ambiental o bien a algún instrumento administrativo de gestión ambiental (como es el caso de las resoluciones de calificación ambiental de proyectos de inversión, otorgadas por el Servicio de Evaluación Ambiental). La evaluación de estos Tribunales en general es positiva, especialmente en los juicios por daño ambiental, pues los procesos duran menos, existe una mejor apreciación de la prueba y un esfuerzo en ampliar la legitimación activa (a simples “residentes”) y negarla especialmente en los conflictos entre privados, exigiendo detentar un interés “ambiental” más allá de uno meramente económico. Sin embargo, el acceso a los grupos más vulnerables aún es restringido, seguramente por el alto costo de las asesorías⁴⁰.

Cabe señalar que estos tribunales podrían llegar a tener un rol importante en la aplicación de la cláusula que se propone incorporar en la Constitución, inspirada en la doctrina del *public trust*, en la medida que ella incluye, como se verá más adelante, un deber del Estado de garantizar la integridad de todos los ecosistemas. Por otra parte, aun cuando su competencia es acotada - se circunscribe a los instrumentos de gestión ambiental y a la responsabilidad por daño ambiental - podría ampliarse legislativamente a asuntos sectoriales de gestión de recursos naturales, de manera de instaurar a estos órganos como los depositarios principales en la aplicación de esta doctrina.

3. Adaptación y Aplicabilidad de la Doctrina del Public Trust en Chile.

De esta manera, por las razones anteriormente analizadas, la mejor manera de implementar la doctrina del *public trust* en Chile es a través de su recepción mediante una cláusula constitucional de protección de los elementos o componentes de la naturaleza. Dada la necesidad de establecer normas claras y suficientemente directivas que incidan sobre la acción del legislador y de la administración, que a la vez orienten la interpretación de las normas que realicen los jueces, es importante que esta cláusula hable específicamente de un deber. A su



vez, resulta importante que las acciones objeto de este deber se establezcan de manera clara y consideren la dimensión pública de la protección ambiental como interés colectivo y difuso.

De esta forma, sería conveniente que la cláusula constitucional de protección de la naturaleza, inspirada en la doctrina del *public trust*, consistiera en **un deber irrenunciable de los órganos del Estado de garantizar: (1) la protección, el acceso y el uso de la naturaleza por parte de toda la población, incluyendo a las generaciones futuras y, en caso que lo último resulte imposible, que este uso siempre sea en su beneficio; y (2) la integridad de los ecosistemas.**

La primera acción objeto de este deber sirve para garantizar, por ejemplo, el acceso de los habitantes a bienes tan preciados como las playas, que habitualmente se usan exclusivamente por los dueños de propiedades colindantes a ellas. A su vez, establece un constreñimiento sustantivo ante la más que probable eventualidad que la ley, dada la condición de escasez de un recurso, decida asignar su uso y explotación de manera exclusiva y excluyente a un privado. Ese constreñimiento consistirá en que si bien esa decisión no se encontrará en principio prohibida, sólo se podrá adoptar en la medida que se establezcan regulaciones y condiciones que propendan al beneficio del público, como, por ejemplo, compensaciones con las que el privado deberá retribuir al público o condiciones que garanticen efectivamente la protección del interés público no obstante el establecimiento de un uso privativo.

Por su parte, la segunda consagra una obligación que con certeza impactará al adoptar decisiones en materia de regulación, gestión y fiscalización ambiental. Esa influencia vendrá dada porque el órgano decisor ya no podrá, como hasta ahora, prescindir de los efectos que genera una acción, tal como el otorgamiento de un permiso ambiental o de un derecho de aguas, sobre el ecosistema en que repercute. Dicho de manera más directa, al momento de decidir cómo actuar, la decisión ya no se centrará únicamente en la protección del derecho de propiedad privada que tiene el que quiere realizar una actividad o pueda verse afectado por la regulación ambiental, sino que también en cómo el ejercicio de su derecho puede afectar el entorno. Con el tiempo, esto debiera redundar en una gestión de los recursos naturales realizada sobre la base de criterios ecosistémicos. Y por ello, la cláusula que aquí se propone puede incluirse perfectamente junto a las otras normas sobre protección ambiental, como la asociada a la garantía del derecho a un ambiente sano, o el reconocimiento de principios como el de sostenibilidad o de justicia ambiental.

Por otra parte, esta cláusula complementa y no entra en conflicto con la que podría ser una mejor regulación del dominio público y de la propiedad privada sobre los componentes de la naturaleza en la constitución. En efecto, como se vio, la doctrina del dominio público no está establecida de forma directa en la constitución chilena, no indica qué bienes forman parte de esta categoría, no explicita que deben servir al fin para el cual fueron específicamente destinados ni tampoco impone al Estado un deber activo de protegerlos. La cláusula que aquí se propone incorpora los elementos fundamentales de esta teoría. Respecto a los recursos naturales de propiedad privada, la cláusula que se propone permite integrar una correcta interpretación de las limitaciones que se puedan imponer en relación a la función social de la propiedad, la que, debería regularse de manera general sin especificar qué comprende. De esta manera se dejaría de entender, cómo ocurre hasta ahora, que ella es una causal que excepcionalmente permite imponer limitaciones y no más bien una idea a partir de la cual debe explicarse la propiedad privada y su régimen. Ella es un principio, parte de su esencia y que, por ende, la configura activamente.⁴¹

41 Guilloff y Salgado (2020).

CONCLUSIONES

Este informe ha buscado analizar las enseñanzas que se pueden extraer de la doctrina del *public trust* como mecanismo constitucional de protección medioambiental en el derecho de los Estados Unidos. Esta experiencia puede ser de utilidad para el proceso constituyente en que Chile se encuentra actualmente. De hecho, un aspecto importante de la crisis constitucional en el país consiste en la percepción de que las instituciones han sido incapaces de proteger debidamente el medioambiente y que, en particular, la constitución ha sido utilizada para impedir reformas relevantes en esta materia. El informe sugiere que la doctrina del *public trust* puede guiar esfuerzos por reforzar la protección medioambiental en la Nueva Constitución. Esta doctrina sostiene que ciertos elementos de la naturaleza están sujetos a una obligación especial por parte del gobierno, de administrarlos y protegerlos en beneficio del público. Hemos visto que esta doctrina ha tenido importante desarrollo jurisprudencial en Estados Unidos, e incluso ha sido constitucionalizada en algunos estados. Estas cláusulas han tenido un impacto importante en cómo los tribunales y las demás ramas del gobierno conciben sus deberes de protección de la naturaleza. Sin perjuicio de las importantes diferencias institucionales y culturales entre Chile y Estados Unidos, el informe recomienda fortalecer la protección medioambiental a través de la inclusión de una nueva cláusula constitucional que se inspire en la doctrina del *public trust*. Esta cláusula establecería un deber irrenunciable del Estado de garantizar (1) la protección, el acceso y el uso de la naturaleza por parte de toda la población, incluyendo a las generaciones futuras y, en caso que lo último resulte imposible, que este uso siempre sea en su beneficio; y (2) la integridad de los ecosistemas. Además de ser compatible con las doctrinas e instituciones jurídicas chilenas tradicionales, esta propuesta refuerza los deberes del estado de proteger la naturaleza en beneficio de toda la población y las generaciones por venir, ampliando sus facultades para acomodar con suficiente flexibilidad los distintos intereses en juego.

Por último, cabe hacer la prevención respecto a que el alcance de la aplicación de la doctrina del *public trust* es más amplio que lo que este informe plantea. Sin dudas permite relacionarla con otros temas socioambientales de profunda relevancia para el futuro de nuestro país y que por ahora quedarán pendientes. Entre estos, suenan con especial relevancia el vínculo de la doctrina del *public trust* con nuestros pueblos originarios, los inciertos escenarios que vendrán producto del cambio climático y otras vías de cuidado ambiental como las expuestas en los llamados Derechos de la Naturaleza.



BIBLIOGRAFÍA

- Aldunate, E (2006) "Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad" *Revista Chilena de Derecho*, Vol 33.
- Atria, F y Salgado C (2015) *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de las aguas en Chile* (Thomson Reuters).
- Blumm, M (2010) "The public trust doctrine and private property: The accommodation principle", *Pace Environmental Law Review*, Vol 27.
- Blumm, M y Guthrie R (2011) "Internationalizing the public trust doctrine: natural law and constitutional and statutory approaches to fulfilling the Saxion vision" *UCDL Rev*, Vol 45.
- Bordalí A y Ferrada JC (2008) *Estudios de Justicia Administrativa* (Lexis Nexis).
- Carranza, D y otros (2020) "Socio-environmental conflicts: An underestimated threat to biodiversity conservation in Chile" *Environmental Science & Policy*, Vol 110.
- Costa, E (2016) "Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, Vol 43, Nº 1.
- De Armenteras, M (2020) "La aplicación de la doctrina del Public Trust en Estados Unidos: de la protección de los bienes comunes a la conservación del medio ambiente", *Daimon Revista Internacional De Filosofía*, Vol 81.
- Delgado, V (2019) "Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente", *Revista Justicia Ambiental*, Vol 11.
- Galdámez, L (2019) "Los deberes de protección estatal, cláusula presente (aunque dormida) en la Constitución de 1980: una fórmula constitucional frente al cambio climático", en Moraga, P (editora), *La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional* (Editorial Jurídica de Chile).
- Guiloff, M (2011) "El dilema del artículo 19 Nº 8 inciso 2" *Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte*, Vol 18.
- Guiloff, M y Salgado C (2020) "El derecho de propiedad privada y la tutela de los bienes públicos", en Lorca, R y otros (editores), *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva Constitución* (La Pollera).
- Guiloff M y Moya F (2020) "Derecho a vivir en un ambiente sano" en Contreras, P y Salgado, C (editores), *Curso de derechos fundamentales* (Tirant Lo Blanc).
- Hervé, D (2015) *Justicia ambiental y recursos naturales* (Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- Hervé, D y López, G (2020) *El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución*, en Lorca, R y otros (editores), *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva Constitución* (La Pollera).
- Montt, S (2002) *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización* (ConoSur-LexisNexis).
- Nogueira, H (2010) *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Librotecnia).
- Rose, C (1998) "Joseph Sax and the Idea of the Public Trust" *Ecology Law Quarterly*, Vol 25.
- Vergara, A (1999) "Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público" *Ius Publicum*, Vol 3.
- Vergara, A (2002) "Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma" *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol 1.

Este proyecto es el fruto de un trabajo colectivo y desinteresado que tiene como objetivo introducir los criterios de la doctrina del *public trust* en las discusiones constitucionales en curso en Chile para mejorar el uso, la gestión y cuidado de nuestro país y su medio ambiente en beneficio de todos los chilenos y las generaciones por venir.

