

Los Recursos Naturales en la Nueva Constitución

Winston Alburquenque

Profesor Derecho de los Recursos Naturales UC

En las dos últimas constituciones solo dos recursos naturales han sido regulados: la minas y las aguas. Estos tienen en la actual Constitución un tratamiento muy distinto y nacen de “traumas” que explican su desarrollo constitucional: el proceso de nacionalización de la gran minería del cobre, por un lado y la reforma agraria, por el otro. La minería y las aguas venían de un proceso de mayor dominio estatal desde fines de los 60 y principios de los 70 que hacía anticipar que en una nueva constitución, la de 1980, en un gobierno antagónico, debería haber desarrollado una regulación con inspiración privatista y con un protagonismo del derecho de propiedad sobre ellas. Sin embargo, la historia dijo otra cosa y sus caminos siguieron derroteros distintos.

En relación a las aguas, los pronósticos se cumplieron y la letra de la Constitución fue coherente con lo que eran los ánimos jurídicos en 1980 y se estableció un derecho de propiedad sobre las aguas. Incluso a contrapelo con lo que establecía el Código Civil en ese momento y un año más tarde, el Código de Aguas, que trataban a las aguas como bienes nacionales de uso público.

La gran sorpresa estuvo a cargo de la minería ya que el texto de la actual Constitución, en la parte referente a la propiedad de las minas, es idéntico a la reforma de la Constitución de 1925 realizada el año 1971 que permitió el proceso de nacionalización de la gran minería del cobre: “*El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas*”. Sin embargo, lo que pudo haber sido una frase que aleje a los inversionistas se transformó, a través de una buena fórmula de protección a la concesión minera, en la base para un importante desarrollo minero. ¿Cuál fue el secreto? Establecer un título intermedio -la concesión minera- con la mayor protección jurídica posible a los particulares y establecer a nivel de Ley Orgánica Constitucional una fórmula de cálculo para la indemnización en el caso que se ejecuten expropiaciones de yacimientos a los concesionarios.

El desafío actual es qué hacer con las minas y las aguas y, en general, con los recursos naturales en la nueva Constitución. Los recursos naturales son bienes de todos pero si no queremos que se produzca una “tragedia de los comunes” en donde los bienes de todos no son de nadie, debemos administrarlas entregando cuotas definidas. Podemos llamar a dicha cuota “concesión”, “derecho de aprovechamiento”, “acciones o regadores”, pero su asignación debe estar clara junto con sus cargas, vigencias y, sobre todo, con la protección a su titular. Las cuotas ya entregadas deben ser respetadas y si es necesario restringirlas en cuanto a su ejercicio debe ser justificado y proporcionado, y si se requiere extinguirlas o ser transferidas al Estado en cuanto a su titularidad, deben ser expropiadas.

A modo ejemplar, una nueva constitución en materia de aguas debería tener las siguientes tendencias: eliminar el actual sentido de propiedad sobre las mismas y elegir entre calificarlas como un bien nacional de uso público o establecer un dominio estatal sobre las aguas, tal como están consagradas actualmente las minas. Si se elige esta última alternativa, deberán tomarse las mismas precauciones y crearse un triunvirato de títulos, dando al privado una concesión que tenga todas las seguridades jurídicas que permitan un uso certero y sólido.

En materia de aguas, además, es posible generar una prelación de usos en lo que algunos usos de estas cuotas tengan preferencias con respecto de otras. Así, el uso humano del agua o reservas para conservación o para pueblos originarios son necesarias y

coherentes con un sistema de asignación. Después de esos usos se genera un sistema de igualdad del valor de la cuota sobre el cual pueden ser reducidos por la autoridad y transados entre privados. Esto último tal vez con un mayor control de lo que es actualmente pero siempre teniendo presente el sistema de asignación que permita a su titular hacerse responsable de la cuota asignada y evitar el “Open Access” o libre acceso a sacar un porcentaje del agua desde su fuente. Esto es muy distinto al libre acceso a la fuente para efectos de un uso del agua in situ. Nadie puede discutir que es derecho de cualquier persona poder acceder físicamente a la fuente (río, lago o mar) pero otro caso es poder sacar el agua sin respetar las cuotas asignadas.

Lo que quiero decir en estas líneas dice relación con el nacimiento de la “cuota” sobre recursos naturales y su protección por parte de su titular. Lo otro es cómo se restringe el ejercicio de la misma desde la perspectiva ambiental. En efecto, una cosa es generar un sistema de asignación de cuotas y lo otro es el control de ese ejercicio ya sea por la autoridad sectorial o ambiental. El sistema de asignación tiene la finalidad de generar un orden en el uso del recurso para evitar una sobre explotación del mismo pero además de eso, existe toda la regulación ambiental que dice relación con otros elementos que se deben tener presente para permitir que la cuota puede ser ejercida de una manera sustentable y en armonía con la naturaleza. La fuente de esos compromisos es principalmente la Resolución de Calificación Ambiental que puede restringir el ejercicio de la cuota sobre los recursos naturales llevándola por ejemplo, al extremo que ya no es conveniente ni técnica ni económicamente ejercerla.

El desarrollo de la regulación constitucional en materia de medioambiente no es materia de mi presentación pero es de suma importancia que haya coherencia entre esos dos mundos: el ambiental y el de los recursos naturales, en el que este último estudia el nacimiento de la asignación sobre los recursos naturales y la primera se centra en los mecanismos para que su ejercicio sea realizado de una manera sustentable.