

Justicia ambiental y recursos naturales¹

Dominique Hervé, Investigadora Adjunta de la línea de Gobernanza e Interfaz Ciencia Política, del Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)²

La idea de Justicia Ambiental cuestiona la desproporción que existe en el padecimiento o en la tolerancia de los impactos o riesgos ambientales por parte de los grupos más vulnerables de la sociedad. El concepto, sin embargo, es más amplio y también se extiende a la distribución del acceso a los beneficios ambientales por parte de los distintos grupos sociales. Es por ello que en el análisis de esta idea se debe tener presente tanto el concepto de “cargas”¹ como el de “beneficios” ambientales.

A su vez, la Justicia Ambiental comprende al menos dos dimensiones: una distributiva y otra participativa o política. La primera dice relación con la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales y, la segunda, apunta a la idea de justicia procedimental o política. Esta última dimensión exige normas que garanticen a los ciudadanos y actores ambientales voz y voto en la adopción de decisiones ambientales y los derechos a consentir y al debido proceso. Esta dimensión de la Justicia Ambiental, por lo tanto, pone énfasis en el proceso antes que en el resultado, y en el tratamiento justo e igualitario hacia todas las personas, incluyendo, especialmente, a las comunidades más vulnerables de la sociedad.

Estas dos dimensiones de la Justicia Ambiental se ven reflejadas –o no– en el ordenamiento jurídico a través de diversas disposiciones del derecho ambiental. En lo que dice relación con los beneficios ambientales, dichas disposiciones se encuentran especialmente en los instrumentos regulatorios aplicables al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Lo que aquí se sostiene es que la aplicación de reglas de Justicia Ambiental en el régimen de asignación o acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, permitiría superar la desproporcionalidad en la distribución de cargas y riesgos ambientales, igualar el acceso a los beneficios y servicios ambientales, y favorecer la participación de las comunidades involucradas en dichos procesos.

Para entender cuáles son las reglas de justicia ambiental

aplicables, se debe tener presente que la regulación de los recursos naturales tiene su fundamento en la institución de la propiedad, que, como sabemos, puede ser pública o privada. Es la propiedad la que asigna la titularidad, define el uso y determina los derechos sobre los productos de un recurso. Constituye así el modelo institucional que determina las reglas para la asignación y distribución de la riqueza proveniente de los usos alternativos de los recursos naturales. Por lo tanto, la distribución de los beneficios ambientales que provee la naturaleza depende –principalmente– de las reglas que configuran la estructura de la propiedad sobre los recursos naturales. El contenido de tales reglas será lo que defina el alcance y los límites del acceso, uso y aprovechamiento de dichos recursos dentro de una sociedad. Es por ello que la titularidad de los recursos naturales es un antecedente relevante para analizar cómo la Justicia Ambiental se manifiesta en el ordenamiento jurídico.

La propiedad privada sobre un recurso natural se caracteriza porque las decisiones sobre su acceso, uso y aprovechamiento dependen del individuo (sea persona natural o jurídica) que es su titular. En nuestro sistema jurídico, el acceso a los recursos naturales de titularidad privada se encuentra garantizado por el artículo 19 N°23 de la Constitución². Una vez adquirida la propiedad privada sobre un recurso natural, el ordenamiento jurídico confiere al titular la facultad de controlar el acceso al recurso por parte de otras personas y de mantenerlo en el tiempo. A su vez, confiere los derechos de uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales (“derechos de uso y goce”).

Por su parte, la característica principal del dominio público sobre los recursos naturales consiste en que es el Estado el que determina el acceso, uso y aprovechamiento del recurso³. Es decir, los individuos no pueden acceder ni usar el recurso libremente, de acuerdo con su propia voluntad. De esta manera, a diferencia de lo que ocurre con los recursos naturales de propiedad privada, en el caso que el recurso sea de titularidad pública, los derechos de uso y aprovechamiento del recurso se disocian de su titular que

¹ Las ideas que aquí se expresan son parte del libro del mismo nombre y de la misma autora, publicado por Ediciones Universitarias de Valparaíso en 2015.

es la Administración Pública. Por lo tanto, la Administración es quien tiene la facultad de determinar el acceso al recurso, pero el uso y aprovechamiento es de quien obtenga una concesión para su utilización.

La concesión de dominio público confiere un uso privativo del recurso que excluye la utilización del mismo por otros interesados. Una característica importante de esta institución jurídica es que la autoridad administrativa, en teoría, no está obligada a otorgar una concesión de dominio público a un particular, por lo que se trata de actos discrecionales⁴, en que la Administración Pública decide teniendo en cuenta el interés público presente. Nuevamente, en teoría, la autoridad puede elegir como concesionario al sujeto más capaz o que dé más garantías para que la actividad se cumpla en el sentido que convenga más al interés público, puede delimitar el contenido de las facultades que se transmiten en función del objetivo social que persigue, y puede poner fin en cualquier momento a la concesión, siempre que el interés público así lo aconseje. Esto implica, desde ya, que debe tratarse de un derecho temporal y revocable. Esta temporalidad no impide la renovación de la concesión por parte de la autoridad, a menos que el interés público exija otra cosa. En la práctica, sin embargo, la regulación nacional de las concesiones sobre recursos naturales⁵ ha debilitado –de mayor o menor manera, según el tipo de concesión– las facultades de la Administración, garantizando a los titulares de las mismas derechos equivalentes a los que se ejercen en virtud del derecho de propiedad privada.

Una vez categorizados los recursos naturales de acuerdo con su titularidad, se pueden identificar una serie de reglas que determinan su acceso, uso y aprovechamiento en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, es relevante destacar que el contenido y alcance de estas reglas –tanto las aplicables a los recursos naturales de dominio público⁶ como a los de titularidad privada⁷– se debe entender, a partir de una característica esencial de nuestro ordenamiento jurídico en materia de recursos naturales: la ausencia de planificación y/o definición de objetivos por parte de la autoridad en lo que dice relación con su acceso, uso y aprovechamiento.

Tampoco se debe olvidar que esta situación resulta coherente con lo dispuesto en la Constitución Política de la República que consagra un sistema de libre mercado y que busca que sean los particulares los que vayan determinando y configurando el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Esto ha implicado, en la práctica, una tendencia hacia la privatización de los recursos naturales, independiente de su titularidad jurídica propiamente tal –este es el caso, en particular, de la regulación de los recursos minerales y los recursos hídricos–. Lo anterior significa que las facultades del Estado como administrador de los recursos naturales

de titularidad pública son débiles o menos intensas de lo que se podría esperar en cuanto a la regulación de bienes de dominio público. En la práctica, entonces, se puede concluir que las potestades del Estado no son sustancialmente diferentes en el ámbito de los recursos naturales de titularidad pública o privada.

Es en este contexto regulatorio en el que se busca identificar si existen, en el régimen jurídico de acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales, reglas que constituyen una manifestación de la Justicia Ambiental, en cualquiera de sus dimensiones. Se concluye que en algunos pocos casos, tales reglas forman parte hoy día del ordenamiento jurídico nacional⁸. En otros casos es posible encontrar manifestaciones incipientes⁹, y en la situación más débil, simplemente corresponden a reglas que eventualmente podrían incorporarse como normas propias de la Justicia Ambiental en el ámbito de los recursos naturales¹⁰.

Para concluir, se pueden plantear algunas reflexiones en torno a las implicancias constitucionales del análisis aquí realizado. Es cierto que la actual Constitución Política de la República garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y señala que es deber del Estado tutelar la preservación de la naturaleza. Sin embargo, al consagrar constitucionalmente también el derecho de propiedad privada sobre la concesión minera o sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas, otorga prioridad a la explotación de los recursos naturales por sobre su conservación y protección. Pero, sobre todo, lo que hace es minimizar el rol del Estado en la determinación del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Esta ha sido la lógica que ha primado, a partir de estas disposiciones constitucionales, en la mayor parte de la legislación dictada en relación con los recursos naturales. De esta manera, ni constitucional ni legalmente, se han sentado las bases de un ordenamiento jurídico lo suficientemente fuerte como para hacerse cargo e intervenir en aspectos tales como la distribución equitativa de cargas y beneficios ambientales, o la participación significativa en la adopción de decisiones relacionadas con los recursos naturales. Pareciera, por el contrario, que las normas constitucionales entregan mecanismos privilegiados para la promoción de la explotación de los recursos naturales relegando la protección del medio ambiente, simplemente, a medidas de mitigación o compensación de impactos. Lo anterior no parece suficiente para lograr un sistema institucional y jurídico que valore adecuadamente la naturaleza y la calidad de vida de la población.

- 1 Según el artículo 30 bis de la Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente indica que: "(...) se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación".
- 2 Artículo 19 Nº23: 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 la Constitución.
Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.
- 3 Los recursos naturales de dominio público en nuestro ordenamiento jurídico son básicamente los recursos minerales y las aguas. Se agregan los recursos naturales que conforman lo que se ha llamado el borde costero, el mar adyacente y sus playas, y el lecho marino y el de ríos y lagos. El resto de los recursos naturales son, en principio, susceptibles de propiedad privada.
- 4 Actos en los que la Administración Pública tiene un amplio margen de libertad decisoria.
- 5 Estamos hablando de las normas aplicables a las concesiones mineras, derechos de aprovechamiento de aguas, concesiones acuícolas, concesiones marítimas y geotérmicas.
- 6 Por ejemplo, la regla general, es la de asignación directa de acceso al recurso basada en el primer solicitante (aplicable para los derechos de aguas y concesiones mineras); la existencia de un derecho de propiedad privada sobre el título de la concesión; el derecho y obligación de usar el recurso (dentro de esta regla, se pueden distinguir otras, como la obligación de usar sólo los recursos naturales que son objeto de la concesión; la obligación de usar el recurso respetando la finalidad de la concesión; la inexistencia de usos preferentes para el recurso; la obligación de usar el recurso de manera compatible con otras actividades; la ausencia de limitaciones sobre la cantidad del recurso natural que se puede utilizar; obligación de usar los recursos en armonía con el interés público y los derechos de terceros); los derechos a explorar y explotar el recurso; el derecho a apropiarse del producto; el derecho a realizar negocios jurídicos sobre la concesión; el derecho a constituir gravámenes sobre bienes de terceros; en cuanto a la duración de la concesión se distingue entre regla de temporalidad y regla de perpetuidad; y la constitución y ejercicio de la concesión a título gratuito u oneroso.
- 7 Por ejemplo, la necesidad de contar con autorización para el uso y aprovechamiento del recurso (plan de manejo forestal, permisos de caza, autorizaciones de pesca) o el establecimiento de incentivos para ciertos usos (bonificación forestal).
- 8 Por ejemplo, la regla que establece la reserva de zonas y recursos naturales para usos especiales, como los "Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios", creados por la Ley Nº20.249 de 2008.
- 9 El establecimiento de prioridades en el uso de un recurso, como ocurre en las "Zonificaciones del Uso del Borde Costero", regulados por el DS Nº475 de 1994 del Ministerio de Defensa Nacional que aprueba la Política Nacional del Uso del Borde Costero. También la adopción de medidas de compensación en recursos naturales, como las contempladas en particular para los recursos forestales en el DL 701 de 1974, Ley de Fomento Forestal.
- 10 Por ejemplo, las reglas que se refieren a la proporcionalidad ambiental o ecológica, a la distribución equitativa de los beneficios, al consentimiento informado previo, o al "no uso" de los recursos naturales.