

LA PROPUESTA DE TEXTO CONSTITUCIONAL DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y SECTORES REGULADOS

Teresa Zañartu Torres*
Hipólito Zañartu Rosselot**

RESUMEN

El siguiente trabajo busca analizar cómo la propuesta de texto constitucional de la Convención Constitucional afectaría la industria chilena y a los sectores regulados. Así, se describirán los estatutos actuales que rigen al derecho de propiedad, a la libertad de emprender y a los diversos sectores regulados, junto con normas constitucionales acerca del medio ambiente.

Posteriormente, se comparará con la regulación propuesta para estos temas por el texto creado por el órgano constituyente, para así determinar el efecto que los cambios tendrían en el Derecho Regulatorio.

Palabras claves: Convención Constitucional, propuesta constitucional, Constitución, Derecho Regulatorio, propiedad, Derecho de Aguas, Derecho de Minería, libre emprendimiento, Derecho Eléctrico, medio ambiente.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de una Constitución es regular las bases esenciales de la política, economía y sociedad de una nación. En ese sentido, la propuesta de texto de la Convención Constitucional tiene efectos profundos en la regulación fundamental de los sectores regulados, que se podrían ver profundamente reformados en caso de aprobarse.

Fiel al maximalismo con el que regula aspectos que, por su contenido, son –en general– de nivel reglamentario, la propuesta norma expresamente aspectos propios del Derecho de Agua, del Derecho de Minería, y del Derecho Eléctrico, además de las empresas estatales y emprendimiento en general, y contiene normas ambientales generales que afectan directamente a industrias del sector regulado que trabajan con recursos naturales. Asimismo, dichos sectores se ven afectados de todas formas por el profundo

* Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile; ayudante cátedras Derecho Constitucional, Derecho Civil y Derecho de Aguas y de Minería de la Pontificia Universidad Católica de Chile. tjanartu@uc.cl

** Abogado Universidad Gabriela Mistral; Magíster en Derecho de Minería Universidad de Atacama. Profesor asociado Universidad San Sebastián y Universidad Gabriela Mistral. jose.zanartu@uss.cl

debilitamiento que sufre el derecho de propiedad en comparación a aquel consagrado en la Carta Fundamental actual. Así también son afectadas otras industrias relevantes, como la forestal, que la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico intentó intervenir directamente, pero sin éxito.

II. DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad es la base fundamental de toda la economía. En efecto, son los derechos reales y concesiones (que en muchos casos el legislador expresamente les otorga el carácter de “derecho real”) los instrumentos con los que se aprovechan los distintos recursos naturales o la propiedad privada de las empresas, los que están protegidos por el derecho de propiedad en la actual Constitución.

Con el régimen jurídico actual, la concesión es propiedad del titular, por lo que ingresa a su patrimonio y queda amparada, incluso expresamente como en el caso de la concesión minería y los derechos de aprovechamiento de aguas, por las garantías del derecho de propiedad¹.

El régimen de propiedad desarrollado por el ordenamiento jurídico posterior a la entrada en vigencia de la actual Carta Fundamental es robusto. Como reflejo de su tiempo, los artículos de propiedad, basados en el liberalismo y el Doctrina Social de la Iglesia, se hacen cargo de la crisis que había dejado el debilitamiento de la propiedad ocurrido desde las reformas agrarias de Frei Montalva y Allende como desde el proceso de nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre y Compañía Minera Andina. Así, el dominio surge como uno de los derechos más fuertes del catálogo de la Constitución actual.

1. Regulación actual

El estatuto de la propiedad hoy está compuesto, principalmente, del derecho de propiedad y sus garantías, consagradas en los artículos 19 y 20 de la Constitución actual, y de la normativa civil que lo aterriza, principalmente en los artículos 582 y 583 como normas principales.

El artículo más importante es el 19 n° 24 de la Carta Fundamental, especialmente los incisos que van del primero al quinto. Es uno de los más largos por la importancia que tenía para el constituyente su regulación.

Primero, dispone que:

24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.²

¹ Principalmente el recurso de protección.

² Todos los subrayados son nuestros.

Esto es armónico con la regulación en los artículos 582 y 583 del Código Civil, que tratan el dominio sobre los bienes corporales e incorporales, respectivamente. Este último dispone que sobre ellas hay una “especie de propiedad”:

Art. 582. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.

Art. 583. Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Este último artículo ha abierto la puerta a lo que, en la práctica, se ha denominado la *cosificación de los derechos*, o derechos sobre derechos, pues son el ejemplo de bienes incorporales. Así, se entiende que quien tiene un derecho, es dueño de él, como dice el mismo artículo, por lo que, por ejemplo, el titular del derecho de servidumbre tendría, realmente, la propiedad sobre él. En razón de tal, podría ejercer sobre él todas las facultades propias del dominio, y estaría garantizado por el estatuto de la propiedad. En razón de este argumento la Corte Suprema, sistemáticamente en los últimos años, ha acogido acciones de protección que buscan tutelar derechos no contemplados en el catálogo del artículo 20, como veremos a continuación. Así, se ha considerado que, por ejemplo, sobre el derecho a la protección de la salud, el titular tiene propiedad.

A continuación, el inciso segundo del artículo 19 n° 24 dispone una reserva legal en cuanto a modos de adquirir el dominio. Además, establece la función social. Dispone la norma:

Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

La función social es un concepto de la Doctrina Social de la Iglesia, adoptado por el constituyente de 1980 para limitar la propiedad y alejarla de la concepción decimonónica de un derecho absoluto en la práctica, y que había traído tantos problemas sociales en los siglos XIX y XX. Así, se constituye como un límite interno a las facultades de uso, goce y disposición, que entiende que la propiedad no solo sirve a quien la detenta sino que tiene que ser ejercida en función de un interés general³. Esto ya se consagraba en la Constitución de 1925.

³ Peñailillo, Daniel, *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p. 46.

En nuestro país, la función social comprende: (1) los intereses generales de la Nación, “es decir, cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto”⁴; (2) la seguridad nacional; (3) la utilidad y salubridad pública; y (4) la conservación del patrimonio ambiental, lo que comprende “la preservación de la riqueza de la flora y fauna de Chile, previniendo su explotación desmesurada”⁵.

A continuación, la Constitución trata la expropiación. Esta fue regulada con mayor profundidad que en la de 1925 justamente por el abuso que hubo de ella durante la Reforma Agraria. En ese sentido, la Constitución señala:

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

Por tanto, la inviolabilidad de la propiedad alcanza al derecho mismo o al bien en que recae, y también a los atributos o facultades esenciales de él, que serían los contenidos en el Código Civil en el artículo 582⁶. Esto cubre los casos en que no se expropia totalmente el bien, pero en la práctica se vuelve inutilizable y el propietario no puede ejercer correctamente dichas facultades. En consecuencia, no poder disponer de la propiedad también es una expropiación, por lo que se requiere una ley para llevarla a cabo. Esta amplitud en el objeto de una expropiación protegería, por ejemplo, a los propietarios de derechos de aprovechamiento de aguas de lo que la actual propuesta constitucional dispone, como se verá posteriormente.

Las causales de expropiación son la utilidad pública y el interés nacional. El precepto no solo establece causales, tal y como la Constitución del 1925, sino que otorga el derecho al expropiado de recibir una indemnización que podrá fijar el afectado con la Administración o, en su defecto, ser determinada por tribunales, pero atendido el daño patrimonial efectivo, entendiéndose como valor de mercado, causado por el acto. Si no se acuerda otra forma, se pagará al contado, lo que es una reacción al problema que se produjo en la Reforma Agraria con los pagos mediante instrumentos a plazo que no se pagaban oportunamente y terminaban devaluándose.

⁴ Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno, Tomo III*, Ediciones UC, Santiago, 2019, p. 616.

⁵ *Íbid.*

⁶ Peñailillo, *op. cit.*, p. 47.

La Constitución busca evitar esta negligencia en el plazo estableciendo, también, que no se podrá hacer toma de posesión material del bien si no se paga previamente la correspondiente indemnización, sea la definitiva o la provisional que fijen los peritos. De todas formas, si hay una reclamación judicial pendiente, el tribunal puede suspender dicha toma de posesión.

Por último, todo este estatuto está protegido, además del amparo que brinda la garantía del artículo 19 N° 26 (como freno al legislador y, por cierto, a la autoridad administrativa), por el recurso de protección, que –al menos en teoría– asegura una rápida solución en caso de cualquier acción u omisión ilegal o arbitraria que entorpezca o amenace entorpecer o privar al dueño del *legítimo* ejercicio del derecho de propiedad. Este recurso presenta facilidades procesales y es de tramitación urgente, por lo que al incluirse el artículo 19 n° 24 dentro de los protegidos, se denota el estatus elevado que tiene dentro de los derechos. Así dispone el artículo en cuestión:

Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Repetimos que el hecho de que la propiedad esté protegida por el recurso de protección, sumado a la cosificación de los derechos es el argumento que la jurisprudencia adoptó para proteger otros derechos, principalmente sociales, que no fueron incluidos por el constituyente. No se vería desde la óptica de que la acción u omisión estaría privando al titular del ejercicio del derecho no tutelado, sino que se agrega otro eslabón a la cadena y se juzga desde la perspectiva que la acción u omisión impide el ejercicio de la propiedad sobre el derecho. Así, en la práctica, se ha ampliado el catálogo de derechos protegidos por el recurso de protección del artículo 20.

2. Propuesta de la Convención Constitucional

La Convención Constitucional redactó un estatuto de la propiedad que, aunque compatible con lo establecido en el Código Civil, la debilita considerablemente. Expresamente algunos convencionales del Frente Amplio declararon que no debía tener tanta protección como la que posee actualmente, pues la hace parecer un “derecho sacrosanto”.

El homólogo del artículo 19 n° 24 actual es el artículo 78, que está inserto en el capítulo de *Derechos fundamentales y garantías*. Sus primeros incisos disponen lo siguiente:

*Artículo 78. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables. Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme a su función social y ecológica.*⁷

A grandes rasgos, se mantiene la regulación actual (aunque sea con una técnica jurídica menos fina): se identifican la propiedad sobre toda clase de bienes, y la reserva legal de los modos de adquirir el dominio y sus límites, los que se determinan a base de la función social.

Eso no quiere decir que no haya innovaciones. Primero, la voz “en todas sus especies” hace referencia al debate constitucional acerca de los diversos tipos de propiedad, como la colectiva o la cooperativa. Con esto se pretende romper con la concepción que se creía que había, en cuanto a que la única propiedad sería la privada (la más liberal de todas, a ojos de varios convencionales).

Segundo, se funde en un mismo artículo los derechos a la propiedad (actual artículo 19 n° 23) y de propiedad (actual artículo 19 n° 24), pues se exceptúan del segundo los bienes que la naturaleza ha hecho común a todas las personas y los que la ley o la Constitución declaren inapropiables. La propuesta de la Convención presenta un problema de coherencia interna, pues la categoría de bien *res commune omnie* fue virtualmente derogada por el mismo texto, que en su artículo 134 presenta la categoría de bienes comunes naturales, que, en palabras de su defensor Ezio Costa⁸, justamente aúna esta y la de bienes nacionales de uso público⁹. Por tanto, como desaparece esa nomenclatura en el artículo 134, no se entiende a qué se refiere el artículo 78.

Tercero, no aterriza la función social de la propiedad. Esta fue perfilada pero nunca desglosada lo suficiente en la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico. Además, incluye la función ecológica de la propiedad, pero no se refiere a que si eso significa que entonces la social dejaría de contemplar la conservación del patrimonio ambiental. En todo caso, se dijo que ese límite buscaba proteger la función ecosistémica de los bienes. Ambos conceptos deberán ser aterrizados por la ley y la jurisprudencia, algo que no otorga certeza jurídica inmediata.

Respecto de la indemnización, la propuesta dispone que:

⁷ Si se toma en cuenta la propuesta de Art. 18 de la Convención Constitucional, solo es derecho fundamental la propiedad tratándose de personas naturales.

⁸ Costa, Ezio, “Instituciones para la protección de la naturaleza”, en *Una Constitución Socioecológica para Chile: Propuestas Integradas*, ed. Galdámez, Millaleo y Saavedra, Red de Constitucionalismo Ecológico, Santiago, p. 121.

⁹ Establece como bienes comunes naturales cosas como el aire y la atmósfera, que en la tradición jurídica occidental son clásicos ejemplos de bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.

Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice a la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador.

La propietaria o el propietario siempre tiene derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.

El pago deberá efectuarse de forma previa a la toma de posesión material del bien expropiado y la persona expropiada siempre podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, así como del monto y de la modalidad de pago ante los tribunales que determine la ley. Cualquiera sea la causa invocada para llevar a cabo la expropiación, siempre debe estar debidamente fundada.

Hay elementos que se mantienen de la regulación vigente, como que debe ser ordenada por ley, que debe estar fundada en la utilidad pública o el interés general, la facultad del expropiado a reclamar ante tribunales, y su derecho a ser indemnizado. Sin embargo, es por medio de esta materia que la Convención debilitó el régimen de propiedad en comparación a la Constitución actual. Primero, no se distingue el objeto de la expropiación, por lo que no queda claro si abarca solo la pérdida de propiedad, o solamente perder el bien sobre el que ella recae, o incluso alguna de sus facultades esenciales. Esto será relevante especialmente en temas de Derecho de Aguas, sin considerar la incertidumbre que eventualmente generaría a futuro.

Más importante es la segunda modificación, pues no establece que la indemnización debe ser por el daño patrimonial efectivamente sufrido, lo que en la práctica equivale al valor de mercado del bien expropiado. De aprobarse la propuesta sería, en cambio, por el justo precio. Este no es un criterio objetivo como el precio o valor de mercado, sino que quedará al arbitrio de los peritos o el tribunal que inevitablemente tendrán que dirimir cuando el particular no esté de acuerdo con el precio establecido por el Estado. Con esto se devalúa, en la práctica, la propiedad, y se le quita, ilegítimamente, al privado parte de su patrimonio, en la forma del diferencial entre el precio de mercado y el precio justo. Es obvio que el daño patrimonial efectivamente causado es un parámetro objetivo. Dicha objetividad de perdió¹⁰.

Tercero, no se establece que la indemnización, a falta de acuerdo, deba ser pagada al contado y en efectivo, sino que lo único que se menciona al respecto es que se puede reclamar ante tribunales por la modalidad de pago. Esto podría hacer que volvieran los viejos mecanismos que el constituyente de 1980 buscó erradicar, como los pagos a plazo y en instrumentos de difícil cobro o de fácil devaluación. Se consagra, entonces, una nueva desprotección para la propiedad, y una pérdida para el dueño, pues perfectamente podría ocurrir que, por un pago tardío y devaluado, pierda ese margen de ganancia entre el precio original y el resultante de la devaluación.

Con estos cambios, la propiedad y el derecho de propiedad se debilitan, pues la expropiación, la amenaza más grande que sufrieron los propietarios en el siglo pasado,

¹⁰ Basta con recordar las famosas “rentabilidades excesivas” que se utilizaron para rebajar las compensaciones a pagar a propósito de la nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre y Compañía Minera Andina, en 1971.

pierde exhaustividad en su regulación, y le facilita al Estado expropiar con menos costo y más facilidad. Así, a pesar de la legitimidad que pueda tener el acto en sí, el propietario sufre un daño patrimonial en la práctica, pues oportunidades no faltan para que no termine recibiendo la indemnización que por justicia le es debida. Además, al hacerle más fácil el trámite al Estado, puede llevar a un aumento, quizás no realmente justificado, en las expropiaciones a futuro¹¹.

A esta desprotección se le suman las modificaciones al recurso de protección, cuyo símil se haya en el artículo 119 de la propuesta, y que entre sus incisos dispone que:

Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esta acción se podrá deducir mientras la vulneración persista. La acción se tramitará sumariamente y con preferencia a toda otra causa que conozca el tribunal.

Esta acción cautelar será procedente cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable.

Los problemas para la propiedad están en que solo se puede accionar por este artículo mientras la vulneración persista, cuando el actual régimen otorga treinta días corridos desde que se verifica la acción u omisión. Además, es una acción residual, que no puede usarse si hay otra especial para reclamar el mismo derecho. En caso de la propiedad la hay, pues está, por ejemplo, la acción reivindicatoria del Código Civil, por lo que, por consiguiente, no se verifica lo que dispone el artículo. El gran contratiempo es que el actual recurso de protección es evidentemente mucho más rápido y fácil en cuanto a tramitación que una acción reivindicatoria u otra acción penal.

a) *Propiedad indígena*

Es indudable que una de las mayores novedades en materia de propiedad que introduce el proyecto de la Convención es el estatuto de la propiedad indígena, que se subsume dentro de la plurinacionalidad que la permea íntegramente.

El artículo 79, que lo recoge, está ubicado intencionalmente a continuación del que consagra el derecho de propiedad. Durante la discusión de la Comisión de Armonización, sectores algo más moderados –a este respecto al menos– de la izquierda intentaron moverlo a la sección de derechos culturales, para que se interpretara con ese cariz. Sin embargo, no se logró, pues los escaños reservados estaban conscientes de lo que significa que esté inmediatamente después del artículo pertinente al derecho de propiedad.

¹¹ Más aún tratándose de la propuesta contenida en el artículo 79 inciso tercero, que veremos a continuación.

Esta, por tanto, es la propiedad indígena sobre todos los bienes, no sobre sus derechos culturales u otros aspectos que en la práctica pueden llegar a ser más simbólicos.

Asimismo, la discusión en la Comisión de Derechos Fundamentales estuvo marcada por el carácter reivindicatorio de las peticiones indígenas en cuanto a la tierra, lideradas por las mapuches, y con convencionales afirmando que el sistema de posesión inscrita fue un “artilugio” para usurparle la tierra a los pueblos originarios que no entendían cómo funcionaba. Se señaló, además, que la propiedad indígena debía tener especial protección, concentrándose principalmente en las tierras, sus tierras, cuyas demarcaciones reales serían las más amplias reclamadas.

Lo que señala el artículo en cuestión es:

Artículo 79. El Estado reconoce y garantiza, conforme con la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos.

La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.

La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública y de interés general.

Conforme con la Constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva.

En suma, se establece un estatuto especial de la propiedad indígena de sus tierras, especialmente de cara a su restitución. Lo que busca la Constitución es que los indígenas puedan volver a ser dueños de las que poseían antes de los procesos de unificación nacional de la segunda mitad del siglo XIX, y lo dice expresamente en su inciso tercero. Eso implicaría, por tanto, privilegiar el dominio ancestral de comunidades indígenas por sobre la propiedad actual de los que allí viven, lo que podría impactar sectores productivos como la agricultura, la ganadería y la industria forestal. Esto, pues claramente este artículo razona a base de las peticiones mapuches, que recaen precisamente en las productivas y fértiles tierras de La Araucanía.

Esto es coherente con el inciso tercero, que señala que la restitución es de utilidad pública y de interés general, lo que se conecta con el artículo anterior. Así, la restitución de tierras a los indígenas sería un motivo constitucionalmente válido para efectuar una indemnización. El texto es claro, probablemente para evitar que se impida esta acción mediante resoluciones judiciales una vez que los expropiados reclamen ante tribunales. Esto no es solo un derecho que tienen los pueblos originarios, sino que es garantizado por el Estado. Por tanto, el peligro para los actuales propietarios y sus industrias no es, para nada, hipotético.

Además, tienen derecho a los recursos que tradicionalmente han usado dentro de su territorio y que son esenciales para su supervivencia colectiva (concepto que tampoco fue explicado en las sesiones de la Comisión), lo que es concordante, al menos en temas de agua, con el tratamiento privilegiado que tienen los pueblos originarios en esa

materia también, en otros artículos que se verán posteriormente. Por último, no se sabe qué implicaría la “especial protección” que dispone el artículo.

3. Cambios

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. 2. Distinción entre derecho de propiedad, bien sobre el que recae, y atributos esenciales de la propiedad. Esto a la vez es relevante en cuanto configura el objeto de la expropiación. 3. Reserva legal en cuanto a la creación de modos de adquirir, uso, goce y disposición, y de límites y obligaciones. Esto se traduce también en una reserva legal en cuanto a la creación de nuevos tipos de derechos reales. 4. Límite constitucional a la propiedad a través de su función social. Esta se compone de las exigencias que emanan de los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas, y la conservación del patrimonio ambiental. 5. Expropiación a través de una ley por causa de utilidad pública o interés nacional. La indemnización, pactado por las partes o fijado por un tribunal, debe corresponder al daño patrimonial efectivo causado por el acto. Si no se pacta otra modalidad, deberá pagarse en efectivo y al contado, y previo a la toma de posesión del bien. El expropiado podrá siempre recurrir ante tribunales. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio en sus diversas especies sobre toda clase bienes. 2. Reserva legal en cuanto a modos de adquirir el dominio, su uso, goce, disposición y límites y deberes. 3. Límite constitucional a la propiedad por medio de su función social y ecológica. Los convencionales no consideraron pertinente definir la primera, y perfilaron la segunda como todas aquellas funciones que los bienes en cuestión prestaban al ecosistema. 4. Expropiación mediante una ley, por causa de utilidad pública o interés nacional, pagándose un justo precio por el bien antes de tomar posesión de él. Puede recurrirse a tribunales por la legalidad del acto, o por el monto o modalidad de pago. 5. Propiedad protegida por la garantía del artículo 119, que es una acción residual y que solo puede interponerse mientras dure la vulneración. 6. Estatuto especial para la protección indígena que debe ser garantizado por el Estado, especialmente en cuanto a sus tierras y recursos. Su propiedad sobre estas cuenta con “especial protección”, concepto que no ha sido definido.

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
6. Fuerte protección a través de la garantía del recurso de protección. Esta tutela ha permitido que derechos que no se contemplaban en el artículo 20 sean protegidos por vía jurisprudencial a través de la aplicación de la cosificación de los derechos, basado en el punto 1.	7. La restitución de tierras constituye un mecanismo preferente de reparación, y como es de utilidad pública e interés general es causal, por expresa letra constitucional, de expropiación. 8. Los pueblos originarios tienen derecho a usar los recursos dentro de sus territorios que tradicionalmente han utilizado para su supervivencia colectiva, concepto que tampoco ha sido definido.

En conclusión, la propiedad pierde vigor sustantivo en la propuesta de la Convención Constitucional. Por un lado, las funciones social y ecológica no están lo suficientemente aterrizadas como para generar certeza jurídica. Por otro, la expropiación no define su objeto, por lo que posiblemente algo que hoy es considerado como tal, de aprobarse la propuesta de la Convención, podría no serlo. Más importante aún, el deber de indemnizar se limita únicamente al “justo precio”, y dejando a las partes o al tribunal la fijación de las modalidades de pago. Esto en la práctica puede empobrecer a los expropiados. Por último, se debilita en cuanto a garantías procesales, pues el recurso que reemplaza al de protección se vuelve residual y con un tiempo acotado para interponerla. Esto no solo es un problema para los dueños de terrenos atractivos para el Estado de expropiar, sino que para los que son titulares de concesiones y derechos reales, que gozan de una protección más efectiva con la normativa actual.

Además, con el nuevo estatuto de propiedad indígena, el que debe ser garantizado por el Estado y que establece como prioridad la restitución de tierras, el dominio sobre bienes raíces de una gran cantidad de chilenos se ve gravemente amenazada. Ello no afecta solamente el trabajo de toda una vida, sino que a la economía nacional, en cuanto esas tierras son fértiles para la agricultura, ganadería y la industria forestal, especialmente importante en un país productor de materias primas como es Chile.

III. EMPRENDIMIENTO Y EMPRESAS ESTATALES

La regulación de las empresas es también un pilar fundamental del estatuto jurídico actual. Esta se compone del derecho a la libertad de emprender, que da pie a todo el emprendimiento privado, y la regulación de las empresas estatales. El constituyente de 1980 también quiso resolver los problemas que el Estado empresario de la Constitución de 1925 había causado. Por tanto, limitó la creación de las empresas estatales, y además le quitó sus privilegios para que las que existieran tuviesen que competir en un plano

de igualdad con las empresas privadas, salvo excepciones calificadas por ley de quórum calificado. Todo esto es una manifestación del Estado subsidiario, que reemplazó el Estado de bienestar que se había desarrollado con la anterior Constitución, y que el proyecto de la Convención pretende a la vez modificar por uno social y de derechos.

1. Regulación actual

El primer inciso del artículo 19 Nº 21 consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, lo que se conoce como la libertad de emprendimiento. Además, señala sus límites:

21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Por consiguiente, no es una libertad absoluta, sino que el emprendimiento está limitado por (1) la moral, (2) el orden público, que son todas aquellas normas que regulan las bases esenciales de la sociedad, y que “permiten a todos y cada uno de sus miembros a cumplir sus funciones propias en paz y con seguridad jurídica”¹² y (3) la seguridad nacional. Esos son los límites que, de transgredirse, impiden el ejercicio del derecho, pero cuando sí está permitido, de todas formas se ve limitado por el respeto a las normas legales que la regulen, como lo son, por ejemplo, las normas ambientales fijadas a nivel legal, como la Ley Nº 19.300. Esta frase, además, establece una reserva legal, en cuanto a que las normas que regulan la actividad económica no pueden tener rango inferior a una ley.

El primer inciso regula a los privados en la economía, mientras que el segundo establece el régimen de las empresas estatales, con algo de recelo en cuanto a su participación de forma justa en la economía:

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

Primero, se distingue entre las empresas estatales, tan comunes durante el siglo XX, y las empresas en donde el Estado tiene una participación, por ejemplo, por medio de acciones. Esto solo se puede hacer mediante una ley de quórum calificado. Más importante aún, establece expresamente que las empresas estatales deben participar del mercado en igualdad de condiciones que los privados. Lo anterior es una manifestación del principio de igualdad que guía la Constitución actual. Así, se evita el abuso que podrían hacer las empresas estatales de su posición privilegiada, y las fuerza a funcionar

¹² Cea, *op. cit.*, p. 565.

bajo la lógica del libre mercado, la competencia, y la igualdad de oportunidades. Si se quisiera establecer excepciones a esta igualdad, tendría que hacerse por medio de una ley de quórum calificado.

Lo dicho es una aplicación de la igualdad y no discriminación en materia económica, derecho –no solo principio– enunciado en el artículo 19 n° 22:

22°. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Solo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de estos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos;

El Estado, entonces, se obliga a no discriminar arbitrariamente a los privados y entre ellos en materia económica. Es una prohibición absoluta, pues incluso aunque se establezcan privilegios a un (1) sector, (2) actividad, o (3) zona geográfica, esto debe hacerse mediante ley y nunca puede significar una discriminación ilógica o injusta¹³. De hecho, para salvaguardar esto es que el artículo 63 N° 9 dispone que las empresas estatales o en las que este participe no pueden contratar empréstitos con el Estado o sus empresas:

9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que este tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas;

En consecuencia, la regulación actual, por concordancia de los diversos artículos en cuanto a participación estatal en la economía, es marcadamente restrictiva, y guiada por el principio de neutralidad económica. Tiene barreras para iniciarla, pues solo puede hacerlo por medio de una ley de quórum supramayoritario. Además, queda sometido a las mismas reglas que los privados, por lo que no tendrá facilidades ni trato privilegiado como sí las habían en gran parte del siglo XX, e incluso si llegase a haber alguna excepción, esta también debe disponerse en una ley del mismo quórum. Con estos resguardos, se termina con el Estado empresario de la Constitución de 1925, y la actividad económica del Estado queda supeditada al ámbito del mercado y la libre competencia. El Estado, a fin de cuentas, participa en él como un privado más.

Esto no quiere decir que los privados tengan una libertad absoluta para emprender, sino que deben siempre ajustarse a la ley al hacerlo, y no pueden realizar actividades económicas que vayan contra la moral, la seguridad nacional o el orden público.

¹³ Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico Tomo I*, Ediciones UC, Santiago, 2005, p. 288.

2. Propuesta de la Convención Constitucional

Lo anterior cambia radicalmente con la propuesta de la Convención Constitucional. En cuanto a principios, se busca dejar atrás el Estado subsidiario, por lo que para hacer real el social y de derechos que se desea implementar, debe tener un mayor rol en la economía, no solo como regulador, sino como un activo participante. Además, el Estado regional con autonomías territoriales permite a las entidades autónomas crear nuevas empresas. Con la desaparición de los quórum supramayoritarios, además, eso se hace más fácil.

a) *Derecho a desarrollar actividades económicas y estatuto de las empresas estatales*

En primer lugar, hay que destacar que sí está consagrado el derecho a desarrollar actividades económicas. El artículo 80 lo contiene en su primer inciso:

Artículo 80. Toda persona, natural o jurídica, tiene libertad de emprender y desarrollar actividades económicas. Su ejercicio debe ser compatible con los derechos consagrados en esta Constitución y la protección de la naturaleza.

Curiosamente, el artículo, por ser vago, es más permisivo que el actual 19 n° 21. Esto, pues no hay una clara diferenciación entre las áreas en que no se podría ejercer este derecho, y en las que sí pero con limitaciones. El tenor literal de la norma pareciera apuntar a que se podría emprender en toda área, mientras sea compatible con los derechos constitucionales y la protección de la naturaleza, con estos dos como límites y no como prohibición. Además, se termina con la moral, el orden público y la seguridad nacional como elementos relevantes en la norma.

Asimismo, se subraya la importancia de la naturaleza en el proyecto. La norma nace de una discusión marcada por el *ecocentrismo*, por lo que cualquier actividad que pudiese dañar a la Naturaleza no sería constitucional. Los derechos constitucionales actualmente son un límite al ejercicio del derecho y no una prohibición, pero con la propuesta se debe tener en consideración su extensísimo catálogo.

El tono del debate constitucional también siguió la línea de quitarle las restricciones actuales al Estado en términos de actividad económica. No solo por el fin de Estado subsidiario, que traerá una mayor necesidad de prestaciones estatales, sino que por una desconfianza respecto de la real efectividad del sistema actual en cuanto a la igualdad de oportunidades. Según los convencionales, la competencia en el mercado no sería justa, y se necesitaría del Estado para fiscalizar, regular, e introducir aún más opciones a los consumidores participando activamente de ella.

Fue esto lo que se plasmó en el artículo 182, contenido en el capítulo de *Buen gobierno y función pública*. Se da a entender que una de las funciones del Estado es participar en la economía, de diversas formas. Hay un cambio de paradigma en cuanto a que esta regulación sale de la lógica de los derechos fundamentales individuales, en

que se la miraba con desconfianza, y es introducido en un capítulo que habla de las funciones del Estado, una de estas sería la económica.

Artículo 182. El Estado participa en la economía para cumplir sus fines constitucionales, de acuerdo con los principios y objetivos económicos de solidaridad, pluralismo económico, diversificación productiva y economía social y solidaria. En el ejercicio de sus potestades regula, fiscaliza, fomenta y desarrolla actividades económicas, conforme a lo establecido en esta Constitución y la ley.

La Constitución reconoce al Estado iniciativa para desarrollar actividades económicas, mediante las formas diversas de propiedad, gestión y organización que autorice la ley.

El primer inciso enuncia que el Estado tiene un rol protagónico en la economía. Comienza declarando que el Estado participa en la economía, lo que se ve reforzado por el inciso segundo, que le otorga iniciativa para desarrollar actividades económicas. Así, no solo regula, fiscaliza y fomenta, sino que también desarrolla actividades económicas, con el fin de cumplir los principios y objetivos de la Constitución, como lo son satisfacer los derechos (especialmente sociales) de las personas, entregarles una vida digna, y proteger la naturaleza. Además, incluye ciertos principios que deben guiar su actividad económica, muchos de estos no quedaron lo suficientemente bien explicados en el texto o en el debate que se dio dentro de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico.

El tercer inciso contempla la regulación homóloga la inciso segundo del actual artículo 19 n° 21:

Las empresas públicas se crearán por ley, se regirán por el régimen jurídico que esta determine y les serán aplicables las normas sobre probidad y rendición de cuentas.

Esta es la mayor demostración del fin de la desconfianza hacia el Estado empresario. A pesar de que se mantiene el requisito de que solo podrán existir empresas estatales por ley, al desaparecer los quórums supramayoritarios estas podrían ser autorizadas en virtud de una mera ley simple. Además, se elimina la mención de que deberán atenerse a las mismas normas que los privados. Termina el actual paradigma de lo privado en el que el Estado, en su rol de empresario, es uno más dentro del mercado. Esto permitiría eventuales privilegios y discriminaciones sin que fueran inconstitucionales. Solo les hace aplicables normas de probidad y rendición de cuentas que les son aplicables a otros organismos estatales, sin hacer mención alguna del mercado o de las empresas privadas contra las que competiría.

Además, el artículo omite aspectos importantes. Actualmente, el artículo 19 n° 21 sí hace la diferencia entre desarrollar actividades empresariales (empresas estatales) o participar en ellas (empresas en las que el Estado participa)¹⁴. Sin embargo, el artículo 182 de la propuesta no, y se refiere solo a la primera, con el vocablo de “empresas

¹⁴ Distinción que se reitera en el inciso octavo del artículo 19 n° 24.

públicas”. Por tanto, queda una gran interrogante respecto de cómo se regulará la mera participación estatal en empresas que no son de su propiedad, y si esta también estará sujeta a ese régimen.

Sin embargo, sí se mantiene la prohibición a las empresas estatales, en el artículo 264 letra c), de contratar empréstitos con el Estado u otras de su propiedad.

c) Establecer las condiciones y reglas conforme a las cuales las universidades y las empresas del Estado y aquellas en que este tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos y empresas.

En los últimos dos incisos se enfocan en las facultades reguladoras y fiscalizadoras del Estado en materia de colusión y otras malas prácticas económicas, fomentando además los ciertos tipos de mercados.

b) Estado regional y empresas estatales

La propuesta constitucional innova en cuanto a que surgen distintos tipos de empresas estatales de acuerdo con qué entidad territorial las cree. Todas comparten el régimen común explicado anteriormente.

Primero, se pueden crear empresas a nivel municipal, como lo dispone el artículo 214.

Artículo 214. Las comunas autónomas, a fin de cumplir con sus funciones y ejercer sus atribuciones, podrán crear empresas, o participar en ellas, ya sea individualmente o asociadas con otras entidades públicas o privadas, previa autorización por ley general o especial. Las empresas públicas municipales tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio y se registrarán en conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley.

Este artículo sí hace la distinción que el artículo 182 olvidó, lo que demuestra que los convencionales sí estaban conscientes de ella. La Comisión de Armonización no advirtió la incongruencia o no quiso corregirla. Además, dispone que las empresas municipales tendrán patrimonio propio, y que son creadas para cumplir con las funciones del municipio.

Segundo, las regiones autónomas también pueden crear empresas, según el artículo 220 letra e):

e) La creación de empresas públicas regionales por parte de los órganos de la región autónoma competentes, conforme a los procedimientos regulados en la ley.

Acá hay un mandato legal al legislador que no está presente en los artículos anteriores, pues no solo el régimen de la empresa se determinará por ley, sino que su proceso de creación, por lo que podría diferir del artículo 182.

Tercero, el Estado lo puede hacer, también, por medio de los gobiernos regionales. El artículo 224, al final de cuentas, le entrega la competencia de crearlas a la asamblea regional, a propuesta del gobierno de cada región. Sin embargo, el artículo 226 letra ñ)

establece que requiere la ratificación por parte de la Cámara de las Regiones, en virtud del artículo 268 n° 1.

Artículo 224: Son atribuciones esenciales de los gobiernos regionales las siguientes:

c) Proponer a la asamblea regional la creación de empresas públicas regionales o la participación en empresas regionales para la gestión de servicios de su competencia, según lo dispuesto en la Constitución, la ley y el estatuto regional.

Artículo 226: Son atribuciones de la asamblea regional:

ñ) Aprobar, a propuesta de la gobernadora o del gobernador regional y previa ratificación de la Cámara de las Regiones, la creación de empresas públicas regionales o la participación en empresas regionales.¹⁵

Artículo 268 N° 1.- Solo son leyes de acuerdo regional:

m) Las que autoricen a las entidades territoriales la creación de empresas públicas.

Por último, el Estado central, con las exigencias del artículo 182, puede crear empresas públicas. Curiosamente, la ley en cuestión no requiere de aprobación de la Cámara de las Regiones, como ocurre en las regionales.

3. Cambios

En conclusión, los pilares de ambas regulaciones son:

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención
1. Derecho a desarrollar actividades económicas y a emprender.	1. Derecho a emprender y desarrollar actividades económicas.
2. Prohibición de ejercer ese derecho si contraviene la moral, el orden público o la seguridad nacional	2. Ejercicio limitado por los derechos constitucionales y la protección a la naturaleza.
3. Reserva legal: ejercicio del derecho limitado solo por la ley.	3. Fin de lógica de Estado subsidiario: Estado empresario tratado en un capítulo separado, acerca de función pública.
4. Estado puede crear empresas o participar en ellas.	4. El Estado participa en la economía y tiene iniciativa para desarrollar actividades económicas.
5. Necesidad de ley de quórum calificado que lo permita.	5. Estado regula, fiscaliza, fomenta y desarrolla actividades económicas.

¹⁵ Se repite, además, la distinción que el artículo 182 omitió.

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención
<p>6. Igualdad de condiciones: el Estado compete como un privado más en el ejercicio de la actividad económica.</p> <p>7. Solo puede haber trato diferenciado en virtud de una ley de quórum calificado.</p> <p>8. Las empresas estatales no pueden contratar empréstitos con el Estado u otras empresas públicas</p>	<p>6. Empresas públicas deben ser creadas por ley (sin quórum supramayoritario). No especifica respecto de la participación en empresas.</p> <p>7. Constitución no establece que empresas públicas deban regirse por las mismas reglas que los privados, solo están sujetas a deberes de probidad y rendición de cuentas.</p> <p>8. Empresas estatales no podrán contratar empréstitos del Estado u otras empresas públicas.</p> <p>9. Comunas autónomas pueden crear empresas estatales.</p> <p>10. Regiones autónomas pueden crear empresas estatales.</p> <p>11. Asambleas regionales pueden crear empresas estatales, previa propuesta del gobierno regional y ratificación por la Cámara de las Regiones.</p>

En conclusión, se produce un cambio sustancial en cuanto al Estado empresario. Con el reemplazo del modelo subsidiario por uno social y de derechos, se eliminan restricciones que tenía que enfrentar el Estado para crear empresas o participar de ellas. Esto era fruto de la desconfianza con que el constituyente de 1980 veía a la actividad económica estatal, que fue sustituido por la que los convencionales tienen hacia la actividad privada. No solo se las deja de ver con suspicacia, sino que, de aprobarse la propuesta de la Convención Constitucional, no tendrían que atenerse a las mismas condiciones con que los privados operan en el mercado.

Además, con la nueva forma de Estado regional, podrán existir varias empresas estatales de distinta extensión. En suma, el Estado empresario volvería totalmente revitalizado y fuerte, y sin estar sujeto a las mismas obligaciones de competencia en igualdad que los privados.

IV. REGULACIÓN GENERAL DE RECURSOS NATURALES

La propuesta de la Convención fue escrita con un enfoque *ecocéntrico*, lo que se tradujo en normas concretas que no solo protegen debidamente el medio ambiente, sino que restringen excesivamente la actividad humana, especialmente la económica. Esto ocurrió porque en la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico primó un clima refundacional radicalmente ecológico, con muchos convencionales afines a principios extremos como el principio del *decrecimiento*. Esto se tradujo en informes que el pleno nunca pudo –o quiso– moderar lo suficiente.

Si bien el texto trató en normas específicas sectores regulatorios en materia de recursos naturales como el eléctrico, el minero o el hídrico, de todas formas, hay normas relevantes generales.

1. Regulación actual

La Constitución vigente fue pionera en su protección al medio ambiente. Estableció, por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y consagró la protección del patrimonio ambiental como un límite a nada menos que su derecho más robusto, el de propiedad. Sin embargo, para los estándares actuales, en el contexto de crisis climática, sigue siendo escueto.

Así, el artículo 19 n° 8 dispone que:

8°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;

Este artículo se hace cargo del rol de las personas en proteger la naturaleza, incluso si es a costa de algunas libertades, por más específicas que sean y restringidas estén sus limitaciones.

En algunos casos, este artículo puede estar garantizado, parcialmente, por el recurso de protección.

Asimismo, el artículo 19 n° 23 en su inciso primero excluye del derecho a la propiedad a las *res commune omnie*, que como se dijo muchas veces consisten en bienes naturales, así como también los bienes nacionales de uso público, entre los que actualmente se cuentan el agua y las playas. En efecto, el actual Art. 19 N° 23, en su inciso primero, dispone:

23°. 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.

Estos son los preceptos que han permitido regular la naturaleza en leyes que, a pesar de que necesitan actualización, permitieron establecer las bases de un ordenamiento que, en permanente actualización, se ha hecho cargo de las problemáticas medioambientales de nuestro país. El ejemplo perfecto de esto es la Ley Nº 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

2. Propuesta de la Convención Constitucional.

El texto presentado a la ciudadanía el 4 de julio ahonda mucho más en la protección del medio ambiente. Se establece como principio el hecho de que los humanos son interdependientes con la naturaleza, y se promueve el buen vivir, concepto que justamente la protege. Ella, junto con los animales, pasan a ser sujetos de derecho. Así, el ecologismo radical permea toda la propuesta.

a) *Naturaleza y Derecho Regulatorio*

La normativa ecológica afecta los sectores regulados en general, pues implica una limitación a la actividad humana. La mayoría está contenida en el capítulo de *Naturaleza y Medioambiente*¹⁶. Este establece varios principios en materia ambiental, en el artículo 128 inciso primero:

Artículo 128. Son principios para la protección de la naturaleza y el medioambiente, a lo menos, los de progresividad, precautorio, preventivo, de justicia ambiental, de solidaridad intergeneracional, de responsabilidad y de acción climática justa.

Los más preocupantes son los precautorio y preventivo, pues no se podría llevar a cabo ninguna acción humana que pudiese, incluso en el escenario más hipotético, poner en peligro el equilibrio de la naturaleza. Su efecto es una suerte de inversión de la carga de la prueba, pues, bajo la lógica *pro natura*, no es el Estado el que debe probar que se producirá el daño, sino que es el privado el que debe demostrar que bajo ninguna posibilidad se dañará al ecosistema. Si no se cumple con esta exigencia, el proyecto no puede llevarse a cabo. Es, en la práctica, un estándar casi imposible de cumplir, y se aprobó bajo la luz de la desconfianza hacia los empresarios privados que demostraron tener los convencionales.

El artículo 134 regula en detalle los bienes comunes naturales, como ya explicamos. Este señala que:

Artículo 134. Los bienes comunes naturales son elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras.

¹⁶ Capítulo que por cierto requiere de un quórum mayor para reformar (dos tercios, o cuatro séptimos más un referéndum), según la disposición transitoria séptima.

Este primer inciso conceptualiza los bienes comunes naturales, y establece que, en razón de ello, el Estado tiene un deber especial de custodia. Esto se tomó del *Public Trust Law*, una teoría jurídica desarrollada en EE.UU. que intenta armonizar el dominio privado de ciertos bienes, con un deber subsidiario pero siempre presente del Estado de protegerlos. Según la norma, este debe intervenir para asegurar los derechos de la naturaleza, establecidos en el artículo 103, y los intereses de las generaciones futuras.

Son bienes comunes naturales el mar territorial y su fondo marino; las playas; las aguas, glaciares y humedales; los campos geotérmicos; el aire y la atmósfera; la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos; el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley.

Este segundo inciso denota que la categoría de bienes comunes naturales, con todo lo que implica, incluye algunos actuales bienes nacionales de uso público, y las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres. El principal problema es el poco bagaje jurídico de esta categoría, y por tanto la poca certeza que entrega.

Entre estos bienes son inapropiables el agua en todos sus estados, el aire, el mar territorial y las playas, los reconocidos por el derecho internacional y los que la Constitución o las leyes declaren como tales.

El inciso tercero denota otra falencia en la técnica jurídica de la Convención. A pesar suyo (como los mismos miembros de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico dijeron), el artículo quedó aprobado de una forma que da a entender que hay bienes naturales comunes inapropiables, que son los que aquí se enlistan, y apropiables (el resto). Ellos realmente querían que ninguno fuese apropiable, tomando lo que son las excepciones del actual artículo 19 n° 23.

Tratándose de los bienes comunes naturales que sean inapropiables, el Estado debe preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Debe, asimismo, administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa. Respecto de aquellos bienes comunes naturales que se encuentren en el dominio privado, el deber de custodia del Estado implica la facultad de regular su uso y goce, con las finalidades establecidas en el inciso 1.

Este inciso señala los deberes del Estado para con los bienes naturales comunes, que emanan de su rol de custodio. Si son inapropiables, el Estado los administra, como ocurre hoy con los bienes nacionales de uso público. Lo novedoso es que introduce más patentemente la intervención estatal en los que son privados, y que emana del *Public Trust Law*. Así, incluso aunque el dueño tenga sobre el bien la propiedad plena, el Estado puede intervenir, sin límite en el texto, en sus facultades de uso y goce. Entonces, de todas formas, la propiedad se debilita.

Lo anterior es relevante para la industria forestal. Según este precepto, los bosques nativos son bienes comunes naturales apropiables. Entonces, al final, quedaría a la

discrecionalidad de la administración de turno intervenir en la producción de productos madereros, pues, en la práctica, esta industria implica el manejo de bosque nativo.

El artículo 136, de hecho, señala que el Estado debe *garantizar* la integridad de estos ecosistemas, lo que supone grandes dificultades a nuevas empresas forestales que quieran explotar terrenos que contarían, con la Constitución actual, con toda la normativa ambiental en línea. Esto, pues no se puede dividir el ecosistema que es el bosque nativo, y tampoco se pueden amenazar sus funciones y procesos. Si se interpretan estos vocablos a la luz de lo que se discutió en la comisión respectiva¹⁷, es casi imposible instalar una nueva faena forestal en donde actualmente hay bosque nativo, aunque el interesado se obligara a mantener cuotas de él, como se hace actualmente.

Artículo 136. El Estado, como custodio de los humedales, bosques nativos y suelos, asegurará la integridad de estos ecosistemas, sus funciones, procesos y conectividad hídrica.

El peligro se ve aumentado si se considera que el Estado está obligado a intervenir para proteger los derechos de la naturaleza, que implican su conservación y preservación, cosas que, interpretadas en un sentido estricto, se ven amenazadas por industrias forestales, las que se encuentran, en su mayoría, de Ñuble al sur.

El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad.

El inciso quinto cobra relevancia cuando se lee a la luz del tercero, que sujeta esta regulación a todos los bienes comunes naturales inapropiables, como los son las aguas, que se verán a continuación, y el mar territorial y las playas. Además, las autorizaciones serán otorgadas si se cumplen los requisitos *copulativos* de estar justificadas en (1) el interés público, (2) la protección de la naturaleza y (3) el beneficio colectivo. Se discutió, de hecho, la sustitución de la palabra “y” por una “o”, y se rechazó, lo que denota la intención expresa de que toda autorización deba estar fundada en la protección de la naturaleza, lo que muchas veces no es el fin de las industrias que utilizan recursos naturales.

Todo esto vuelve a esta norma fundamental para la industria salmonera¹⁸, pues a futuro no podrían existir las concesiones como las actuales, sino que autorizaciones precarias, que no constituyen propiedad y que son *esencialmente revocables*. Aunque las concesiones actuales sean otorgadas también en sede administrativa, tienen una duración definida de 25 años renovables y otorgan un grado de certeza suficiente que

¹⁷ Algunas iniciativas constituyentes emanadas de los llamados ecoconstituyentes planteaban el fin de las forestales.

¹⁸ La que se hace en mar territorial. A la que se realiza en agua dulce se aplican las normativas de Derecho de Aguas que se explicarán a continuación.

ha permitido posicionar a Chile como uno de los mayores exportadores de salmón en el mundo.

Por último, el artículo 139 inciso segundo impone el deber al Estado de preservar los ecosistemas marítimos:

Es deber del Estado la conservación, la preservación y el cuidado de los ecosistemas marinos y costeros continentales, insulares y antártico, propiciando las diversas vocaciones y usos asociados a ellos y asegurando, en todo caso, su preservación, conservación y restauración ecológica.

En consecuencia, a pesar de que se reconocen los diversos usos asociados a los ecosistemas marítimos, en la práctica, especialmente tomando en cuenta los principios ambientales ya explicados, fácilmente se podría usar la última frase del inciso para limitar la industria acuícola. Esto debilita la seguridad jurídica sobre las concesiones de acuicultura, pues se deja, al igual que el otorgamiento de autorizaciones acerca de los inapropiables, a la arbitrariedad de un Estado robusto, que razona respecto de la lógica de principios ecocéntricos. Ahora, tiene las herramientas para limitar excesiva y fuertemente una actividad intensiva y controversial como es la salmonicultura.

El artículo 130 establece un deber de conservación de todas las especies nativas bastante preciso, pues se logra por medio de la mantención de una cantidad adecuada, cuya distribución asegure la viabilidad de su población:

Artículo 130. El Estado protege la biodiversidad, debiendo preservar, conservar y restaurar el hábitat de las especies nativas silvestres en la cantidad y distribución adecuada para sostener la viabilidad de sus poblaciones y asegurar las condiciones para su supervivencia y no extinción.

Ello podría modificar la forma en que se realizan las plantaciones forestales y se mantienen a los peces de criadero, pues ambas son formas intensivas de producción. Además, este artículo surgió de una iniciativa de la convencional Cristina Dorador, que tenía en mente no solo a la flora y fauna afectadas por estas faenas, sino que también la de los monocultivos agrícolas, que también se verían limitados porque precisamente se basan en la plantación de un solo tipo de especie, normalmente no nativa. Por consiguiente, esta norma podría servir como ancla para limitarlos en razón de la protección de los ecosistemas locales.

Por último, el texto usa, en el transcurso de todo el capítulo, el concepto de *restauración* de la naturaleza¹⁹. Esto es un error, pues en la práctica es imposible retornarla al estado en que se encontraba previo al daño; solo se puede regenerar o reparar. Nuevamente se fijan estándares imposibles de cumplir, tanto para el Estado mismo como para los privados.

¹⁹ Es, de hecho, uno de sus derechos, según el artículo 103.

b) *Consentimiento indígena y los sectores regulados*

Además de lo ya mencionado en relación con el estatuto especial de propiedad indígena consagrado en su artículo 79, la propuesta incluye más normativa que podría poner problemas a las industrias que explotan los recursos naturales que se encuentran en su territorio.

Especialmente relevantes son los artículos 34, 66 y 191. El primero establece un amplio catálogo de derechos que, el texto de la Convención, le reconoce a los pueblos originarios:

Artículo 34. Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos; a la cooperación e integración; al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Por consiguiente, se les reconoce injerencia en los territorios que tradicionalmente les pertenecerían, lo que sumado a la existencia de autonomías territoriales indígenas en el artículo 234, podría implicar que, en la práctica, se necesite su ratificación para llevar a cabo proyectos dentro de sus territorios. Lo anterior no es solo un problema para la minería, como se verá, sino que para la industria acuícola del sur, que se lleva a cabo en territorio que, según registros de la CONADI²⁰, sería principalmente kawésqar y yagán.

El artículo 66, además, establece el derecho a consulta de rango constitucional:

Artículo 66. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe.

Dicho derecho ya se encuentra en el Convenio 169 de la OIT, suscrito por Chile, y ya se lleva a cabo en faenas mineras, principalmente. Lo que genera incertidumbre es que ese instrumento no es vinculante; sin embargo, el vocablo “efectiva participación” en una norma cuyo tema es la consulta indígena, instala la duda de si significa que, entonces, el resultado de esta es vinculante. Si lo fuese, sería un obstáculo más que tendría que superarse para llevarlas a cabo, y que implicaría alargar los tiempos de negociación entre los empresarios y los pueblos originarios, que ya son largos.

Por último, el artículo 191 va más allá, y no solo establece el deber de consulta indígena, sino que dispone que se necesita su consentimiento previo, libre e informado,

²⁰ <http://www.conadi.gob.cl/registro-publico-de-tierras>, consultado el 12 de julio de 2022.

en materias que afectaren sus derechos constitucionales. En efecto, el inciso segundo del artículo 191 dispone:

“Los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución”.

La norma quedó inmersa en el capítulo de *Estado regional y organización territorial* porque nació en la Comisión de Forma de Estado. Sin embargo, en el periodo de deliberación de la Convención ingresaron varias iniciativas que, en el mismo tenor, exigían el consentimiento indígena para la instalación o mantención de empresas extractivas en sus territorios. Asimismo, la Comisión de Armonización intentó cambiar el inciso para que fuese armónico con el capítulo en el que se encontraba y se entendiese que solo era necesario para materias de administración territorial, pero los escaños reservados se negaron, conscientes de la conveniencia de una consagración tan amplia como esta, la que al final prosperó.

En consecuencia, queda claro que, de aprobarse el texto propuesto por la Convención, el mejor escenario posible, desde el punto de vista de los que deseen invertir en empresas del sector regulatorio, es que la interpretación de la Constitución no quede clara y se judicialice. La peor es que se entienda que se necesita el consentimiento indígena para llevar a cabo los proyectos que requieren extracción de recursos naturales, pues afectarían sus –muchos– derechos constitucionales. Ya no bastaría tener la concesión (convertida en autorización) ni la autorización ambiental, ahora se requeriría también la aquiescencia de los pueblos originarios en cuyos territorios se emplaza la actividad.

3. Cambios

Mucho cambia en cuanto a normas generales que afectan directamente a los sectores regulados.

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
<ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. 2. Deber estatal de tutelar la protección de la naturaleza 3. Límite a la propiedad en la protección del patrimonio ambiental. 4. Imposibilidad de apropiarse de bienes nacionales de uso público, muchos de los cuales son naturales, y los <i>res commune omnie</i>. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Naturaleza tiene derechos: a que se respete y proteja su existencia, mantención, regeneración y restauración de sus funciones y ciclos naturales. 2. Principios ambientales que fijan estándares casi imposibles de cumplir, siguiendo la lógica de <i>in dubio pro natura</i>. 3. Creación de nueva categoría para el derecho: bienes comunes naturales, respecto de los cuales el Estado tiene un deber de custodio.

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
	<ol style="list-style-type: none"> 4. Los bienes comunes naturales pueden ser apropiables o inapropiables. 5. Si son inapropiables, el Estado puede entregar autorizaciones administrativas temporales y esencialmente revocables sobre ellas, si, entre otros, se fundan en la protección de la naturaleza. 6. Sobre los inapropiables, como el bosque nativo, el Estado puede regular su uso y goce, a pesar de que un privado tenga la plena propiedad sobre ellos. 7. Amenaza a industrias intensivas como la acuícola y la de monocultivos forestales y agrícolas: El Estado debe asegurar la integridad de los bosques nativos, la preservación de los ecosistemas marinos y la viabilidad de las especies nativas. 8. Autonomías territoriales indígenas: varias industrias de los sectores regulados podrían quedar afectas a las normas particulares de las autonomías indígenas, y quedar sujetas a la consulta, que puede ser vinculante. 9. Veto indígena: si la actividad afecta sus derechos constitucionales, no se requiere solo de la consulta sino que también de su consentimiento.

V. DERECHO DE AGUAS

La sequía motivó uno de los debates más controversiales en la Convención, acerca de qué hacer con el estatuto del agua en Chile, especialmente considerando la reforma al Código de Aguas. A pesar de los consensos alcanzados en la discusión parlamentaria, el órgano constituyente fue mucho más radical en su regulación hídrica, y terminó con un sistema que había regido, en su núcleo, desde los tiempos de Bernardo O'Higgins.

1. Regulación actual

El constituyente de 1980 tuvo la tarea de reparar los estragos que había causado la Reforma Agraria en temas de aguas. Así, quiso asegurar la propiedad sobre los derechos

de aprovechamiento, que durante los años anteriores a 1973 habían sido expropiados y su régimen debilitado, causando confusión y caos en el campo. Esto lo hizo siempre entendiendo que, según el Código Civil, las aguas son bienes nacionales de uso público, y por tanto, como establecería en el artículo 19 n° 23, inapropiables.

Toda esta regulación constitucional después se aterrizó en el Código de Aguas de 1981, el que sería complementado con modificaciones y adiciones, para terminar casi totalmente cambiado por la reforma del 2022.

En fin, el dominio público de las aguas creado por la Constitución de 1980 razona acerca de dos pilares: (1) las aguas son bienes nacionales de uso público, y (2) sobre ellas el Estado, como representante de la Nación, otorga derechos de aprovechamiento perpetuos a los usuarios, derechos que ingresan a su patrimonio. Además, a nivel legal, se establece una gobernanza conjunta de las aguas, con organizaciones de usuarios locales supervisadas por la Dirección General de Aguas, órgano dependiente del MOP encargado de otorgar derechos de aprovechamiento de aguas y de fiscalizar su buen uso, entre otras funciones.

El primer pilar está basado en el artículo 595 del Código Civil, que establece que:

Artículo 595. Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.

Esto es refrendado por el primer inciso del artículo 5 del Código de Aguas reformado:

Artículo 5. Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

En consecuencia, las aguas son inapropiables en virtud del artículo 19 n° 23 ya expuesto.

Asimismo, para aprovechar las aguas, y, en palabras del Código de Aguas, en función del interés general, el Estado otorga derechos de uso y goce sobre ellas, que son perpetuos²¹ e ingresan al patrimonio del titular. Se definen en el artículo 6 del Código:

Artículo 6. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas²², de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código o por el solo ministerio de la ley.

Esto es lo que establece la Constitución de 1980 en el último inciso del artículo 19 n° 24:

²¹ Antes de la entrada en vigor de la reforma al Código en abril del 2022. Los que se otorguen con posterioridad seguirán siendo derechos, pero temporales (aunque renovables) y sujetos a más causales de caducidad.

²² La definición fue modificada por la reforma, agregándose la temporalidad.

Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;

Una parte importante de los convencionales de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico nunca entendió que la palabra “ellos” hace referencia a los derechos de aprovechamiento, y no a las aguas, pues de ser así diría “ellas”. Este inciso consagra la cosificación de los derechos sobre las aguas, permitiendo un derecho de propiedad sobre otro derecho real, y por tanto protegiéndolo con la garantía del artículo 20 de la actual Carta Fundamental.

Estos derechos pueden ser otorgados o reconocidos por la autoridad o la ley. La primera ocurre en virtud de un acto administrativo de la Dirección General de Aguas concediendo un nuevo derecho sobre una fuente natural por un determinado caudal. El segundo, cuando esta, o la ley, meramente reconocen una situación de hecho que ya se producía, según ciertas causales legales o posterior a un trámite administrativo. Esto intentó subsanar el problema que dejaron las expropiaciones masivas de la Reforma Agraria.

La reforma al Código de Aguas establece usos prioritarios, que contemplan la producción industrial.

Artículo 5 bis. Las aguas cumplen diversas funciones, principalmente las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; las de preservación ecosistémica, y las productivas.

Por último, el estatuto de las aguas actual permite la creación de diversos tipos de organizaciones de usuarios, compuestas por quienes tienen derechos de aprovechamiento sobre las aguas de una determinada cuenca o porción de cuenca, o sean usuarios de alguna obra común. Estos son los órganos representativos de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, y son clave en su administración²³. Con ellos es que la Dirección General de Aguas, en contextos de sequía como el actual, negocia la redistribución de los caudales a los que los integrantes tienen derecho en virtud de su derecho de aprovechamiento de aguas. Muchas de esas negociaciones son exitosas.

2. Propuesta de la Convención Constitucional

Muchos de los miembros de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico eran miembros de la asociación MODATIMA, que culpa al sistema ya descrito de la falta de agua que sufren sectores como La Ligua y Petorca. Su misión era terminar con lo que ellos veían como un régimen anómalo en el mundo, que llevaba a que, en la práctica y

²³ Se dividen en Juntas de Vigilancia, Asociaciones de Canalistas, Comunidades de Aguas y Comunidades de Aguas Subterráneas. Hay aproximadamente cincuenta juntas de vigilancia en Chile, según los registros del MOP.

en su opinión, las aguas fuesen privadas. De ellos surgió la normativa que se presenta en el texto.

Ya se mencionó que las aguas dejan de ser bienes nacionales de uso público para ser bienes comunes naturales. Sobre ellas solo se pueden otorgar autorizaciones administrativas, temporales, esencialmente revocables, y que no ingresan al patrimonio del titular de la administración. Esto es refrendado por el artículo 142:

Artículo 142. El Estado velará por un uso razonable de las aguas. Las autorizaciones de uso de agua serán otorgadas por la Agencia Nacional del Agua, de carácter intransferible, concedidas basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas, y obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento.

Es competencia de la Agencia Nacional del Agua, sucesora de la Dirección General de Aguas, otorgar, revisar y caducar las autorizaciones de uso.

*Artículo 144 inciso segundo. La Agencia Nacional del Agua tiene las siguientes atribuciones:
c) Otorgar, revisar, modificar, caducar o revocar autorizaciones de uso de agua.*

Es oportuno destacar que mientras los chilenos no indígenas deben esperar una autorización de uso de agua, los que sí son indígenas tienen su uso asegurado a nivel constitucional, en virtud del artículo 58. De hecho, se le asegura también su integridad, lo que podría perjudicar a usuarios no pertenecientes a pueblos originarios que compartan la cuenca, y ser causa de varias situaciones limítrofes difíciles de resolver.

Artículo 58. La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas. Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento.

En principio, la normativa permanente solo haría que los futuros derechos de aprovechamiento fuesen autorizaciones. Sin embargo, la disposición transitoria trigésima quinta señala que todos los derechos de aprovechamiento existentes se entienden, para efectos legales, como autorizaciones en el mismo sentido que las plantea el artículo 134:

Trigésimo quinta. Con la entrada en vigencia de esta Constitución todos los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados con anterioridad se considerarán, para todos los efectos legales, autorizaciones de uso de agua según lo establecido en esta Constitución. Mientras no se dicte la legislación ordenada en la disposición transitoria anterior, se aplicarán las reglas que prescribe el Código de Aguas en materia de constitución y extinción de autorizaciones de conformidad con esta Constitución, sin perjuicio de los procesos de revisión y ajuste de los caudales a ser redistribuidos en cada cuenca. En ningún caso se podrán aplicar las reglas relativas a la constitución de estas autorizaciones por remate. Los derechos de aprovechamiento otorgados, regularizados, reconocidos o constituidos por acto de autoridad competente antes del 6 de abril de 2022 se sujetarán a lo dispuesto en las disposiciones transitorias de la ley N° 21.435, que reforma el Código de Aguas. No

se aplicará lo establecido en los incisos primero y cuarto del artículo segundo transitorio de dicho cuerpo legal a los derechos de aprovechamiento constituidos por acto de autoridad, reconocidos, adquiridos u otorgados a las personas, asociaciones y comunidades indígenas, de conformidad con los artículos 2, 9 y 36 de la ley N° 19.253, los que serán inscritos como autorización de uso tradicional de manera automática en el registro respectivo. Mientras no se dicte la normativa pertinente, o en el plazo máximo de tres años a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Solo previa autorización de la Dirección General de Aguas, o su sucesor jurídico, se podrán autorizar cambios de titularidad en las autorizaciones administrativas de uso de agua o actos jurídicos que impliquen que una persona distinta de la titular las ejerza, siempre que estén fundadas en la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento o la disponibilidad efectiva de las aguas en conformidad con lo establecido en los artículos 57 y 142 de esta Constitución. Dicho acto administrativo deberá ser fundado y deberá inscribirse en el Catastro Público de Aguas a que se refiere el artículo 112 del Código de Aguas.

b) Los gravámenes constituidos conforme al artículo 113 del Código de Aguas antes de la fecha de publicación de esta Constitución seguirán vigentes en los términos que establece su inscripción, hasta la regulación de esta materia en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior.

c) Las autorizaciones de uso de aguas otorgados, constituidos, regularizados o reconocidos antes de la entrada en vigencia de esta Constitución se sujetarán a las normas del derecho común para efectos de su transmisibilidad por causa de muerte, hasta la regulación de esta materia en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior. Con el objeto de asegurar la continuidad del servicio y el cumplimiento del derecho humano al agua y saneamiento establecidos en el artículo 57, y mientras no se dicte la ley indicada en la disposición transitoria anterior, se mantendrán en vigor los actos jurídicos que tengan por objeto contar con agua para abastecer sectores urbanos, asentamientos rurales, cooperativas y comités de agua potable rural, destinados exclusivamente al consumo humano o al saneamiento, suscritos con titulares de autorizaciones de aguas o con organizaciones de usuarios de aguas, sin perjuicio de la revisión y autorización de la Dirección General de Aguas. Las materias relativas a agua potable y saneamiento serán reguladas en la ley ordenada en la disposición transitoria anterior. Una vez concluidos los plazos contemplados en el artículo segundo transitorio de la ley N° 21.435, los registros de aguas de los conservadores de bienes raíces se traspasarán a la Agencia Nacional del Agua o a la Dirección General de Aguas en caso de no estar aún implementada.

El artículo es confuso. Establece que los derechos de aprovechamiento son autorizaciones, pero después a la gran mayoría, que son los inscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, les hace aplicable los artículos transitorios del reformado Código de Aguas²⁴. Esto debía corregirse en la Comisión de Armonización, como parte del acuerdo que permitió que los escaños reservados aprobasen la norma, que

²⁴ Limita las causales de caducidad y dispone su perpetuidad.

venía del Frente Amplio, a cambio de que se limitara esta aplicación solo al artículo segundo transitorio, y así fue. Sin embargo, a la hora del pleno, dicho pacto no dio los votos necesarios para aprobar el cambio, el que fue rechazado.

Como fuese, nuevamente los agricultores e inversionistas que necesitan del agua se ven enfrentados al mal menor: en el peor de los escenarios, el tema se judicializa y la certeza demora años en llegar; en el peor, terminan con autorizaciones revocables y temporales que no constituyen propiedad.

No hace falta recalcar sus aspectos negativos. Termina con la seguridad de miles de agricultores, poniendo en riesgo el trabajo de toda una vida y la economía agropecuaria del país. *El Mercurio*, en sendos artículos del 17 de junio de 2022, advierte acerca de la pérdida que significaría esto para los agricultores, y no solo en cuanto a la seguridad de poder producir en un contexto en que el recurso es cada vez más escaso: se estima que los terrenos, en el mejor de los casos, valdrían entre 20% y 30% menos sin los derechos de aprovechamiento, y disminuiría su patrimonio, lo que les dificultaría el acceso a créditos.

Además, la norma es, en la práctica, expropiatoria. Como se expuso anteriormente, no solo es tal la que priva al dueño del bien en cuestión, sino que también la que le quita el derecho de propiedad sobre la cosa, que es lo que se está haciendo en este caso. Puede discutirse si el hecho de que se haga por medio de la Constitución satisface el requisito de que se debe hacer por ley, o si esa será la que el mismo artículo transitorio dispone, pero lo más importante es que se debe pagar un precio (sea el justo precio según la propuesta de la Convención, o el de mercado como dispone la Constitución actual), el que no se ha discutido en ninguna instancia. Al final, esta norma le priva a miles de chilenos el gran activo que actualmente significa ser propietario de un derecho de aprovechamiento.

Sin embargo, hasta que no se dicte la ley que crea la Agencia Nacional del Agua, se mantendrán los negocios jurídicos que abastezcan a la población de agua, tanto en sectores urbanos como rurales. Dicha ley, en virtud de la disposición transitoria trigésimo cuarta, debiese dictarse en dos años²⁵.

Por consiguiente, y para agregar incerteza jurídica a la situación, la disposición trigésimo sexta dispone que se iniciará un proceso de redistribución de aguas en las cuencas. Este debe iniciarse en seis meses, y será para garantizar los usos prioritarios que dispone el texto propuesto:

Trigésimo sexta. La Dirección General de Aguas o la Agencia Nacional del Agua, según corresponda, de manera gradual, progresiva y con sentido de urgencia, realizará el proceso de redistribución de los caudales de las cuencas con el apoyo respectivo de los gobiernos regionales, para garantizar los usos prioritarios reconocidos en la Constitución. Este proceso comprende la elaboración de informes de diagnóstico y evaluación a nivel regional, que se desarrollará por etapas y priorizando aquellas cuencas en crisis hídrica y con sobreotorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas. Dentro del plazo

²⁵ No especifica desde cuándo se comienza a computar el plazo.

de seis meses, se iniciará el primer proceso regional. Esta redistribución no se aplicará a pequeños agricultores, comunidades, asociaciones y personas indígenas, gestores comunitarios de agua potable rural y otros pequeños autorizados.

Dichos usos prioritarios son, en virtud del artículo 140 inciso segundo: el derecho humano al agua²⁶ y el equilibrio de los ecosistemas. Nada dice de las actividades productivas, en concordancia con la desconfianza demostrada por la Convención hacia los sectores productivos. El problema es que el sector agropecuario es fundamental para garantizar la seguridad alimentaria, especialmente en un contexto de crisis global de alimentos y conflictos internacionales que los encarecen o impiden su llegada²⁷. No solo dichas empresas deben lidiar con no ser consideradas como dentro de los usos prioritarios de rango constitucional, en relación con la redistribución de su recurso productivo, sino que pierden la seguridad que les otorga un derecho de aprovechamiento del que son dueños, y con el que pueden disponer para asegurar el futuro de sus familias o hacer crecer su negocio por medio de créditos, otorgados a base de la solvencia que entrega tener dentro del patrimonio dicho derecho.

Por último, se crean los Consejos de Cuenca, cuyos integrantes están establecidos en la misma propuesta de la Convención. No queda claro si reemplazarán a las actuales organizaciones de usuario o no, pero rigidizan la participación en el órgano, además de demostrar el cambio de paradigma entre un Estado subsidiario que administra con privados²⁸, y un Estado grande que tiene distintos órganos a nivel territorial. Además, se dispone que es uno por cuenca, siendo que, por ejemplo, es una constante el seccionamiento de cauces; así, por ejemplo, actualmente hay tres juntas de vigilancia solo en el río Maipo. Esto lo regulan los incisos segundo y tercero del artículo 143:

Los consejos de cuenca serán los responsables de la administración de las aguas, sin perjuicio de la supervigilancia y demás atribuciones de la Agencia Nacional del Agua y de las competencias asignadas a otras instituciones.

La ley regulará las atribuciones, el funcionamiento y la composición de los consejos. Estos deben integrarse, a lo menos, por los titulares de autorizaciones de uso de agua, la sociedad civil y las entidades territoriales con presencia en la respectiva cuenca, velando que ningún actor pueda alcanzar el control por sí solo.

²⁶ Consagrado también como derecho constitucional en el artículo.

²⁷ Otra contradicción más: ahora con el Art. 54.

²⁸ Lo que se demuestra en desechar el sistema de redistribución de caudales negociadas que actualmente se implementa, en favor por uno mucho más radical y agresivo.

3. Cambios

Estatuto jurídico actual	Propuesta de la Convención Constitucional
<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio público de las aguas: bienes nacionales de uso público que son inapropiables. 2. Aprovechamiento por medio de derechos de uso y goce otorgados o reconocidos por el Estado, mediante un órgano administrativo, o la ley. Este sistema viene desde, al menos, el siglo XIX. 3. Cosificación del derecho: propiedad de rango constitucional sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Por tanto, está protegido por el recurso de protección. 4. Administración coordinada entre órganos públicos (Dirección General de Aguas) y privados (organizaciones de usuarios), que puede ser a un nivel más local que solo la cuenca. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio público de las aguas: bienes naturales comunes inapropiables, en todos sus estados. 2. Aprovechamiento por medio de autorizaciones fundadas en la protección del medio ambiente, que son temporales, caducables, revocables e intransferibles. 3. Estatuto especial para los indígenas. 4. Expropiación en la práctica: transformación de todos los derechos de aprovechamiento ya otorgados en autorizaciones administrativas. A pesar de la aplicación de las disposiciones transitorias del Código de Aguas reformado, las autorizaciones son, por esencia, revocables. 5. Redistribución urgente y progresiva de los caudales de las cuencas, por medio de la Agencia Nacional del Agua. 6. Creación de los Consejos de Cuenca, órganos públicos territoriales que llevarán la administración local de las aguas, y que será solo uno por cuenca. 7. Usos prioritarios a nivel constitucional: se dejan fuera las funciones productivas o de seguridad alimentaria, mencionando solo el derecho humano al agua y las funciones ecosistémicas.

El agua siempre ha sido un recurso importante en Chile y que ha causado conflictos entre los mineros y los agricultores. Además, la regulación de las aguas y la certeza que su régimen entregue afecta no solo a privados, sino que, también, a las empresas sanitarias encargadas de entregarles el recurso, y a otras industrias como la acuicultura o las hidroeléctricas que también dependen del agua dulce para producir. Es por eso que debe ser tratada con extrema cautela, lo que no se hizo en la Convención Constitucional.

VI. DERECHO DE MINERÍA

La minería fue un tema donde se notó una fractura en la izquierda dentro de la Convención. La izquierda más tradicional, como los socialistas, eran conscientes de la importancia de este sector productivo en la economía, y de lo necesario que eran los recursos que deja en el país para financiar los derechos sociales que pretendían consagrar. Teniendo en cuenta, además, que la mayoría de la regulación actual, tanto a nivel constitucional como legal, viene de las reformas llevadas a cabo en el periodo presidencial de Salvador Allende, no dieron sus votos a las normas que buscaban terminar con el sistema de concesiones actuales, que pretendía nacionalizar la minería o terminar con ella por su daño medioambiental. Por tanto, la regulación minera quedó, *en su mayoría*, igual.

1. Regulación actual

El constituyente de 1980 reguló con exhaustividad la minería dentro de la propiedad, en cuanto quería asegurar que lo ocurrido con la Nacionalización del Cobre no se repitiera. Por tanto, todo lo concerniente tanto al dominio estatal de las minas como al dominio sobre las concesiones y sus límites debía quedar dentro del derecho de propiedad, lo que significa que hay un “núcleo insuprimible de la garantía de la propiedad en general [...] adquirir, usar, gozar y disponer de los bienes, sin otra limitación u obligación que aquellas que la ley imponga en virtud de la función social”²⁹. Además, se hace con rango constitucional por su importancia para el país.

El núcleo fundamental del estatuto constitucional minero en nuestra Constitución se compone de (1) dominio estatal sobre las minas y yacimientos mineros; (2) propiedad sobre las concesiones mineras judiciales; y, (3) concesibilidad de los minerales.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

En virtud del inciso sexto del artículo 19 N° 24, la propiedad del Estado sobre las minas es imprescriptible, inalienable, exclusivo y absoluto. Esta recae incluso sobre ciertas cosas que, según la geología, no son propiamente depósitos naturales de sustancias del reino mineral.

Lo anterior, en concreto, significa que se reputa que el Estado siempre ha sido, es y será dueño de los minerales dentro de territorio chileno. Como dicha propiedad es absoluta, él goza de las tres facultades del dominio: uso, goce y disposición, pero debe

²⁹ Vegara, Alejandro, *Instituciones de Derecho Minero*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 352.

ejercerlas conforme la misma ley señale. Es en virtud de esto que puede entregar en concesiones sus yacimientos mineros, pero no puede enajenarlos, pues se entiende que con eso perdería parte de su soberanía. Este es un tipo de propiedad que escapa a la dicotomía entre bien privado y bien público: se trata de un tipo especial de propiedad estatal atento a las excepciones que el mismo Art. 19 N° 23, inciso primero, parte final, permite.

Además, es tan fundamental la actividad minera para el país que los dueños de los predios superficiales, a pesar de seguir siéndolo, deben tolerar las obligaciones y limitaciones necesarios para la exploración, explotación y beneficio del recurso.

Como el Estado es consciente de que no puede explotar todos los minerales por sí solo, establece la figura de la concesión minera en el inciso séptimo del mismo artículo, para poder aprovechar el yacimiento. Es una figura histórica, pero que se perfila con tanto detalle en la Constitución actual es una novedad.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

Se reconocen dos tipos de concesiones: exploración y explotación, ambos derechos reales. La consagración en la Constitución tal cual está, dota al minero de la libertad propia de un propietario. Las concesiones pueden, por ello, ser transferidas, embargadas e incluso sacadas a remate. Ambas son constituidas por resolución judicial, lo que significa que es un tribunal, más rápido, accesible e imparcial, el que otorga el derecho, y no un órgano administrativo como se pretendió durante el debate constitucional actual. También él conoce de su extinción, cuyas causales, por razones de seguridad jurídica, deben estar siempre establecidas al momento del otorgamiento de la concesión.

Debe advertirse que el concesionario no es dueño de los minerales sino hasta que los separa de la tierra y se beneficia de ellos. Más bien, es dueño del derecho real de concesión minera, no obstante esta tenga por objeto las sustancias minerales concesibles que existan en sus límites.

Respecto de los minerales inconcesibles, la Constitución excluye expresamente a los hidrocarburos líquidos y gaseosos, por su importancia para el desarrollo del país, y se reserva para sí su exploración, explotación y beneficio (al igual que respecto del litio, según lo consagró la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras). Esta la puede llevar a cabo por medio de los mecanismos que el inciso décimo especifica:

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas³⁰, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

Actualmente, el método más utilizado es el contrato especial de operación, que dio mucho que hablar hace unos meses cuando se abrió la licitación para la explotación del litio. En realidad, es un mecanismo conveniente para el Estado, pues se lleva una ganancia con un riesgo muy menor, pues es el privado el que lo asume completamente. Además, se contemplan cuotas de extracción máximas y tienen una duración determinada.

2. Propuesta de la Convención Constitucional

Como se explicó, el órgano constituyente, gracias, en parte, a los socialistas, no cambió lo sustancial de régimen minero expuesto. El Frente Amplio, apoyado por los ecoconstituyentes cuando se dieron cuenta que perderían la batalla en cuanto a que sí habría minería³¹, intentó transformar las concesiones en autorizaciones administrativas temporales, otorgadas por un órgano administrativo, pero nunca contaron con los votos para hacerlo. Sin embargo, esto no quiere decir que no se hayan cambiado aspectos importantes.

El primer inciso del artículo 145 reitera lo que el actual inciso sexto del 19° 24 dispone. Sin embargo, se produce una confusión respecto de otros artículos de la propuesta. Si bien este consagra el dominio estatal de las minas, el artículo 134 inciso segundo dispone que son bienes naturales comunes, entre otros, el subsuelo. Por consiguiente, no quedaría claro si las minas son lo uno o lo otro, y de esto depende la injerencia del Estado en su uso y goce, y su dominio sobre los minerales. A pesar de que este tema puede, por supuesto, ser judicializado, el debate dentro de la Comisión de Medio Ambiente y Modelo Económico, y en los plenos, da a entender que los autores de la norma contemplaban a los minerales como bienes estatales, diciendo expresamente que ya no los consagrarían como bienes naturales comunes. Por lo demás, se debe hacer una distinción entre el subsuelo y los minerales, pues uno es el continente y el otro el

³⁰ Acá es donde nuevamente se ve la diferenciación entre las empresas estatales (las primeras) o en las que participa, en este caso con un porcentaje mayoritario de control (las segundas).

³¹ A pesar de declaraciones de las convencionales Zárata y San Juan en que demostraron su intención de acabar con la minería en sus territorios.

contenido. Por tanto, se podría incluso dar que el subsuelo que contiene a los minerales sea un bien común natural, y que estos sean del Estado.

Es importante notar que el artículo 145 consagra el dominio del Estado también *sobre las sustancias minerales*. Ello es un absurdo, pues la sustancia mineral difiere del yacimiento o mina que es de dominio estatal. La sustancia mineral es el producto minero ya extraído, separado del depósito natural y obviamente ha de ser del concesionario minero, tal cual lo señala el actual Art. 116 del Código de Minería.

El inciso segundo de ese artículo dispone que:

La exploración, la explotación y el aprovechamiento de estas sustancias se sujetarán a una regulación que considere su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección ambiental.

La conjunción del carácter finito de los minerales, con el interés público intergeneracional, da espacio para el establecimiento de las llamadas cuotas de extracción a futuro. Finalmente, esa es su justificación: que no se puede dejar a los chilenos del futuro sin recursos mineros solo porque la generación presente, sabiendo que eran limitados, decidió extraerlos todos sin límites. Esto, claramente, afectaría a las empresas mineras actuales, disminuyendo el atractivo de Chile como un país minero y abierto a la inversión³².

El artículo 146, por su parte, señala las zonas excluidas para la minería. Esta norma, por no tener una disposición transitoria que la adecúe, entraría a regir *in actum*:

Artículo 146. Quedan excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley y las demás que ella declare.

Este artículo es complementado por el 137:

Artículo 137. El Estado garantiza la protección de los glaciares y del entorno glaciar, incluyendo los suelos congelados y sus funciones ecosistémicas.

En suma, los proyectos mineros, en planificación o en curso, que operen dentro de estas zonas, tendrían que cerrar. Incluso el Ejecutivo, dentro de las recomendaciones que hizo llegar a la Comisión de Normas Transitorias, recomendó regular el tema en el sentido de impedir o retrasar el cierre de las faenas ya operativas. Esto, pues grandes empresas mineras están emplazadas en las zonas en cuestión, una de ellas siendo Pelambres y otra El Teniente. Si llegasen a cerrar, el costo para Chile y su industria serían incommensurables³³. Muchas de las zonas ricas en minerales están emplazadas en áreas que potencialmente caben dentro de las que estarían prohibidas para operaciones mineras.

³² Además, el argumento es un tanto falaz, pues con el mejoramiento tecnológico se permiten explotar yacimientos mineros cada vez con menor ley de corte, lo que provoca aumento en las reservas.

³³ El 2021, según sus registros, solo Los Pelambres produjo 324.700 toneladas de concentrado de cobre.

3. Cambios

Constitución de 1980	Propuesta de la Convención Constitucional
<ol style="list-style-type: none"> 1. Dominio estatal minero. 2. Derechos reales para privados: existencia de concesiones de explotación y exploración para beneficiarse de los minerales. 3. Constitución por vía judicial. 4. Propiedad sobre la concesión. 5. Régimen de amparo por vía indirecta. 6. Existencia de minerales inconcesibles: por su importancia, el Estado se reserva su explotación, por medio de cuatro vías. 	<p>No cambia en nada el régimen actual, pero limita la actividad minera y pone en peligro la inversión en cuanto:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se abre el espacio para la fijación de cuotas de extracción. 2. Se fijan zonas prohibidas para la actividad minera, que por su aplicación <i>in actum</i> implicaría el cierre de importantes faenas. 3. La actividad minera podría quedar sujeta, como se dijo, al consentimiento del pueblo originario en cuyos territorios se emplaza.

A pesar de que la Convención decidió mantener el régimen actual, incluso añadiendo solo una disposición transitoria en el tema, y sin mayor relevancia, lo que añadió no colabora a la industria minera en Chile. Esto, en cuanto podría perjudicar a las faenas ya operativas, y limitar la actividad de las futuras.

VII. BREVES COMENTARIOS RESPECTO DEL DERECHO ELÉCTRICO

Finalmente, es admisible señalar un artículo de la propuesta que merece un pequeño comentario y que no tiene correlato en la Constitución vigente: es el artículo 59, según el cual *toda persona tiene derecho a un mínimo vital de energía asequible y segura*.

Al parecer, de la lectura de los demás incisos, de dicha norma pareciera referirse a la energía eléctrica. Sin embargo, es posible destacar que dicha energía llega a los hogares por medio de prestadores que poseen una concesión eléctrica de distribución³⁴, segmento que es considerado, por la Ley General de Servicios Eléctricos, como servicio público, lo que justifica otorgar dichas concesiones y a su titular tener la exclusividad de otorgar el servicio eléctrico (de manera confiable y segura) a cambio de una contraprestación que son las tarifas a que tiene derecho. Al consagrarse este derecho de la forma en que se hizo, se abre la pregunta de si se crea una justificación para subsidios generales, o si se establecen nuevas cargas a los prestadores. En fin, estará por verse, y será la jurisprudencia y la ley las encargadas de entregar las certezas que el precepto constitucional no otorga.

³⁴ El sistema eléctrico posee tres segmentos: generación, transmisión y distribución.

VIII. CONCLUSIONES

La normativa pertinente a los sectores regulados de la economía que introduce la propuesta de la Convención Constitucional es, en su mayoría, innovadora. Esta nace del cambio de modelo que pretende imponer, pasando de un Estado subsidiario a un Estado social y de derechos (*asistencialista*, nos atrevemos a decir), el que requiere un gran aparato estatal, vigoroso y participativo. Esto se debe sumar al cariz ecocéntrico que la tiñe, y que hace que la actividad económica y la injerencia general de los privados en materias de recursos naturales se vea fuertemente limitada en pos de proteger, hasta el extremo, a la naturaleza.

Todo lo anterior nace de una desconfianza que el órgano constituyente demostró sistemáticamente hacia los privados. En materia de propiedad, no confió en que las personas propietarias harían un uso responsable de ella, y privilegió la facilidad con que el Estado podría expropiarla, a la seguridad jurídica necesaria para poder usar, gozar y disponer verdadera y libremente de ella. En materia económica, se retorna a un robustecido Estado empresario, esta vez vigorizado por todas las entidades territoriales que pueden crear empresas estatales. Además, no se someten a las mismas reglas que los privados, pudiendo competir con ellos privilegiadamente. En materia ya de recursos naturales, tanto en las normas residuales que afectan otras industrias, como el agua y la minería que sí están regulados en la propuesta, los cambios solamente dificultan el aprovechamiento privado de ellos. Así, las empresas privadas, los emprendimientos y los mismos ciudadanos se ven supeditados, muchas veces, a la voluntad del gobierno de turno para poder aprovechar recursos que son el sostén de su trabajo y su familia. Incluso en materia minera, donde el órgano optó por mantener casi todo igual y, cuando añadió algo no solo fue contra toda lógica, sino que tuvo el efecto de obstaculizar el aprovechamiento de los minerales y poner en peligro la industria minera y el desarrollo del país.

Esta propuesta constitucional no es compatible con una economía en donde las empresas privadas puedan realmente, y con un nivel satisfactorio de certeza jurídica, aprovecharse de los recursos naturales o participar en igualdad de condiciones en el mercado³⁵.

³⁵ Trabajo basado en un informe realizado para la Fundación Jaime Guzmán en julio de 2022, no publicado.

