

## NATURALEZA JURÍDICA DEL PERMISO DE EMISIÓN TRANSABLE \* Contemplado como instrumento económico en la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente

*Rodolfo Celaya Bastidas*  
Magíster en Derecho de la Empresa  
Pontificia Universidad Católica

### SUMARIO

I.- Introducción. II. Algunas consideraciones económicas sobre el permiso de emisión transable. III.- Intervención del Estado en la Economía, y en especial en la Utilización de Bienes IV.- La Protección Ambiental como Título de Intervención Estatal. V.- Del Dominio Público, como Instrumento de Atribución de Potestades Ordenadoras. VI.- Aprovechamiento de los Bienes Públicos. VII.- Autorizaciones y Concesiones, como Modalidades de Uso o Aprovechamiento de Bienes Públicos. VIII.- El Aire como un Bien de Dominio Público. IX.- De la Regulación del Uso del Aire y de su Protección. X.- Naturaleza Jurídica del Permiso de Emisión Transable. XI.- Cómo Compatibilizar el Régimen Concesional del Permiso de Emisión Transable con la Libertad de Empresa. XII.- Conclusiones.

### RESUMEN

La necesidad de compatibilizar desarrollo y ambiente requiere la implementación de políticas ambientales eficientes y eficaces. Con tal propósito y en lo que al control de la polución se refiere, se ha recurrido a instrumentos económicos. En esta perspectiva y considerando la necesidad de contar con la suficiente certeza y estabilidad en el régimen de las actividades empresariales, útil resulta examinar la naturaleza jurídica de uno de aquellos instrumentos contemplados en nuestra Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, el permiso de emisión transable, aunque para su aplicación se requiere aún de la dictación de una ley. Así, en el presente trabajo se pretende demostrar que el permiso de emisión es una auténtica concesión que otorga un derecho exclusivo para el uso del aire atmosférico, en tanto bien ambiental, integrante del dominio público. Asimismo, esta investigación tiene por objetivo establecer cuáles son aquellos caracteres de la concesión, que en este caso armonizan con el respeto al derecho a desarrollar actividades económicas.

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es establecer la naturaleza jurídica del permiso de emisión transable, contemplado como instrumento económico de gestión ambiental en la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente.

\* Este trabajo es una adaptación de la tesis para optar al grado académico de Magíster en Derecho de la Empresa, de la P. Universidad Católica, cuyo profesor guía fue el señor Julio Lavín Valdés, Abogado.

Constituye una realidad innegable que el progreso económico involucra el uso de recursos naturales renovables y no renovables, lo que por cierto genera un impacto negativo en el ambiente. Así pues, existe un imperativo para compatibilizar el desarrollo de las actividades empresariales con la protección del ambiente o la naturaleza (desarrollo sustentable).

Por otra parte, en la perspectiva de solucionar la problemática planteada, los instrumentos de control de la contaminación (órdenes y prohibiciones, permisos –transables y no transables, impuestos, tasas, tarifas y subsidios, entre otros) deben estar orientados al uso óptimo de los recursos, como asimismo deben contemplar tanto los beneficios, como los costos de la contaminación o descontaminación. En definitiva, pues, se trata de generar políticas ambientales eficientes y eficaces.

En este contexto, resulta útil analizar uno de aquellos instrumentos destinado al control de la contaminación, el permiso de emisión transable, por ser de aquellos que, fundado en las bondades de los mercados, busca alcanzar un mayor grado de eficiencia, desde una perspectiva ambiental.

Tal permiso, contemplado en el artículo 48, letra b), de la Ley de Bases del Medio Ambiente y en espera de una ley especial que permita aplicarlo, implica un gran desafío para juristas, toda vez que la debida comprensión de su naturaleza jurídica o notas esenciales permitirán la dictación de la normativa más apropiada para su correcta implementación.

En efecto, la alta concentración industrial en la Región Metropolitana, como la aplicación del respectivo plan de descontaminación, imponen urgentemente adelantar el análisis normativo de los permisos de emisión proyectados, especialmente en la protección atmosférica, de manera de generar las directrices adecuadas que procuren en el más breve plazo la elaboración de su régimen jurídico.

Finalmente, el estudio del aludido permiso tiene importancia para el desarrollo de las actividades económicas, siempre carentes de una normativa clara, que dé cuenta de sus derechos (libre empresa y propiedad) y de su adecuada tutela jurisdiccional, frente a los actos arbitrarios o ilegales de la Administración.

Ahora bien, el permiso de emisión transable constituye, en primer término, un instrumento de control de la contaminación, de manera que se vincula con la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo que lo sitúa como un instrumento para evitar los daños que la contaminación ocasiona en otros derechos fundamentales como la vida y la salud, a través de la fijación de límites máximos de emisiones por efluente y por zonas geográficas; en segundo término, tal permiso tiene una incidencia sobre un derecho primordial en la ordenación económica constitucional, la libertad de empresa, toda vez que implica, en sentido lato, una clara limitación o regulación, si se prefiere, del funcionamiento de establecimientos empresariales y del acceso al mercado de nuevos agentes económicos o, incluso, de su constitución, al imponerse límites geográficos para ello; por último, en la perspectiva de llevar a cabo políticas ambientales eficientes, el permiso de emisión transable, en cuanto instrumento de una política fundada en el análisis costo-efectividad, permite alcanzar metas ambientales, al más bajo costo posible, de modo de equilibrar la protección ambiental y el desarrollo socioeconómico.

Como antes se esbozara, la Ley de Bases del Medio Ambiente, N° 19.300, contempló como instrumentos económicos para el cumplimiento eficiente de los planes de prevención y descontaminación, a los permisos de emisión transables, pero para cuya aplicación es necesaria la dictación de una ley que establezca sus características y modalidades de transacción, entre otros aspectos.

En este contexto cabe preguntarse, además, si los órganos legislativos llamados a implementar el cuerpo normativo antes aludido tienen absoluta libertad para ello, o deben atender, en cambio, a los límites impuestos por los derechos fundamentales, como a la naturaleza tanto de los propios bienes naturales involucrados, como de los propios permisos de emisión.

La interrogante antedicha no es ociosa, por cuanto de su respuesta dependerá que se genere respecto de los permisos en comento, un régimen jurídico que contemple una

intervención estatal intensa (autorización versus concesión, potestades discrecionales o regladas) o, por el contrario, privilegie el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas y, además, se avenga más con el objetivo de lograr una política ambiental eficiente.

Así, este trabajo pretende demostrar que los permisos de emisión transables, contemplados como instrumentos económicos en los planes de prevención y descontaminación, constituyen una concesión que otorga un derecho exclusivo y excluyente para un uso determinado del aire (aunque lo mismo puede predicarse del agua, pero con ciertas modulaciones), es decir, desde otra óptica, una configuración de una forma singular de ejercicio de la libertad de empresa, en el sentido que ella implica la implementación de procedimientos industriales que llevan implícita la emisión de sustancias gaseosas o material particulado, que van a depositarse en el aire. Sin embargo, el derecho a desarrollar actividades económicas no debería ser afectado en su esencia, ni sujeto a régimen de precariedad, por la normativa legal que los implemente.

Es pertinente ahondar en las razones para pretender dilucidar la naturaleza del antedicho permiso, no obstante que la propia ley así los designa. Así pues, cabe señalar que es preciso determinar si una figura como la citada, corresponde, en rigor, a su denominación legal y si guarda correspondencia con las exigencias que la supremacía constitucional y el respeto a los derechos fundamentales imponen. Pero lo más importante en este sentido es que fue el propio legislador de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, en su artículo 48, que prescribió que una ley establecería su naturaleza. Y esto tiene una relevancia mayor, pues implica, no obstante la nomenclatura asignada, que se encomendó a una ley posterior, determinar su naturaleza. Por último, sobre este punto, cabe expresar la inconveniencia, entonces, de haber "bautizado" al objeto de estudio, desde un principio, como "permiso".

Ahora bien, partiendo del tenor de los artículos 47 y 48 la Ley N° 19.300, en el sentido que se trata precisamente de permisos de emisión, y la forma que se ha implementado en los Estados Unidos, principalmente, es posible comenzar a dilucidar la naturaleza de dichos instrumentos, a partir del dato de un acto de intervención de la Administración, que por una parte fija para una zona un límite máximo de emisiones para ciertos contaminantes y, por otra, asigna cuotas, en una cuantía máxima, para cada fuente emisora.

Para establecer la naturaleza jurídica del permiso de emisión transable es necesario, asimismo, determinar a qué categoría de bien pertenece el aire atmosférico, para así precisar el carácter de los actos y derechos que sobre aquel bien recaen. Con dicho propósito, en este trabajo se pretende definir el régimen de protección ambiental al que se encuentra sometido el aire y las restricciones a ciertos derechos fundamentales que aquello implica; como asimismo, se abordará el carácter de bien de dominio público del aire, en tanto bien de uso colectivo, que habilita al Estado a realizar ciertos actos de intervención, con el fin de regular su uso o aprovechamiento y su protección.

Finalmente, como antes se advirtiera, en este trabajo se tratarán de establecer los límites impuestos a los órganos legislativos al momento de regular el permiso de emisión transable.

Pero ¿cuál es el estado de la cuestión en la doctrina nacional? Lamentablemente, a 6 años de la dictación de la Ley N° 19.300, no se ofrece un tratamiento profundo sobre el tema y aunque tangencialmente ciertos trabajos se refieren a ello, estos no optan por un pronunciamiento categórico al respecto.

Se puede citar el documento de trabajo titulado "Permisos de Emisión Transables. Propuesta de Sistema para Aire y Agua", de 1996, en que la naturaleza de los permisos oscila entre concesiones, permisos y derechos de propiedad. Reprochable resulta en él la supuesta libertad para elegir la naturaleza de los permisos de emisión, y la afirmación de que la concesión dejaría al titular en una situación menos protegida "en relación con la potestad de la administración del sistema por parte del Estado" y concebir la posibilidad de que tales permisos fueran "constitutivos de derechos de propiedad", con el objeto que las transacciones fueran más fluidas y obligar a la Administración a indemnizar, en caso de ser suprimidos,

olvidándose que el derecho que emana de una concesión, en cuanto bien incorporal, goza de la protección que el dominio ofrece en el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política<sup>1</sup>.

También se puede citar el trabajo "Permisos de Emisión Transables y el Control de la Contaminación Atmosférica en Santiago", de Clemente Pérez, el que se limita a señalar que las alternativas para establecer la naturaleza del permiso de emisión oscilarían entre un permiso (equivalente a una autorización en su concepto) y una concesión<sup>2</sup>.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES ECONÓMICAS SOBRE EL PERMISO DE EMISIÓN TRANSABLE

### 1. Consideraciones generales

Cualquier enfoque serio del tema de la contaminación debe considerar su dimensión económica, que implica tener presente en las decisiones de política ambiental los costos y beneficios que de ella se derivan, como el costo de oportunidad en el uso del capital. En este sentido sería reprochable pretender eliminar los efectos de sustancias nocivas afectando la generación de la riqueza nacional y el nivel de empleo a costos superiores de los que se buscan eliminar por la vía del control de la polución. Nuevamente, pues, surge la necesidad de llegar al ideal del desarrollo sostenible.

En este contexto ha sido de enorme trascendencia la incorporación del concepto denominado "el que contamina paga", elevado a principio normativo fundamental del Derecho Ambiental, toda vez que ha significado traducir jurídicamente el concepto económico de corrección de las externalidades<sup>3</sup>.

Sí hay que advertir que la corrección de las externalidades puede implicar la utilización del denominado análisis costo-beneficio, que requiere la valoración de bienes ambientales y su degradación, así como los efectos en la salud y calidad de vida de las personas, lo que no siempre es posible efectuar de manera correcta, especialmente ante la irreversibilidad e incertidumbre de los daños. Surge así otro tipo de análisis, el costo-efectividad, que en términos prácticos limita la actividad económica mediante la imposición de un estándar ambiental de emisiones, cuando existe certeza de un efectivo deterioro a los ecosistemas y salud de la población, pero con la virtud de sugerir la aplicación de instrumentos económicos, como los permisos de emisión transables, que permitan el cumplimiento de las limitaciones a un más bajo costo, en comparación con la simple existencia de normas sobre regulación de sustancias nocivas.

En una perspectiva amplia, tales instrumentos económicos de control de la contaminación<sup>4</sup>, como impuestos, subsidios y permisos de emisión transables, son aquellos que "influyen sobre los costes y beneficios de diversas opciones ofrecidas a los agentes económicos y que tienen la capacidad de modificar su comportamiento en un sentido favorable a la mejora del medio ambiente. Esto implica una transferencia financiera entre los contaminadores y la

<sup>1</sup> *Permisos de Emisión Transables. Propuesta de Sistema para Aire y Agua*. Documento de Trabajo N° 3. Serie Economía Ambiental. 1996. Conama. Parágrafo 4.8.1. Se afirma en tal obra, en el parágrafo titulado "Consideraciones jurídicas respecto del Permiso de Emisión", "que el objeto de esta sección es revisar la naturaleza jurídica del permiso y analizar distintas opciones que se tiene para su definición".

<sup>2</sup> PÉREZ, Clementes. *Permisos de Emisión Transables y el Control de la Contaminación Atmosférica en Santiago*. Revista de Derecho Administrativo Económico. Vol. II/ N° 2 julio-diciembre 2000. Pág. 479. Afirma este autor que "el aspecto jurídico más relevante por determinar a través de la ley es la naturaleza jurídica de los permisos de emisión ¿Estamos frente a permisos, tal como lo expresa la Ley de Bases del Medio Ambiente, frente a concesiones, o ante un dominio pleno?"

<sup>3</sup> Véase VALENZUELA F., Rafael. *Nociones acerca del principio el que contamina paga*. En Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental. Editado por Eduardo Astorga y Gonzalo Cubillos. CEPAL-Fundación Friedrich Ebert. 1994.

<sup>4</sup> Véase el documento *Repertorio de Instrumentos Económicos para la Gestión Ambiental. Conceptos y Casos*. En Documento de Trabajo N° 4, Serie Economía Ambiental. 1997. Conama.

comunidad (en diferentes fórmulas, como los impuestos y las tasas sobre productos, servicios o contaminantes, ayudas financieras, etc.), o bien puede suponer la creación de nuevos mercados (como los permisos de emisión negociables)<sup>5</sup> 6.

## 2. *Del permiso de emisión transable*

El permiso de emisión transable fue propuesto por primera vez por J. H. Dales en "Pollution, Property, and Prices", en 1968 (Toronto, University of Toronto Press), con el propósito de obtener el cumplimiento eficiente de las metas ambientales de descontaminación, mediante la reducción de los costos que involucra dicho objetivo, e incluso, en lo que concierne a los costos asociados al monitoreo, en comparación con los instrumentos tradicionales de comando y control<sup>7</sup>.

Tales objetivos se lograrían a través de la asignación de cuotas de emisión de sustancias calificadas como contaminantes, susceptibles de ser transadas, entre las actuales fuentes contaminantes o entre estas y las fuentes que pretendan incorporarse a un mercado determinado, denominados permisos de emisión transables o negociables, respecto de un área geográfica determinada. En un análisis costo-beneficio, la autoridad fijará los permisos igual a la cantidad necesaria de emisiones para llegar a un nivel óptimo de contaminación en que se igualen los costos y beneficios de la reducción. Por el contrario, en un análisis costo-efectividad, la autoridad ambiental fijará el monto de permisos como equivalentes, no ya a un óptimo social de contaminación, sino que a objetivos ambientales, sin necesidad de expresarlos monetariamente, con el propósito de lograr un cumplimiento de las normas, al más bajo costo posible.

Asimismo, la literatura especializada señala que los instrumentos en comento tendrían la virtud de incentivar la adopción de tecnología menos contaminante, no solo conocida, sino que incentivaría la creación de nueva tecnología<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> JIMÉNEZ HERRERO, Luis. *Desarrollo Sostenible y Economía Ecológica*. Ed. Síntesis. Madrid. 1996. Pág. 326.

<sup>6</sup> Sobre el uso de instrumentos económicos en la política ambiental véase a BORREGAARD, Nicola, en *Instrumentos Económicos en la Política Ambiental*. Revista Ambiente y Desarrollo. CIPMA. Vol. XIII, N° 3, septiembre 1997. Págs. 6-12; y BORREGAARD, Nicola y LEAL, José en *Instrumentos Económicos: El Camino Recorrido en la Gestión Ambiental Chilena*. Revista Ambiente y Desarrollo. CIPMA. Vol. XVI, N° 1 y 2-marzo/junio 2000. Págs. 14-25; Véase también "Economic Instruments for Pollution Control and Natural Resources Management in OECD Countries: a survey. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

<sup>7</sup> Objetivos que se logran con el uso de permiso de emisión transable, según Pearce y Turner. *Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente*. Colegio de Economistas de Madrid-Celeste Ediciones. Madrid. 1995. Págs. 153-156; JIMÉNEZ HERRERO, Luis. En *Desarrollo Sostenible y Economía Ecológica*. Pág. 334; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. *Control de la Lluvia Ácida en Europa mediante Permisos Transferibles*. Ed. Tecnos. Madrid. 1999. Pág. 61; y BUÑUEL GONZÁLEZ, Miguel. *El Uso de Instrumentos Económicos en la Política del Medio Ambiente*. Ed. Consejo Económico y Social. Colección Estudios, N° 75. Madrid. 1999. Págs. 98-98:

- a) Minimización de costos: "a los contaminadores con bajos costes de reducción les resultará relativamente más fácil limitar la contaminación que comprar permisos, mientras que los contaminadores con mayores costes de reducción preferirán comprar permisos a limitar la contaminación". Así se crea un mercado de permisos de emisión.
- b) Entrada de nuevos participantes: "los recién llegados comprarán permisos si tienen altos costos de reducción, en caso contrario tenderán a invertir en equipamiento de control de la contaminación".
- c) Inflación y costo de ajuste: Los permisos permiten ajustes automáticos frente a la inflación, crecimiento económico y entrada de nuevos participantes en el mercado, a diferencia de los impuestos que sí requieren tales ajustes en aquellas situaciones de cambio por parte de la autoridad, lo que reduce su flexibilidad, en estas circunstancias.
- d) Costo de asimetría de la información: En un esquema de costo-efectividad, los permisos de emisión solo requieren el establecimiento de normas cuantitativas de emisión y la fijación de permisos en el equivalente a aquellas normas. Por el contrario, los impuestos necesitan contar con información sobre el monto monetario de los impuestos, lo que siempre es susceptible de error.
- e) Dimensión espacial: mientras los permisos permiten un ajuste respecto de las fuentes de emisión de contaminantes y los lugares de recepción, los impuestos no permiten tal flexibilidad a un costo bajo, de manera que hacer cambios en este sentido, terminarían creando un sistema tributario complejo, para distinguir entre fuentes y puntos de recepción.

<sup>8</sup> TIETENBERG, Tom. *Control de la Contaminación Atmosférica en Santiago: Aplicación del Sistema de Emisiones Transables*. Lecciones que brinda la experiencia de los Estados Unidos. Revista de Estudios Públicos N° 61, verano 1996. Pág.65.

La virtud, pues, del permiso de emisión transable no está en su carácter asignativo de emisiones, sino que en la posibilidad de ser transferido a otros participantes o interesados, de modo que finalmente ellos queden en propiedad de quienes puedan cumplir una meta ambiental en forma más rentable, es decir, menos costosa, mediante, precisamente, la innovación tecnológica.

Es importante aclarar, entonces, que los permisos de emisión no son instrumentos de mercado “puros”, toda vez que suponen su creación a partir de normas o estándares ambientales previos. Por otra parte, tales instrumentos son similares a los estándares, que implican límites a las emisiones, con la diferencia que las cuotas de emisión asignadas sí se pueden transferir<sup>9</sup>.

### 3. *Experiencia de los Estados Unidos en el uso de permisos de emisión transables*

Los Estados Unidos exhiben al comenzar el tercer milenio, a lo menos, cuatro tipos de experiencias<sup>10</sup> sobre aplicación de sistemas de permisos de emisión transables y que en opinión de Tom Tietenberg “dondequiera que se han puesto en práctica, los programas de permisos transables han dado mejores resultados que los de obligaciones y control que los precedieron. El ahorro de costos documentado es grande y la flexibilidad que ofrecen es importante. El programa, por cierto, dista mucho de la perfección, pero conviene mantener sus deficiencias en perspectiva. Si bien el programa de transacción de emisiones, al examinarlo de cerca, pierde su brillo utópico, de todos modos ha hechos una contribución durable a la política y es probable que su papel siga ampliándose”<sup>11</sup>.

### 4. *La experiencia en Chile del sistema de permisos de emisión transables*

Mediante el Decreto Supremo N° 4, de 1992, del Ministerio de Salud, se estableció un programa de compensación para las partículas totales en suspensión (PTS) y el material particulado respirable (PM<sub>10</sub>) en la ciudad de Santiago, a cargo del Servicio de Salud de la

<sup>9</sup> En este sentido Luis Jiménez Herrero opina “que el fundamento analítico del sistema de incentivos económicos, en su conjunto, está guiado por criterios de coste-eficiencia. Esto equivale a decir que los instrumentos económicos tienen que funcionar complementariamente con las normas de control ambiental, de forma tal que este sistema híbrido se oriente por objetivos ambientales a largo plazo regulados en un contexto normativo, pero permitiendo que los instrumentos basados en mecanismos y sistemas de precios sean (en la medida de límites admisibles y exceptuando situaciones de riesgo externo) los que consigan tales objetivos con un coste mínimo para la sociedad”. En *Desarrollo Sostenible y Economía Ecológica*. Ob. cit. Pág. 282.

<sup>10</sup> a) Programa de transacción de emisiones: En 1977 se comienza a aplicar, por parte de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA) un “programa de transacción de emisiones”, mediante la transferencia de créditos de reducción de emisiones, después de una reforma a la Clean Air Act (Ley de aire limpio). Dicho programa tuvo por objeto que las empresas que lograran el cumplimiento de las metas ambientales con una reducción de emisiones, obtuvieran por ello certificados denominados “créditos por reducción de emisiones” (CRE), los que les permitiría transferir a otras fuentes de la misma entidad o a otra, la posibilidad de utilizar tales reducciones. Si la moneda empleada en las transacciones fue CRE, las políticas de compensación, burbuja, banca y saldo neto de emisiones fueron la forma en que dicha moneda se pudo acumular y utilizar.

b) Programa de RECLAIM (Regional Clean Air Market): Este consiste propiamente en un sistema de permisos de emisión transables, aplicándose desde 1993 en la cuenca de la costa sur del Estado de California, a cargo de la South Coast Air Quality Management District (SCAQMD), con el objeto de controlar las emisiones de SO<sub>x</sub> y NO<sub>x</sub>. Además, se ha establecido una reducción paulatina de la cantidad de emisiones.

c) Programa de lluvia ácida: Este constituye el programa de permisos transables de mayor alcance, destinado al control de SO<sub>2</sub>, emitidos por todas las plantas eléctricas de Estados Unidos, y que se aplica desde 1995.

d) Reducción de residuos líquidos: Existe un destacable caso de aplicación del sistema de permisos de emisión aplicado a los contaminantes del agua en los Estados norteamericanos de Wisconsin, Colorado y Carolina del Norte, aunque con menos éxito que las experiencias de los programas antes citados, según Tietenberg.

<sup>11</sup> TIETENBERG, Tom. Ob. cit. Pág. 73; Véase también Comisión Europea. *Libro Verde sobre el Comercio de los Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero en la Unión Europea*. COM (2000) 87. Bruselas, 8 de marzo de 2000; y Comisión Europea. Sexto Programa. Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos. [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

Región Metropolitana (SESMA), a través del programa para el control de Emisiones de las Fuentes estacionarias (PROCEFF)<sup>12</sup>.

Conforme a dicho programa, las respectivas fuentes recibieron “permisos de capacidad de emisión diaria a perpetuidad”<sup>13</sup>. Así las fuentes existentes podrían compensar sus reducciones con otras fuentes. Por su parte, las nuevas fuentes o las existentes en expansión, no recibirían permisos de capacidad de emisión, debiendo adquirirlos de las fuentes existentes. Asimismo, cabe señalar que la proporción de compensación se ha escalonado desde un 25% en 1993, a un 100% en 1996, con incrementos anuales de 25%. Después del 16 de abril de 1998, las emisiones debían compensarse en un 120%. Actualmente se exige una compensación de 150%<sup>14 15</sup>.

Es importante señalar que la literatura especializada está de acuerdo en señalar que este Programa de Compensaciones “tiene todas las características de un sistema de transacción de emisiones excepto por su restricción”, lo que a la luz de las disposiciones de la Ley N° 19.300, llama a reflexionar sobre su validez jurídica<sup>16 17 18</sup>.

##### 5. Proyecto de ley de permisos de emisión transables<sup>19 20 21</sup>

En el año 1995 la Conama<sup>22</sup> encargó al Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile el estudio denominado “Diseño del sistema de permisos de emisión transables”, que dio como resultado el informe contenido en el Documento de Trabajo N° 3,

<sup>12</sup> Véase PÉREZ, Clemente. *Permisos de Emisión Transables y el Control de la Contaminación Atmosférica en Santiago*. En Revista Derecho Administrativo Económico. Vol. II/N° 2-julio-diciembre 2000. Págs. 473-485.

<sup>13</sup> Esta es la denominación que recibe en el informe Cifuentes, Montero, Noe y Soto. En el documento *Generación de instrumentos de mitigación y compensación de emisiones orientados al control del impacto ambiental de nuevas actividades en la Región Metropolitana de Santiago*. Parte II Instrumentos Económicos de cantidad para el plan de prevención y descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana. Pontificia Universidad Católica de Chile. Departamento de Ingeniería Industrial y de Sistemas. Santiago. 2000. Págs. 12-13.

<sup>14</sup> Respecto de este programa de compensación de emisiones Nicola Borregaard y José Leal, opinan que “en la práctica se trata de un sistema rudimentario de permisos de emisión transables, fundado en trueque y no en transacciones, pero que puede en el futuro evolucionar favorablemente en esa dirección”, en *Instrumentos económicos: El Camino recorrido en la Gestión Ambiental Chilena*. Revista Ambiente y Desarrollo. CIPMA. Vol. XVI, N° 1 y 2 marzo/junio 2000. Págs. 15-16.

<sup>15</sup> MONTERO, SÁNCHEZ y KATZ. *Análisis del Mercado de Emisiones de Material Particulado en Santiago*. Revista Estudios Públicos. N° 81, verano 2001. Págs. 177-203.

<sup>16</sup> CIFUENTES, MONTERO, NOE y SOTO. En el documento *Generación de instrumentos de mitigación y compensación de emisiones orientados al control del impacto ambiental de nuevas actividades en la Región Metropolitana de Santiago*. Parte II Instrumentos Económicos de cantidad para el plan de prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana. Pontificia Universidad Católica de Chile. Departamento de Ingeniería Industrial y de Sistemas. Santiago. 2000. Pág. 12

<sup>17</sup> Recuérdese que la Ley N° 19.300, artículo 47, letra b), con relación al artículo 48, dispuso que solo una ley establecería la naturaleza, formas de asignación, división, transferencia, duración y demás características de los permisos de emisión transables. En este sentido Cifuentes, Montero, Noe y Soto opinan que “el término permisos no se usa en ninguna parte del D.S. 4 debido a la ausencia de un marco legal sobre el cual basar el Programa. En la práctica, las fuentes existentes generan créditos de reducción que pueden ser vendidos en el mercado”. En el documento *Generación de instrumentos de mitigación y compensación de emisiones orientados al control del impacto ambiental de nuevas actividades en la Región Metropolitana de Santiago*. Doc. cit. Pág. 12, nota pie de página N° 10.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, *Informe País. Estado del medio Ambiente en Chile 1999*. Universidad de Chile. Centro de Análisis de Políticas Públicas. Pág. 390 (en [www.capp.uchile.cl/informepais/](http://www.capp.uchile.cl/informepais/)).

<sup>19</sup> BORREGAARD, Nicola y LEAL, José en *Instrumentos económicos: El Camino recorrido en la Gestión Ambiental Chilena*. Revista Ambiente y Desarrollo. CIPMA. Vol. XVI, N° 1 y 2 marzo/junio 2000. Pág. 18.

<sup>20</sup> Véase “*Permisos de Emisión Transables. Propuesta de Sistema para Aire y Agua*”. Documento de Trabajo N° 3. Serie Economía Ambiental. Conama. 1996. Preparado por Juan Escudero (coordinador general de proyecto), Julio Lavín (abogado), entre otros. Asimismo, se contó como consultores internacionales, con Thomas Tietenberg y Patricia Leyden.

<sup>21</sup> Informe País. *Estado del Medio Ambiente en Chile 1999*. Universidad de Chile. Centro de Análisis de Políticas Públicas. Págs. 391-392 (en [www.capp.uchile.cl/informepais/](http://www.capp.uchile.cl/informepais/)).

<sup>22</sup> Cabe tener presente que el artículo 3° transitorio de la ley N° 19.300, previno que dentro del plazo de un año, contado desde la publicación de dicha ley, se presentaría un proyecto de ley sobre la materia.

Serie Economía Ambiental, de 1996, junto a un anteproyecto de ley sobre la materia. Especial participación le cupo en este estudio a don Juan Escudero, coordinador general del proyecto y a don Julio Lavín Valdés, en su calidad de abogado<sup>23</sup>.

Con posterioridad, en el 1998, se realizó el estudio "Elaboración de una propuesta de aplicación del Sistema de Permisos de Emisión Transables (SPET) a la contaminación atmosférica en la Región Metropolitana, en el contexto del plan de prevención y descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana, Etapas 2 y 3"<sup>24</sup>.

Sin embargo, hasta la fecha no ha ingresado al Congreso Nacional ningún proyecto sobre permisos de emisión. Sin perjuicio de considerar que en la reforma al plan de prevención y descontaminación de Santiago, se contempla precisamente dicho instrumento económico.

Finalmente, en orden a destacar la idoneidad del instrumento en análisis, es importante señalar que en el documento "Generación de instrumentos de mitigación y compensación de emisiones orientados al control del impacto ambiental de nuevas actividades en la Región Metropolitana de Santiago". Parte II, luego de analizar la experiencia norteamericana en el uso de instrumentos económicos de cantidad, se concluye que "resulta evidente que la forma más adecuada, y quizá la única, de alcanzar las metas del PPDA (plan de descontaminación atmosférica) de Santiago es a través de la implementación de un gran sistema de permisos de emisión transables que incluya tanto fuentes fijas como móviles"<sup>25</sup>.

A su turno, Nicola Borregaard y José Leal, opinan que el sistema de compensación por emisiones "se perfila como un instrumento eficaz para reducir la contaminación por material particulado proveniente de fuentes industriales en la Región Metropolitana"<sup>26 27</sup>.

## II. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y EN ESPECIAL EN LA UTILIZACIÓN DE BIENES .

Este apartado pretende ubicar la intervención estatal en el ámbito ambiental, dentro de un contexto general de intervencionismo en la economía, con el fin de resaltar que aquella no es excepcional, reuniendo ciertos caracteres comunes con las múltiples formas de ordenación normativa de las actividades empresariales

Así pues, desde la óptica de las ciencias económicas, se ha manifestado que el Estado debe intervenir en las actividades económicas o el mercado, si se prefiere, por razones de equidad (impuestos y gasto público), equilibrio macroeconómico (regulación del sistema financiero, crédito), libre competencia (regulaciones sobre competencia desleal y antimonopólica), externalidades (control de la contaminación), uso racional de recursos (marítimos, bosques, agua), información asimétrica (uso de información privilegiada), etc.

Asimismo, el Derecho público informa a través de los derechos constitucionales y las funciones estatales, los motivos de intervención y sus modalidades. Entre estos motivos está, en primer lugar, el bien común, que supone la ordenación de las actividades públicas y privadas en función de la contribución al bienestar general de la población; luego se encuentran las acciones tutelares respecto de la vida, salud y medio ambiente.

<sup>23</sup> El documento se encuentra en [www.conama.cl](http://www.conama.cl)

<sup>24</sup> Informe País. *Estado del Medio Ambiente en Chile 1999*. Ob. cit. Pág. 392.

<sup>25</sup> CIFUENTES, MONTERO, NOE y SOTO. En el documento *Generación de instrumentos de mitigación y compensación de emisiones orientados al control del impacto ambiental de nuevas actividades en la Región Metropolitana de Santiago*. Parte II Instrumentos Económicos de cantidad para el plan de prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana. Pontificia Universidad Católica de Chile. Departamento de Ingeniería Industrial y de Sistemas. Santiago. 2000. Pág. 35.

Para una proposición en el diseño de un sistema de permisos de emisión transables. véase el documento antes citado. Págs. 35-61

<sup>26</sup> Véase *Descontaminación de Santiago: Se Requieren Incentivos Reales*. Temas Públicos N° 54. Instituto Libertad y Desarrollo. En [www.lyd.com](http://www.lyd.com)

<sup>27</sup> Véase BORREGAARD, Nicola y LEAL, José en *Instrumentos económicos: El Camino recorrido en al Gestión Ambiental Chilena*. Revista Ambiente y Desarrollo. CIPMA. Vol. XVI, N° 1 y 2 marzo/junio 2000. Pág. 16.



Pero por cierto que la intervención estatal en ámbitos económicos pone en tensión el derecho de propiedad y la libertad de empresa, conjugados en la noción de mercado, dando lugar a discusiones sobre los méritos de tales políticas (eficiencia y equidad) y las justificaciones jurídicas de aquellas (la protección ambiental, por ejemplo)<sup>28</sup>.

### 1. *Modalidades de intervención estatal en la economía*

El Estado, para poder lograr los objetivos del bien común, utiliza ciertos medios de intervención para lograrlo, situación que respondería a la pregunta ¿cómo se interviene? En una primera aproximación al tema, resalta como primera técnica de intervención u ordenación, la regulación de las actividades económicas a través de normas constitucionales, legales y reglamentarias, reconociendo, declarando o constituyendo derechos, imponiendo cargas y deberes, de manera que se crea un vínculo directo entre las actividades empresariales y el ordenamiento jurídico<sup>29</sup>. Como expresión de esta forma de intervención u ordenación se encuentran las normas imperativas que gobiernan ciertos actos y convenciones entre privados, como es el caso de contratos de trabajo, seguros, sociedades, operaciones de crédito, etc.<sup>30</sup>.

Sin embargo, debido al dinamismo y particularidades que presenta la actividad económica, se ha debido dotar a la Administración de potestades ordenadoras<sup>31</sup>, de manera de ir actualizando las prescripciones normativas generales y permanentes, por medio de autorizaciones, registros y comunicaciones, inspecciones, medidas coactivas, órdenes y sanciones.

Ahora bien, desde el punto de vista de la actividad ordenadora de la economía, por parte de la Administración, con relación al derecho a desarrollar actividades empresariales, esta se puede clasificar en actividad de delimitación o de limitación de derechos.

La delimitación de derechos se hace a través de la "eliminación de titularidades privadas previas en un sector y su traslado a una titularidad pública, desde la cual dispensa posibilidades parciales de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional", ya sea en el ámbito del dominio público o de los servicios públicos", o por intermedio de otorgar a la Administración, previa habilitación legal, la potestad de configurar el contenido normal de los derechos privados<sup>32</sup>. Ejemplos de esta técnica se encuentran en áreas de servicios públicos gestionadas por entes privados, como la electricidad, o en los planes urbanos, que según su intensidad, llevan a configurar ciertos derechos de uso del suelo.

Por su parte, la limitación administrativa de derechos "actúa, exclusivamente, sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho, dejando inalterado todo el resto de los elementos del mismo"<sup>33</sup>. Aquí Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, siguiendo a Vignocchi, sistematizan las limitaciones en las siguientes: a) prohibición incondicionada y absoluta de un modo de ejercicio concreto, que más bien se trataría de una delimitación de derechos; b) prohibición relativa, o con reserva de excepción a otorgar por la Administración,

<sup>28</sup> Como señala MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, "determinar el alcance que, en concreto, pueden ofrecer tales intervenciones, constituye desde luego el punto clave de todo el tema". En *Derecho Administrativo Económico*. Ed. La Ley. Madrid. 1988. T. I. Pág. 195.

<sup>29</sup> En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas. Madrid. 1992. T. II. Pág. 102; Sebastián Martín-Retortillo. *Derecho Administrativo Económico*. Ed. La Ley. Madrid. 1988. 2 Tomos. Pág. 194.

<sup>30</sup> En este sentido MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián expresa que "la regulación de la actividad económica privada presenta de forma progresiva una marcada reducción del ámbito dispositivo en las relaciones *inter privados*. Un planteamiento que pasa a ser sustituido, en gran medida, por un complejo sistema de normas imperativas de obligado cumplimiento". En Ob. cit. Pág. 179.

<sup>31</sup> Sobre la sustitución del concepto de policía administrativa por el de Administración ordenadora o actividad administrativa de limitación, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit. Págs. 104-106; MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Ob. cit. Págs. 180-189.

<sup>32</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit. T. II. Pág. 146.

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit. T. II. Pág. 110.

en que el instrumento más utilizado es la autorización<sup>34</sup>; c) permisos de ejercicio libre con reserva de excepción prohibitiva impuesta en casos concretos, en que el medio más utilizado es la orden administrativa; y d) obligación de comunicación, con el objeto de ejercer posteriormente vigilancia o supervisión de actividades<sup>35</sup>.

Por último, sobre el tema de la tipología de formas de intervención u ordenación administrativa de las actividades económicas, resulta útil considerar la clasificación que ofrece Sebastián Martín-Retortillo, basado en las aportaciones de M.S. Giannini, que pone de manifiesto la intensidad de tales actuaciones administrativas en la constitución y desenvolvimiento de las actividades empresariales, clasificándolas como siguen: a) ordenación de los elementos subjetivos de la empresa; b) ordenación de la actividad de la empresa; y c) ordenación de la producción<sup>36</sup>.

## 2. Ordenación normativa del uso de recursos naturales

Ahora bien, una materia en la que el Estado tradicionalmente ha intervenido ha sido en la regulación del uso de ciertos bienes para asegurar el libre, igualitario y gratuito acceso a ellos por parte de la población, en atención al carácter común de sus prestaciones o para regular su aprovechamiento privativo, por motivos de preservación o conservación de recursos, razones de explotación racional y rentabilidad, entre otros.

En este sentido, Gonzalo Barrio García expresa que “es connatural al poder público la búsqueda de nuevas potestades que, provenientes de la transformación de un poder genérico de actuación en títulos causales, legitimen para intervenir en los distintos sectores, instrumentando para ello las técnicas jurídicas precisas. Esto es debido a que la noción de títulos supone, en Derecho público, la juridificación de los fines que se le adjudican al Estado y el apoderamiento para el ejercicio de las potestades administrativas en cuanto su existencia –la de los títulos– permite acreditar las justificaciones de la intervención administrativa en una materia determinada”<sup>37</sup>.

Una de las modalidades utilizadas por el Estado para atribuirse potestades de ordenación respecto de ciertos bienes, con el objeto de obtener determinados fines públicos, es la previa declaración de dominio público, afectándose incluso las actividades económicas que en ellos se realizan<sup>38</sup>.

De lo expuesto, cabe concluir que el permiso de emisión transable, que aquí se examina, se debería ubicar en la figura interventora u ordenadora de delimitación de derechos, por cuanto supone la previa publicación de un bien ambiental como es el aire (lo mismo puede predicarse del agua), de forma tal que corresponderá a la Administración dispensar su uso por medio de la técnica concesional.

Por otra parte, queda medianamente claro en este apartado, que el desarrollo de actividades empresariales está modelado intensa y ampliamente por el Derecho y en particular por la

<sup>34</sup> Precisamente Rolf Stober señala que como técnica preventiva, la autorización supone la exigencia previa de aviso o comunicación del inicio de una actividad, con el objeto de lograr la supervisión de cierto sector económico; el cumplimiento de exigencias para ejercer una actividad, tipificadas como prohibición con reserva del deber de tener una licencia, prohibición general con reserva de liberación y prohibiciones absolutas. *Derecho Administrativo Económico*. Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid. 1992. Págs. 189-193; asimismo MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián destaca a la autorización como la “fórmula más habitual para llevar a cabo la ordenación del derecho de libertad económica”. En Ob. cit. T. I. Pág. 193.

<sup>35</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit. T. II. Págs. 111-112.

<sup>36</sup> Sebastián Martín-Retortillo. Ob. cit. T. I. Págs. 194-195.

<sup>37</sup> Gonzalo Barrio García. *Régimen Jurídico de la Pesca Marítima*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998. Págs. 22-23.

<sup>38</sup> En este sentido, Gonzalo Barrio García. Ob. cit. Pág. 26. Ese autor, además, destaca cómo en el caso de la pesca marítima, la previa declaración de dominio público del mar, hace posible que el Estado ordene la actividad pesquera, expresando que “históricamente el dominio público se ha configurado como un título apto y adecuado que ha legitimado una intervención inicial en la actividad pesquera”. Págs. 22-33; Marta García Pérez. *La Utilización del Dominio Público Marítimo-Terrestre*. Ed. Marcial Pons. 1995. Págs. 4-6.

Administración, cuestión que debe llevar a valorizar este ámbito normativo, y en especial disciplinas como el denominado derecho administrativo económico y el derecho constitucional económico. Además, estas afirmaciones denotan que el estudio de la empresa no puede reducirse a las disciplinas privatistas, mercantilista o civilistas, toda vez que en ocasiones la propia existencia de una empresa depende de un acto administrativo, como dan cuenta actos tales como clausuras y sanciones sanitarias; planes reguladores y cambio de uso del suelo, con efectos sobre el emplazamiento de actividades; extinción de concesiones, etcétera.

### III. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO TÍTULO DE INTERVENCIÓN ESTATAL

#### 1. *El concepto de ambiente y sus elementos tutelables*

Una correcta noción de ambiente permitirá comprender cuáles son los elementos que lo componen, desde luego, si está integrado por el aire por ejemplo, y cómo su tutela sirve de justificación para que el Estado intervenga en la restricción, limitación o delimitación de ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar actividades económicas, a través de ciertos instrumentos, como el permiso de emisión, con la finalidad de regular algunas modalidades de uso de los bienes y servicios integrantes del ambiente.

Asimismo, la noción de ambiente permitirá saber hasta qué punto es permitida la afectación de la libertad de empresa, en aras de su protección. En este sentido Diego Vera Jurado manifiesta que “el concepto de medio ambiente, su protección, constituye, en nuestro caso, el verdadero elemento teleológico de la intervención jurídico-administrativa de las actividades degradantes, especialmente las industriales”<sup>39</sup>.

Pero no ha sido fácil conceptualizar el ambiente<sup>40</sup>. Para algunos, tal concepto engloba el entorno artificial, la calidad de vida, el urbanismo y la ordenación territorial. Para otros, aunque el concepto implica una diversidad de componentes<sup>41</sup>, están por definirlo por los elementos dinámicos y esenciales, como soportes de la existencia humana, llegándose a la conclusión que estos elementos son el agua, el aire y el suelo<sup>42</sup>, que por sus aspectos dinámicos “de ser inadecuadamente manejados, son susceptibles de convertirse en vehículos de transmisión de todo tipo de alteración de los sistemas naturales”<sup>43</sup>.

Pero frente a un concepto más limitado del ambiente se llega a uno reduccionista, representado en un primer momento por el propio Ramón Martín Mateo, que excluye los denominados recursos naturales renovables y no renovables, sin prestar atención a la serie de servicios ambientales que proporcionan. Como respuesta a la tesis reduccionista, Tulio Rosembuj afirma que la “noción estricta del ambiente, apegada a su matriz ecológica, comprensiva de

<sup>39</sup> Diego Vera Jurado. *La Disciplina Ambiental de las Actividades Industriales*. Ed. Tecnos. Madrid. 1994. Págs. 24-27.

<sup>40</sup> Véase a Bernard-Frank Macera. *El Deber Industrial de Respetar el Ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998. Págs. 81-82 y 84-89.

Para una reseña de las ideas o conceptos del medio ambiente o simplemente ambiente véase a Antonio Cabanillas Sánchez. *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*. Ed. Aranzadi. 1996. Págs. 19-28; Francisco Antón Barberá y Juan Ignacio Soler Tormo. *Policía y Medio Ambiente*. Ed. Ecorama. 1996. Págs. 5-32.

<sup>41</sup> Por una concepción restringida del ambiente, véase Bernard-Frank Macera, en ob. cit. Págs. 90-92; sobre diversas posturas frente al ambiente véase Javier Domper Ferrando. *El Medio Ambiente y la Intervención Administrativa en las Actividades Clasificadas*. Ed. Civitas. Madrid. 1992. Págs. 63-74.

<sup>42</sup> En este sentido, Diego Vera Jurado asume la distinción que la doctrina efectúa en torno al concepto de ambiente (o medio ambiente), en ob. cit. Págs. 24-27.

<sup>43</sup> En el sentido que el suelo, agua y aire forman parte del ambiente, véanse a Bernard-Frank Macera. Ob. cit. Págs. 91-92; Javier Domper Ferrando. *El Medio Ambiente y la Intervención Administrativa en las Actividades Clasificadas*. Ed. Civitas. Madrid. 1992. Pág. 75; Ramón Martín Mateo. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Trivium. Madrid. 1991. Vol. I. Pág. 86. Este autor expresa que el concepto de ambiente “incluye aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra”.

los factores abióticos (agua, aire, suelo) y de los bióticos (como la fauna y flora), permite incardinar el bien ambiental como categoría jurídica unitaria, caracterizada principalmente por su conservación esencial para los seres vivos, para la diversidad biológica y su utilización (económica, social) sostenible, en evitación de su extinción<sup>44</sup>.

Sin embargo, el propio Martín Mateo en el tercer volumen de su Tratado de Derecho Ambiental, cambia su primitiva concepción restrictiva del Derecho ambiental, como él la llama, para dar cabida a los recursos naturales, por cuanto, expresa, “que en el terreno de los principios y de las grandes directrices existen componentes válidos para identificar dos grandes sectores de la naturaleza, el primero de los cuales, integrado por los tres grandes sistemas: aire, agua y suelo, constituyen un *prius* para la propia vida manifestada en los recursos naturales que representan el segundo<sup>45</sup>”.

¿Pero qué representan los recursos naturales dentro del ambiente? Estos tienen relevancia en cuanto elementos integrantes de ecosistemas y como soportes de vida, como así también son relevantes en la perspectiva de prestación de utilidades al propio ser humano. En este sentido Tulio Rosembuj asevera que “el uso o fruición del bien ambiental es inseparable de su propia configuración como ecosistema, porque su conservación-utilización no pueden divorciarse. O, en otras palabras, conservar provee a la utilización del recurso natural, del mismo modo que su utilización debe (por imperativo de continuidad) asegurar la conservación del ecosistema<sup>46</sup>”.

Por otra parte, reducir el ambiente al suelo, aire y agua conlleva a protegerlo solo de la contaminación, o sea, de su degradación<sup>47</sup>. En tanto que agregar al concepto de ambiente los recursos naturales físicos, en donde se incluye el propio aire y agua, junto a los demás servicios ambientales (clima, temperatura, sumidero de residuos), implica considerar el ambiente no solo como soporte de vida pasivo, estático, sino como un auténtico prestador de utilidades. Así pues, el ambiente puesto en esta dimensión, cobra importancia en la óptica del desarrollo sustentable e invita a la adecuada conservación y preservación de sus recursos. Lo que interesa es que la normativa que despliegue el abanico de posibilidades del concepto de ambiente que se viene exponiendo, no descuide aquellos aspectos que aporta la disciplina ambiental, de tal manera que no se le reduzca al simple control de la contaminación. Un errado concepto de ambiente puede llevar a la desprotección de sus otros elementos.

Aquí resulta relevante destacar el texto constitucional español, que expresamente contempla dentro de la normativa protectora del ambiente la “utilización racional de todos los recursos naturales<sup>48</sup>”. “La racionalidad que se pretende es la de armonizar la actuación del mercado y el ambiente, orientando el comportamiento de los agentes económicos –productor, propietario, consumidor– al uso apropiado de los recursos naturales escasos mediante el sistema de precios (*property rights*). La racionalidad o no del uso de los recursos naturales se convierte en un criterio de compatibilización de la finalidad ambiental con el aprovechamiento

<sup>44</sup> Tulio Rosembuj, *Tributos y la Protección del Medio Ambiente*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pág. 16

<sup>45</sup> Ramón Martín Mateo. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. III. Ed. Trivium. 1997. Pág. 21. Agrega este autor que los recursos naturales “son solo aquellos que tienen valor para la humanidad en cuanto que de ellos puede sacar determinados rendimientos o satisfacciones, se presentan con una cierta escasez, pueden agotarse o deteriorarse por obra del hombre, y aunque no nos suministren ventajas inmediatas su desaparición o perturbación puede causar dislocaciones o perjuicios para los sistemas progresivamente complejos en los que se insertan”

<sup>46</sup> Tulio Rosembuj. *Ob. cit.* Pág. 16

<sup>47</sup> En este sentido Antonio Cabanillas Sánchez. *Ob. cit.* Págs. 22-23

<sup>48</sup> Artículo 45 de la Constitución española:

1. “Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”.

2. “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

3. “Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales, o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

to sostenible, integrándose los costes/beneficios en la actividad económica y social del agente que depare la defensa y restauración ambiental, apoyándose en la financiación colectiva y social que ello supone (solidaridad colectiva)<sup>49</sup>.

Ahora bien, conviene destacar también que el agua (hidrosfera), el aire (atmósfera) y el suelo (litosfera), en conjunto conforman la biosfera, que desde una perspectiva sistémica, como expresa Ramón Martín Mateo, constituyen sistemas ambientales, que son “materiales, físico-químicos, suministran los elementos necesarios para que se den las condiciones necesarias para que la vida se mantenga y evolucione”<sup>50</sup>.

No basta, entonces, afirmar que el ambiente es una simple suma de elementos, es necesario resaltar que ellos se integran formando una realidad especial como son los sistemas ambientales y los ecosistemas.

En este sentido, como una primera aproximación, el ecosistema se puede concebir como aquel integrado por organismos que interaccionan entre sí y con el medio que los rodea. Nuevamente Ramón Martín Mateo entiende que lo relevante para el Derecho es “la alteración externamente inducida de estos grandes sistemas (se refiere al aire, agua y suelo), inhabilitándolos o perjudicándolos en la materialización de sus imprescindibles funciones de apoyo a los ecosistemas menores, lo que puede producirse por causas ajenas al hombre, como las que han desencadenado los grandes episodios de extinción de especies, o las que se siguen produciendo por fenómenos como el vulcanismo o la transmisión por ciertas rocas de radioactividad a los mares, pero sobre todo como consecuencia de conductas humanas, que el Derecho Ambiental se propone impedir o reducir”<sup>51</sup>.

Pero ¿parece exacto reducir el ambiente solo a los sistemas identificados por Ramón Martín Mateo, y excluir a los ecosistemas? A los que habría que entender como “la unidad de organización ambiental, relativamente autónoma en su funcionamiento, integrado por componentes físicos, químicos y biológicos, dinámicamente interrelacionados entre sí y con otros ecosistemas que condicionan la vida en la tierra”<sup>52</sup>, toda vez que estos prestan importantes servicios ambientales a los seres humanos, ya directa e inmediatamente, o ya indirectamente.

Si se considera, además, el vínculo que existe entre los ecosistemas a través de la cadena alimentaria, destacándose cómo cada uno depende del otro (nótese la importancia de hongos y bacterias en la descomposición de la materia orgánica; el aporte de oxígeno de los bosques), se puede visualizar cómo todos, en su conjunto, permiten la vida de los seres humanos, a través de una serie de servicios y bienes<sup>53</sup>.

En otras palabras, la tutela ambiental no puede quedar restringida al mero entorno físico (litosfera, hidrosfera y atmósfera), ni al uso racional de los recursos, sino que a la gestión<sup>54</sup>, incluida la preservación y conservación de los ecosistemas.

Es por lo anterior que resulta útil destacar la definición que de medio ambiente otorga Pedro Fernández Bitterlich, al expresar que este sería “una red de sistemas ecológicos funcionalmente interdependientes, o bien como el acoplamiento organizado de subsistemas ambien-

<sup>49</sup> Tulio Rosembuj. Ob. cit. Págs. 36-37.

<sup>50</sup> Ramón Martín Mateo. *Manual de Derecho Ambiental*. Ed. Trivium. 1995. Pág. 24.

<sup>51</sup> Ramón Martín Mateo. Ob. cit. Pág. 25; además, esta idea de separar los elementos bióticos de los abióticos, que identificaría con ambiente o entorno, se encuentra en su obra *Tratado de Derecho Ambiental*, ob. cit. Vol. I. Pág. 24, al señalar que el ecosistema refleja las mutuas relaciones entre la comunidad biótica y el medio ambiente”.

<sup>52</sup> Pedro Fernández Bitterlich. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*. Ed. Jurídica de Chile. 2001. Pág. 12

<sup>53</sup> El no considerar al ecosistema como figura central del ambiente, lleva al error de identificar un bosque con una simple plantación artificial de árboles. Solo el primero es un ecosistema, que alberga vida en su interior y presta varios servicios ambientales.

<sup>54</sup> La gestión: “concepto abstracto que se proyecta con dificultades en el orden tradicional y estático del Derecho administrativo y que pone el acento más en una orientación finalista de racionalización económica de incardinación legal de las formas. Al lado del acto administrativo que ordena, impone o configura una determinada realidad aparecen nuevos instrumentos no formalizados, pero que también actúan sobre el ciudadano, orientándolo e incidiendo sobre su conducta, con el fin de que esta sea coherente a lo perseguido por la Administración”. Gonzalo Barrio García. Ob. cit. Pág. 50.

*tales funcionalmente interdependientes, constituidos a su vez por factores ambientales dinámicamente interactuantes. La alteración de un elemento provocará la alteración del otro*"<sup>55</sup>.

Por último, no se puede dejar de mencionar una relación problemática entre las potestades protectoras del dominio público natural y el deber de protección del ambiente<sup>56</sup>. En efecto, es lógico atribuir al ente administrativo que dispensa títulos de utilización sobre este tipo de bienes (agua, demanio marítimo-costero, aire) facultades de protección de tales bienes que permitan mantener el volumen e integridad física de aquellos con el objeto de permitir su uso y preservarlo para el fin público que justificó su demanialización. Por otra parte, la consagración constitucional del deber y derecho de protección ambiental plantea dudas sobre las anteriores potestades provenientes del demanio, es decir, si siguen siendo necesarias. Es evidente, al menos teóricamente, que existe una doble concurrencia tanto normativa, como de competencia de entes administrativos, sobre esta materia.

Sin embargo, los bienes ambientales naturales por cierto, de uso colectivo, por esta última característica, se encuentran, más o menos sometidos a régimen demanial, con el objeto de ordenar sus usos y, al mismo tiempo, otorgarles amparo.

Así pues, la protección que existe en el caso de los bienes ambientales, integrantes del dominio público, a diferencia de otros bienes demaniales, como calles y plazas, tendrían una dimensión protectora especial, traducida en este caso como tutela ambiental. De forma tal que no existiría una contradicción entre normas que regulan el aprovechamiento de ellos, y su particular régimen de protección, cuya finalidad sería, precisamente, su conservación para permitir el uso colectivo, que justifica su demanialización.

## 2. *La protección ambiental en Chile, en la Constitución Política de 1980*

¿Qué concepción de ambiente acoge la Constitución Política de la República de Chile, de 1980, o, al menos, cuáles son sus elementos y valores tutelables? Esta cuestión tiene cierta importancia tanto por los motivos antes esgrimidos, al comenzar este apartado, como al momento en que el legislador pretenda restringir derechos para proteger el medio ambiente, en especial de la contaminación o exclusivamente de ella, excluyendo otras acciones degradantes del ambiente.

Para contestar la antedicha interrogante se debe tener presente que la Constitución no definió el concepto de medio ambiente, ni si la protección de este incluye además de la contaminación, la preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental ni menos en qué consistirían estas últimas formas de protección, para efectos de otorgar potestades a la Administración e imponer limitaciones y restricciones a ciertos derechos. Hay que recordar que al respecto, pues, no se ha dictado ninguna ley interpretativa.

La Constitución consagró, en primer término, en su artículo 19, N° 8, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, imponiéndole al Estado los deberes de velar para que este derecho no sea afectado, tutelar la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, otorgando al legislador la facultad de establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente; como, asimismo, imponer limitaciones al dominio si así lo exige la conservación del patrimonio ambiental, conforme al numeral 24, inciso segundo, del citado artículo 19<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Pedro Fernández Bitterlich. Ob. cit. Págs. 11-12; solo tangencialmente Ramón Martín Mateo vislumbra la importancia de los ecosistemas, como objeto de tutela ambiental, al expresar que "la intervención activa en la conservación de los recursos naturales se basa, por una parte, en el propósito de corregir o prohibir acciones del hombre que pueden poner en peligro el equilibrio de los ecosistemas significativos, en *Tratado de Derecho Ambiental*. Ob. cit. Vol. III. Pág. 19.

<sup>56</sup> Sobre el problema del dominio público natural, las facultades protectoras y el régimen de protección ambiental, véase Tulio Rosembuj. Ob. Cit Págs. 52-62; y Julio González García. *La Titularidad de los Bienes del Dominio Público*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998. Págs. 203-231.

<sup>57</sup> Véase EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Ed. Jurídica de Chile. 1999. Tomo II. Págs. 305-315; ASTORGA JORQUERA, Eduardo. *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Régimen Jurídico*. Ed. ConoSur. 2000. Págs. 11-16.

En lo que interesa, pese a que los conceptos utilizados en el artículo 19, N<sup>os</sup>. 8 y 24, se consideran indeterminados, de las actas constitucionales<sup>58</sup> se puede inferir que dentro de los conceptos antes señalados, se incluye el aire, suelo y agua, junto a los recursos naturales. Falta, sin embargo, establecer si quedan incluidos los ecosistemas en el concepto constitucional de medio ambiente. Sin duda que estas materias serán un tema de debate, como ya lo han sido, al momento que el Tribunal Constitucional ejerza el control de constitucionalidad o la Corte Suprema conozca de algún recurso de inaplicabilidad con relación a iniciativas legislativas que restrinjan o limiten otros derechos constitucionales, esperando que en dicha oportunidad se recurra a la opinión de quienes profesan la ciencia o arte pertinente y no a un simple diccionario<sup>59</sup>.

Ahora bien, el primer instrumento de protección ambiental que debe destacarse es el derecho subjetivo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cautelado por la acción de protección<sup>60</sup>, imponiéndosele al Estado el deber de velar para que este derecho no sea afectado.

Asimismo, la Carta Fundamental impuso al Estado el deber de tutelar la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental<sup>61</sup>, en tanto así lo exijan los intereses generales la Nación. Si bien estos conceptos no se han definido por la Constitución,<sup>62</sup> ni al respecto se ha dictado una ley interpretativa, como antes se señalara, las definiciones de estos conceptos contenidas en el artículo 2<sup>o</sup>, de la ley N<sup>o</sup> 19.300<sup>63</sup>, tienen un especial valor no solo porque son aplicables "para todos los efectos legales", sino porque en concordancia con el artículo 1<sup>o</sup> de dicha ley, que prescribió que tales valores ambientales, de rango constitucional, se regularían por las disposiciones de dicha ley, sin perjuicio de otras normas legales sobre la materia, ellas se aplican a una serie de materias en las que el Estado asumió amplias y

<sup>58</sup> Sobre si el aire, agua y suelo forman parte del medio ambiente, los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución no lo dudaron. En cuanto a los recursos naturales, estos no fueron explícitos, pese a que en la discusión sí se les tuvo presente en los primeros proyectos del texto del artículo 19, N<sup>o</sup> 8, y muy probablemente subyacen en el término patrimonio ambiental.

<sup>59</sup> Es importante señalar cómo la aparente indeterminación constitucional lleva, entre otras cuestiones, a preguntarse ¿existen diferencias entre la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental? Al parecer, la falta de definición ocasiona confusiones en la doctrina. Así por ejemplo, Mario Verdugo y Emilio Pfeffer manifestaban con relación al vocablo preservar, que se entiende por este "conservar los recursos naturales renovables y de áreas geográficas que han permanecido libres de la transformación y manipulación humanas" (VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA. *Derecho Constitucional*. Ed. Jurídica de Chile. 1994, T. I. Pág. 199), en cambio, Enrique Evans de la Cuadra entiende que la protección de los recursos naturales está incluida en la expresión conservación del patrimonio ambiental. (EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. T. II. Pág. 310) Es más, como ejemplo de la citada confusión se puede citar el primitivo texto propuesto en la sesión N<sup>o</sup>186, de 9 de mayo de 1976 (EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. T. II. Pág. 306) en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, por el comisionado Enrique Evans de la Cuadra, que en su inciso primero expresaba que "Corresponde al Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de los recursos naturales".

<sup>60</sup> Véase BERTELSEN REPETTO, Raúl, en *El Recurso de Protección y el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente libre de Contaminación*. Examen de Quince Años de Jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho. Vol. 25, N<sup>o</sup> 1. (1998) Sección Estudios. Págs. 139-144; EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. T. II. Págs. 310-311

<sup>61</sup> Véase conservación y preservación en FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. Ob. cit. Págs. 31-32

<sup>62</sup> Al respecto Raúl Bertelsen Repetto expresa que la Constitución "no define ni lo que es medio ambiente ni lo que es contaminación. Dado que tampoco existe una ley interpretativa de la Constitución que haya precisado con carácter obligatorio el significado de estos términos, ellos están entregados en su determinación a lo que resuelvan los tribunales", agregando, que "hay que advertir que la promulgación de la Ley N<sup>o</sup> 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente no ha modificado esta situación, pues las definiciones que ella formula en su artículo 2<sup>o</sup> no reviste, cuando se refieren a conceptos usados por la Constitución Política, el carácter de leyes interpretativas de la Constitución, y tienen un alcance simplemente legal que no impide que los tribunales de protección entiendan los términos usados por la Carta Fundamental en otro sentido". En ob. cit. Pág. 156.

<sup>63</sup> Cabe destacar el notable alcance de las definiciones contenidas en la Ley N<sup>o</sup> 19.300, en el sentido que al respecto el mensaje del Presidente de la República señaló "para los efectos de la presente ley se entenderá por", lo que unido a su rango de ley común les restaba un mayor efecto. De esta forma, se substituyó por el actual texto, de manera que sus definiciones, pese, se insiste, en el carácter común de la ley, alcanzará a otras leyes sectoriales, consignándose en la historia de esta ley que el encabezamiento del artículo 2<sup>o</sup> se sustituía "para darle carácter general a las definiciones contenidas en este, y no circunscribirlas solo al ámbito de la presente ley". TOLEDO TAPIA, Fernando. En *Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Historia Fidedigna y concordancias internas*. Conama. 1996. Págs. 14-15.

trascendentales potestades para la protección ambiental, entre las que se menciona la creación de áreas silvestres, un fondo especial de protección, el uso de planes de manejo, prevención y descontaminación, la aplicación de normas de emisión y normas de calidad ambiental, junto a la regulación de la responsabilidad por daño ambiental.

Así pues, la Ley N° 19.300 definió la conservación del patrimonio ambiental<sup>64</sup> como “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”<sup>65</sup>, lo que debe relacionarse con el inciso final del señalado artículo 19, N° 8. Bajo este concepto, entonces, hay que entender incluidos los recursos naturales<sup>66 67</sup>.

Asimismo, dicha ley entendió por preservación de la naturaleza, “el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país”<sup>68</sup>.

Por último, el constituyente como una forma de proteger el ambiente facultó al legislador, excepcionalmente, a imponer limitaciones y restricciones a determinados derechos. Así, en el artículo 19, N° 24, inciso segundo, estableció que el dominio estaría afecto a las limitaciones y obligaciones que la ley le impusiera, derivadas de su función social, que comprendería cuanto exigiera la conservación del patrimonio ambiental<sup>69 70</sup>.

Y en el mismo artículo 19, N° 8, se facultó al legislador para establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. Está claro que la Constitución faculta al legislador para imponer, por vía legal, restricciones a ciertos derechos para proteger el medio ambiente, precisamente de la contaminación<sup>71</sup>, estos es, de “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o en concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”<sup>72</sup>, sin dejar de mencionar que en el debate de la Comisión de la Nueva Constitución se dejó constancia que se entendía por contaminar la definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española, guardando concordancia con la entregada por CONICYT, en un informe preparado para tales efectos<sup>73</sup>.

En este sentido Enrique Evans de la Cuadra expresa que las restricciones aludidas tienen por fin “preciso y único de proteger el medio ambiente, vale decir, para limitar su contaminación, o sea, una combinación de ellos, todos productos de la actividad humana, en concentraciones o duraciones dañinas para la salud de los seres humanos y deteriorantes de la sanidad del entorno”. Agregando, que debe entenderse por restricciones el acto de reducir a menores límites, aminorando o modificando el ejercicio de los derechos, o sea, las formas o maneras

<sup>64</sup> Véanse a VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, quienes destacan que la propiedad puede ser limitada y ser objeto de limitaciones con la finalidad de conservar el patrimonio ambiental. Ob. cit. Tomo I. Pág. 305; en el mismo sentido EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. Tomo III. Pág. 237.

<sup>65</sup> Artículo 2°, letra b), de la Ley N° 19.300.

<sup>66</sup> Los recursos naturales son definidos por la letra r), del artículo 2°, de la Ley N° 19.300, como “los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos”.

<sup>67</sup> En este sentido, EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. Tomo II. Págs. 310-311.

<sup>68</sup> Artículo 2°, letra p), de la Ley N° 19.300.

<sup>69</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. T. III. Págs. 234-238; VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA. Ob. cit. Tomo I. Pág. 305.

<sup>70</sup> Sobre las exigencias para restringir derechos en protección del medio ambiente, véase a LAVÍN VALDÉS, Julio, en *Legislación Restrictiva de Derechos y Libertades para proteger el Medio Ambiente*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 25 N° 1 (1998) Sección Estudios. Págs. 189-192.

<sup>71</sup> La Ley N° 19.300, artículo 2°, letra m), define el medio ambiente libre de contaminación como “aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”.

<sup>72</sup> Ley N° 19.300, artículo 2°, letra c).

<sup>73</sup> Evans de la Cuadra, Enrique. Ob. cit. T. II. Págs. 311-312.



como ellos se usan por las personas”<sup>74</sup>, como sería, por ejemplo, la aplicación de permisos de emisión transables, que supone la fijación de límites máximos de emisiones y la paulatina disminución de aquellas para ciertas zonas, contemplados en un plan de descontaminación o prevención.

Tales permisos, en definitiva, encuentran su fundamento en el deber del Estado de proteger el ambiente, especialmente de la contaminación, a través de normas legales que impongan la restricción a determinados derechos, entre los que se encuentra el dominio y la libertad de empresa.

Por consiguiente, el denominado permiso de emisión transable, deberá ajustar su naturaleza a la prevención constitucional relativa a que la restricción a la libertad de empresa tenga el carácter de específica, de manera que se excluyan características que la debiliten innecesariamente, bajo el pretexto de la protección ambiental o de la regulación del adecuado uso del aire.

#### IV. DEL DOMINIO PÚBLICO, COMO INSTRUMENTO DE ATRIBUCIÓN DE POTESTADES ORDENADORAS

##### 1. *Naturaleza del dominio público*

Se adelantó en el apartado dedicado a la intervención del Estado en la Economía, que la declaración de dominio público sobre determinados bienes (*publicatio* o publicación), permite al Estado ordenar su uso y aprovechamiento conforme a ciertos fines sociales. Sin embargo, como cuestión previa, es oportuno manifestar que la doctrina al respecto no es unánime en cuanto a la naturaleza del dominio público, es decir, en lo que concierne al vínculo entre el Estado y los bienes que se aglutinan en la denominación de “dominio público”, cuestión que tiene una innegable incidencia en la concepción y caracteres que se atribuyan a los actos ordenadores o de intervención económica del Estado.

Una parte de la doctrina, siguiendo a Hauriou, estima que la relación de los bienes, declarados públicos, es propietaria (tesis patrimonialista), afectados a una utilidad pública. En tanto, que otra parte de la doctrina, concibe el dominio público, siguiendo a Proudhon, no como relación propietaria, sino que como causal legitimadora de intervención pública en un concreto sector (tesis funcionalista)<sup>75 76 77</sup>.

Si se considera que las notas atribuidas al dominio público por la tesis patrimonialista no calzan con la realidad, ni explican que dichos bienes tengan por vocación ser aprovechados por los sujetos privados, en contraposición a su insistencia por una propiedad pública inalienable, parece más acertada la tesis funcionalista, que sí aparece como satisfactoria al momento de interpretar estas realidades, dando otro sentido a las potestades que la Administración ejerce sobre los bienes demaniales<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. T. II Pág. 313.

<sup>75</sup> Véase BARRIO GARCÍA, Gonzalo. Ob. cit. Pág. 29-30; VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Estudio Histórico-Dogmático. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1992. Págs. 183-191.

<sup>76</sup> Véase ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *El Dominio Público. Su Naturaleza Jurídica*. Ed. Bosch. Barcelona. 1956. Pág. 41. Para este autor el dominio público es, en suma, “una forma de propiedad especial privilegiada de los entes públicos, afectada a la utilidad pública, a un servicio público o al interés nacional y entretanto no sujeto a la inalienabilidad o imprescriptibilidad como la propiedad privada, y aun favorecidos por otras notas”. Sostiene también una concepción propietaria del dominio público GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Vol. II. Parte general. Madrid. 1962. Págs. 385-398.

<sup>77</sup> Sobre una breve reseña histórica de la polémica doctrinal en torno a la naturaleza del dominio público, véase a GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *La Titularidad de los Bienes del Dominio Público*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998. Págs. 34-59; y MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. *Dominio Público*. Ed. Trivium. 1992. Págs. 37-44.

<sup>78</sup> Véase VERGARA BLANCO, Alejandro. *Naturaleza Jurídica de los Bienes Nacionales de Uso Público*. En *Los Bienes de la Nación: una Oportunidad para el Desarrollo y Calidad de Vida de la Ciudadanía*. Ed. Ministerio de Bienes Nacionales y Honorable Cámara de Diputados. Chile. 1999. Págs. 89-96.

En este orden de consideraciones, como señala Marta García Pérez, “cabe entonces entender rectamente el dominio público como un título causal de intervención que confiere a su titular un conjunto de técnicas jurídicas idóneas para preservar su afectación y dar cumplimiento al fin público que los bienes que lo integran están llamados a cumplir”<sup>79</sup>.

Por su parte, Parejo Gamir y Rodríguez Oliver, exponentes de la tesis funcionalista, señalan que “el Dominio Público, antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la Administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas más de acuerdo con las exigencias de los intereses generales”<sup>80 81</sup>.

## 2. Características del dominio público

La principal característica del demanio la constituye su indisponibilidad, o sea, el obstáculo para que sea objeto de relaciones jurídico privadas *ab initio*, de manera de garantizar el cumplimiento del fin público que justifica su régimen. Como manifestación de este carácter esencial, el demanio goza de las siguientes protecciones según expresan Álvarez-Gendín (1956) y Parejo Gamir y Rodríguez Oliver (1976), entre otros: 1ª. Inalienabilidad: no se puede enajenar<sup>82</sup>. 2ª. Imprescriptibilidad. 3ª. Inembargabilidad. 4ª. Inhipotecabilidad, o mejor no son hipotecables ni sujeto de gravamen de Derecho civil y 5ª. No pagan contribución<sup>83</sup>.

Claro está que como no todos los bienes del dominio público tienen la misma naturaleza física (aguas y minas, renovable y no renovable) ni su aprovechamiento supone los mismos tipos de uso, las características antes anotadas sufren modulaciones. Así por ejemplo, en el caso de bienes como las minas, destinadas al aprovechamiento privativo, su uso implica una verdadera disposición física y jurídica por parte del concesionario, que significará que tal bien jamás vuelva al dominio público, sin ulterior rescate por parte de la Administración. Sucede, en cambio, todo lo contrario con una playa, en que su uso privativo, excepcional, no lleva consigo su disposición, y sí es posible allí encontrar con intensidad las notas de la indisponibilidad e inalienabilidad.

De esta manera, una parte de la doctrina considera que las características clásicas atribuidas al dominio público, como consecuencia de su indisponibilidad, no son propias de todos estos, ni suponen la absoluta prohibición para ser objeto de cierto tipo de tráfico jurídico. En este sentido, Parejo Gamir y Rodríguez Oliver observan, refiriéndose a la sustracción de los bienes del dominio público del tráfico jurídico privado, que ello no es obstáculo para someterlos a un tráfico jurídico-público, otorgándole a los sujetos privados verdaderas facultades similares a las del dominio.

En el mismo sentido se pronuncia José Ignacio Morillo-Velarde Pérez quien afirma, respecto de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, que estas características son más bien pautas inspiradoras que “una vez conseguida la extracomercialidad del tráfico privado, son susceptible de manifestarse de las maneras más adecuadas para conseguir los objetivos de justicia y eficacia en relación con el aprovechamiento de determinados

<sup>79</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta. Ob. cit. Pág. 10.

<sup>80</sup> PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. *Lecciones de Dominio Público*. Ed. Instituto Católico de Artes e Industrias (ICAI). Madrid. 1976. Pág. 8.

<sup>81</sup> Véase VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico-Dogmático*. Ob. cit. Págs. 195-201.

<sup>82</sup> Claro está que para los partidarios de la tesis funcionalista del dominio público, como José Ignacio Morillo-Velarde Pérez, la inalienabilidad consiste más bien en la imposibilidad por parte del titular de las potestades demaniales de transferirlas a los privados, y en cambio no se trataría de una simple prohibición de enajenar, pues no se puede enajenar si no se es propietario, agrega. Ob. cit. Págs. 88-91.

<sup>83</sup> ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. Ob. cit. Págs. 43-44; R. GAMIR, Parejo y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. Ob. cit. Págs. 27-38. En similares términos GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Págs. 411-426; Véase también MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. Ob. cit. Págs. 88-96.

bienes”. Añadiendo, que “por la propia naturaleza de los bienes, sus características físicas, en definitiva, sus posibilidades de uso, etc., reclaman fórmulas jurídicas propias dentro del amplio marco demanial que es lo que diseñan los principios que consideramos”<sup>84</sup>.

Por su parte Fernando Garrido Falla con relación a las características del dominio público, manifiesta que las antes citadas, no siempre se dan en todos los bienes de este género, quien, además, citando a Duguit, señala que se trata gráficamente de la “escala de la demanialidad”<sup>85</sup>.

Entonces, dada la dificultad de atribuir las características en comento a toda la categoría demanial, Julio González García, desde otra perspectiva, advierte sobre las dificultades en construir una teoría unitaria del dominio público en que se pretenden aplicar ciertos caracteres a todos los bienes que lo compondrían (homogeneidad de los bienes), desconociendo su naturaleza física y las distintas funciones que se les asignan<sup>86</sup>.

### 3. El tráfico jurídico

Tanto los partidarios de la doctrina patrimonialista como los de la funcionalista del dominio público, concuerdan en que estos bienes tienen el carácter de *res extra commercium*, solo en cuanto no son susceptibles de tráfico privado, pero sí son susceptibles de un tráfico de naturaleza pública, a través de los títulos que la Administración dispensa a los ciudadanos. En este sentido Parejo Gamir y Rodríguez Oliver van más lejos y afirman que los títulos de aprovechamiento otorgados a los administrados sobre los bienes demaniales, pueden ser objeto de un tráfico jurídico privado, en cuanto a que “el objeto del tráfico civil o mercantil no es el bien, sino las posibilidades de uso que los administrados han adquirido sobre él”<sup>87</sup>.

En consecuencia, la adquisición de derechos sobre bienes del dominio público, generalmente limitativos o privativos, en concordancia con su destino normal, no impide su libre transferibilidad y acceso a un tráfico público, aunque posteriormente, incluso puedan ser objeto de relaciones estrictamente de derecho privado, como es el claro ejemplo de las minas y aguas. De esta forma, el tráfico jurídico de los bienes públicos, armoniza con el planteamiento económico que privilegia al mercado en la eficiente asignación de recursos.

### 4. De la finalidad del ordenamiento de los bienes públicos

La relevancia de los bienes del dominio público no estriba en su indisponibilidad, sino que en su vocación para ser aprovechados por los administrados. Esta categoría jurídica no existe para que el Estado los aproveche directamente y anule la capacidad de empresa por parte de los particulares, ni el derecho de los ciudadanos para disfrutarlos.

En este sentido Julio González García refiriéndose a la indisponibilidad de estos bienes, añade que “en los bienes que se encuentren más desvalidos, el reconocimiento del régimen jurídico de la indisponibilidad no es ni siquiera el elemento central de su régimen jurídico, en la medida en que la demanialización no es un intento para instalar el bien en una especie de cámara acorazada que evite todo contacto con la sociedad. Antes al contrario, la separación

<sup>84</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. Ob. cit. Pág. 87-88.

<sup>85</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Pág. 412.

<sup>86</sup> Julio González García afirma que “la diferente naturaleza física de los bienes se traduce en que sus necesidades jurídicas no sean equivalentes”, agregando que el régimen real de dominio público “está diseñado para otorgar una especial protección a los bienes de dominio público sin tener en cuenta que este régimen ultraprotector tiene sentido para unos bienes y unas consecuencias perniciosas si lo aplicamos sobre los restantes bienes demaniales”. Ob. cit. Pág. 77 -79.

<sup>87</sup> PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M.. Ob. cit. Págs. 17-19 y 43-44. Agregan estos autores que en este sentido cabe citar “la transferencia de concesiones, o el usufructo o hipoteca sobre ellas, o la transmisión de licencias”.

del tráfico jurídico normal se realiza con el fin de ordenar más adecuadamente la actividad pública y privada, que se deben enmarcar dentro de los principios generales y los fines de la demanialización”<sup>88</sup>.

Así, ciertos bienes demaniales estarían normalmente destinados para ser aprovechados en forma privativa, de forma tal que el Estado se atribuye potestades sobre tales bienes con el objeto de regular el acceso a ellos por intermedio de los pertinentes actos administrativos.

En cambio, respecto de los bienes cuyo uso normal consiste en un aprovechamiento preferentemente colectivo, el Estado ostentaría potestades con el fin de regular dichos usos, compatibilizarlos, asegurar la igualdad de acceso, y conservar los bienes para el fin público que justifica su demanialidad.

#### V. APROVECHAMIENTO DE LOS BIENES PÚBLICOS

Una cuestión trascendental la constituye la forma en que los administrados utilizan, usan o aprovechan los bienes públicos, porque parece más acertado comenzar con esta cuestión, para luego llegar a los actos administrativos o a las habilitaciones normativas que permiten y regulan tales usos. Por el contrario, iniciar el estudio, a la inversa, significa desligar el fundamento fáctico y hasta jurídico, de dichas habilitaciones o actos administrativos. El desconocimiento o imprecisión de las modalidades de uso conlleva, precisamente, a errores en la formulación o conceptualización de los actos normativos, singulares o generales, que sobre ellos recaen.

El uso, pues, de los bienes públicos por parte de los administrados determinará entonces la modalidad de intervención o el tipo de acto administrativo<sup>89</sup>. Así, frente al uso común bastará la simple disposición normativa que regula su uso o una autorización (carácter preventivo) y si el uso es exclusivo, será necesaria una concesión<sup>90</sup>.

##### 1. *El uso común*<sup>91</sup>

El uso común consiste en que la utilización normal del bien se hará mediante la concurrencia colectiva de la comunidad, en condiciones de igualdad y no discriminación, sin exclusiones, impedimentos o limitaciones, distinguiéndose el **uso común general**, del **especial**.

##### a) Del uso común general

Esta modalidad de uso, es “el uso simplemente común, una utilización meramente colectiva, que trata de satisfacer una necesidad sentida por toda la comunidad, aunque no se dé un uso real, efectivo y actual, por todos y cada uno de los interesados”<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. Ob. cit. Pág. 75.

<sup>89</sup> VODANOVIC H., Antonio *Curso de Derecho Civil. Los Bienes y los Derechos Reales* (basado en las clases de Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga.) Ed. Nacimiento. Santiago. Chile. 1974. Pág. 125.

<sup>90</sup> Así, Barrio García, tratándose de los caladeros (sitios de uso de redes de pesca) distingue entre los contingentados y los no contingentados. En el caso de los no contingentados, donde hay libre acceso a los sitios de pesca, el respectivo acto administrativo de constatación de exigencias (tamaños vedas, tonelaje) si se cumple, constituyen verdaderas autorizaciones, con reconocimiento del derecho previo a la pesca, agregando que de esta forma “se descubre que la autorización no es la llave de la libertad, sino una técnica al servicio de la intervención de la Administración pública”. Por otro lado, frente a caladeros contingentados, niega que exista un derecho previo de pesca y que por lo tanto el respectivo acto administrativo no sería una autorización. Afirmando, en consecuencia, que “debido al desarrollo del sector pesquero y la sobreexplotación de los recursos las licencias retoman ciertas consideraciones regalianas para pasar a configurarse como una figura autorizatoria única de contenido concesional”, en atención a sus caracteres de excluyente, constitutivo, estable y discrecional de sus elementos. En Ob. cit. Págs. 68-72 y 78.

<sup>91</sup> Véase GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Págs. 447-451; MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. Ob. cit. Págs. 127-129.

<sup>92</sup> LÓPEZ PELLICER, José A. *Uso y Aprovechamiento del Dominio Público Local*. En la obra colectiva Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí. Coordinador Rafel Gómez-Ferrer Morant. Ed. Civitas. Madrid. 1989. Pág. 647.

Tal modalidad de uso presupone un “auténtico derecho al uso común”<sup>93</sup>, derecho subjetivo, aunque existe discrepancia sobre la naturaleza o esencia del derecho al uso común de los bienes públicos por parte de los administrados<sup>94</sup>, regido por ciertos principios, a saber:<sup>95</sup>

- a.1) Principio de libertad: Implica el uso directo, sin restricciones arbitrarias de los bienes demaniales, constituyendo la esencia de este derecho, que justifica precisamente, el carácter de *comunes omnium* que se atribuye a los bienes públicos. De este principio puede derivarse el de “compatibilidad de usos”.
- a.2) Principio de igualdad: Su propósito es evitar discriminaciones arbitrarias.
- a.3) Normalidad del uso y carácter reglado del mismo.
- a.4) Principio de gratuidad: Normalmente gratuito según otros, por cuanto en casos excepcionales, el uso del demanio está sujeto al pago de tasas.

#### b) Del uso especial

En ciertos casos el uso común constituye un uso especial que, “sin desnaturalizar ni impedir el uso general del dominio público por cualquiera, supone, sin embargo, que un interesado utiliza o aprovecha más que otros determinado bien de dominio público, como consecuencia de su especial relación o localización respecto del mismo”<sup>96</sup>, o por su intensidad, requiriendo en esos casos de autorización “demanal”<sup>97</sup>, es decir, solo aquella que dice directa relación con el uso del bien y no de aquellas vinculadas propiamente con la naturaleza de la actividad de que se trata. De este modo, se garantiza el ejercicio de este derecho al uso común de bienes públicos y su regulación por medio del otorgamiento de autorizaciones regladas<sup>98</sup>.

Sobre los supuestos de uso común especial es conveniente tener presente los siguientes<sup>99</sup>, a modo de ejemplo, y que dan cuenta de las dificultades, aun, de ser perfectamente contenidas en la expresión “uso especial”, pues de lo contrario, no sería necesario insistir en ejemplos para entender el alcance del término:

- b.1) Casos que implican una simple utilización o aprovechamiento material, pero accidental, sin que exista auténtica permanencia. Por ejemplo, los estacionamientos, paradas reservadas para buses, colocación de sillas por parte del comercio;
- b.2) Aquellos casos en que sin suponer ocupación, suponen un uso intenso, derivados de la situación de contigüidad con la vía pública; como es el caso de la descarga de mercancías y obras; y
- b.3) Por último, se presentan situaciones, especialmente referidas a las vías públicas, en que si bien existe ocupación material, el uso se ejerce en el subsuelo o vuelo de este, como por ejemplo el tendido aéreo o subterráneo de cables.

<sup>93</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta. Ob. cit. Pág. 95; Así también GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Págs. 448-450.

<sup>94</sup> Para una reseña de las posiciones doctrinales sobre la naturaleza del uso común de los bienes del dominio público, véase a PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. Ob. cit. Págs. 51-52.

<sup>95</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta. Ob. cit. Págs. 98-102; LÓPEZ PELLICER, José A. Ob. cit. Págs. 651-652.

<sup>96</sup> LÓPEZ PELLICER, José A. Ob. cit. Pág. 647.

<sup>97</sup> PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. Ob. cit. Pág. 53-54. Expresan estos autores, sobre esta materia, que el uso especial está ausente en una autorización demanal, “es decir, actos por los que se remueve un obstáculo preexistente al ejercicio de una actividad en principio libre y legítima”. Agregándose eso sí, que estas autorizaciones generalmente están sujetas a precario; Fernando Garrido Falla manifiesta que en estos casos se trata de un acto de tolerancia, sujeto a precario, agregando que, estas autorizaciones no deben confundirse con las de policía. Mientras estas últimas suponen la remoción de una traba que se oponen al ejercicio por parte de un particular de un derecho que ya tiene, en cambio, las autorizaciones demaniales son auténticos actos de tolerancia para un uso especial del dominio, al que el particular no podría alegar derecho alguno. Ob. cit. Págs. 451-452. Por su parte, José Ignacio Morillo-Velarde Pérez señala que las autorizaciones otorgadas en casos de usos comunes especiales, se caracterizarían por su régimen de precariedad y discrecionalidad, aunque reconoce situaciones de excepción cuando el otorgamiento está reglamentado. Ob. cit. Págs. 132-133.

<sup>98</sup> Así, en materia del uso común del demanio marítimo terrestre, véase a GARCÍA PÉREZ, Marta. Ob. cit. Págs. 111-119.

<sup>99</sup> LÓPEZ PELLICER, José A. Ob. cit. Pág. 648-650.

Sin duda que es el uso común especial el que más divergencias provoca en la doctrina, no solo por lo difuso de su definición, sino porque en gran parte puede atribuírsele a este tema la polémica en torno a la subsistencia de la técnica autorizacional, por cuanto algunos ven en dichos usos especiales una limitación para el uso de los demás, otorgándosele, en consecuencia, caracteres concesionales. En tanto que otros, en atención a la intensidad en la utilización, que pudiera no ser compatible con el uso general y en aras de conservar el bien preferentemente para un uso general, estiman que el usos especial sería esencialmente precario, negándose el derecho a indemnización, y, en consecuencia, rechazándose la idea de un derecho preexistente.

Conviene precisar que, si el uso especial es un tipo de uso común, distinto al privativo, que no genera un uso exclusivo, ni excluyente, la respectiva autorización (o permiso) solo constata el cumplimiento de los requisitos para tal uso, que supone el derecho previo al uso común, incluso en carácter de especial. Por el contrario, si se está frente a un uso privativo ello es simplemente una concesión<sup>100</sup>. Lo que debe considerarse es que el uso especial debe ser compatible con los demás usos especiales que se pretenda, pero particularmente con el uso general, a cuyo objeto está destinado preferentemente el bien<sup>101</sup>, si así es el caso, de forma tal que su ejercicio queda condicionado por aquel, pero sin que sea legítimo a su respecto una prohibición. Dilucidar si determinado supuesto es uso especial o privativo, será una cuestión que deberá resolverse en la práctica y por lo Tribunales, pues como señala el ya citado López Pellicer, el caso de los quioscos en la vía pública, por ejemplo, podría "situarse en un uno u otro tipo de utilización, según sus características específicas".

## 2. *El uso privativo*

Por su parte, el uso privativo supone la exclusividad en el aprovechamiento y la exclusión en el uso de otros administrados<sup>102</sup>, y lo más importante, la limitación en el acceso de otros sujetos, no solo en una porción del bien, sino que en su totalidad<sup>103</sup>.

Pero la nota que parece distinguir este, del uso del especial, no es solo la exclusividad y exclusión, sino que la limitación. En efecto, ya en el uso común general, ya en el uso común especial, si el número potencial de usuarios es ilimitado, poco sentido tiene hablar de exclusividad, por cuanto siempre existirá el derecho de otros sujetos a utilizar otras porciones del demanio y en las formas que sean compatibles con su destino normal. Por el contrario, si el Derecho limita el número de usuarios, la nota de la exclusión no solo se referirá a una porción del bien público, sino que a su totalidad, respecto del resto de los administrados<sup>104</sup>.

Ahora bien, el uso privativo sufrirá modulaciones si el uso normal y preferente del bien es común, como una plaza o una calle, o es, precisamente, privativo, como las minas o el agua (en el caso de riego, consumo domiciliario o industrial, el consumo de unos reduce la disponibilidad del recurso por otros). Luego, en el caso de bienes destinados al uso común, las notas de la limitación o exclusión no se referirán a la totalidad del bien, pero sí a los potenciales usuarios que aspiren a usos privativos, como pudiera ser el caso de instalación de quioscos en una plaza, en que para ser compatible dicho aprovechamiento con el común, el número de quioscos será, por cierto, limitado.

<sup>100</sup> Sobre las diferencias entre la concesión y el permiso, con la nota de precariedad en la legislación nacional municipal, véase a VERGARA BLANCO, Alejandro, en *Informe Constitucional N° 141*, Chile. 1991, en el que se afirma, categóricamente, que "todo acto administrativo que tenga por objeto crear un derecho a usar o aprovechar un bien nacional de uso público, configura aquella técnica jurídica denominada concesión". Pág. 4.

<sup>101</sup> En este sentido es claramente distinta la situación de bienes que solo pueden ser aprovechados privativamente, como las minas, de aquellos que se utilizan preferentemente, en forma colectiva, como una plaza o calle.

<sup>102</sup> Parejo Gamir, R. y Rodríguez Oliver, J.M. Ob. cit. Págs. 54-55; Garrido Falla, Fernando. Ob. cit. Pág. 453; José Roberto Dromi. Ob. cit. Pág. 46; José A. López Pellicer. Ob. cit. Págs. 656-658.

<sup>103</sup> Véase GARCÍA PÉREZ, Marta. Ob. cit. 119-120.

<sup>104</sup> Para LÓPEZ PELLICER, José A. "*La ocupación material de un bien de dominio y uso público que supone el uso privativo solo puede referirse, como es lógico, a una porción o lugar del dominio; ocupación que distingue, así, en principio esta modalidad de utilización respecto del uso especial*". Ob. cit. Pág. 656.

VI. AUTORIZACIONES Y CONCESIONES, COMO MODALIDADES DE USO  
O APROVECHAMIENTO DE BIENES PÚBLICOS

Así pues, los bienes sujetos a régimen de dominio público y en la perspectiva de la tesis funcionalista, están destinados a ser utilizados o aprovechados por los administrados, a través del reconocimiento o del otorgamiento de ciertos derechos por el ordenamiento jurídico.

Definidos los modos de uso de los bienes públicos, la elección del acto administrativo que debe intervenir en ciertos aprovechamientos, como autorizaciones o concesiones, no es arbitraria, y sus peculiaridades debieran imprimir, además, determinadas características a tales actos.

Por otra parte, esclarecer las diferencias entre actos como autorizaciones, permisos y concesiones en tanto actos administrativos, no es suficiente para efectos de determinar cuáles son compatibles con ciertos usos, ni basta hacerlo con independencia de los usos que presuponen, sino que interesa distinguir dichas figuras a partir del tipo de utilización del bien demanial. En definitiva, los actos administrativos, como los mencionados, son una respuesta jurídica a las formas de disfrute que el demanio proporciona.

1. *De la autorización*

Dar un concepto unívoco de autorización hoy no es fácil, por cuanto se han puesto en duda o modificado los elementos que sirvieron, en algún momento, para que asumiera una fisonomía propia y distintiva.

En el origen del concepto de autorización fue Ranelletti quien, para caracterizarla, puso el acento en la remoción de límites, que por su intermedio se obtenía, establecidos para el ejercicio de un derecho preexistente<sup>105</sup>. Otto Mayer, por su parte, señaló que la autorización era un acto administrativo que levantaba la “prohibición preventivamente establecida por la norma de policía, previa comprobación de que el ejercicio de la actividad no ha de producir en el caso concreto perturbación alguna sobre el buen orden de la cosa pública”<sup>106</sup>.

Ahora bien, se ha dicho que los elementos esenciales atribuidos a la autorización, como lo es el derecho preexistente, por ejemplo, se han desdibujado en la medida que aumentan las regulaciones y modalidades de intervención administrativa en variados campos económicos, con lo que para algún sector de la doctrina las diferencias con la concesión han perdido relevancia. En este sentido, por ende, se niega la existencia de un derecho preexistente y una prohibición general como presupuestos fundamentales de la autorización y, por el contrario, se asevera que tal técnica de intervención generaría vínculos permanentes entre el particular y la Administración.

En este orden de consideraciones, Eduardo García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que la idea del derecho preexistente es cada vez menos cierta en autorizaciones con una intervención administrativa más intensa, producto de potestades discrecionales y un número limitado de autorizaciones<sup>107</sup>. Así pues, definen la autorización como “un acto de la Administración por el que esta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente”<sup>108</sup>.

Sin embargo, con respecto a la potestad discrecional en el otorgamiento de algunas autorizaciones, Bernard-Frank Macera opina que esta característica, en orden a dar una mayor libertad para otorgar o negar autorizaciones, fundada entre otras razones, en limitaciones

<sup>105</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Ed. Marcial Pons. 1995. Volumen I. Págs. 437-438; Marta García Pérez. Ob. cit. Págs. 80-81.

<sup>106</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Ob. cit. Vol. I. Págs. 437.

<sup>107</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit. Vol. II. Págs. 137-139.

<sup>108</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit. Pág. 139. Para una clasificación de las autorizaciones, véase su ob. cit. Págs. 139-147.

positivas e intensas de las libertades privadas, no puede llevar a concluir que no exista un determinado derecho. Agregando, que “una cosa es el condicionamiento reglado o discrecional del ejercicio de un derecho y otra cosa es su titularidad, dicho de otra manera, la extensión o intensidad de los límites no altera sustancialmente la naturaleza de los derechos”.

En lo que se refiere a los mayores vínculos entre la administración y el administrado en el otorgamiento de ciertas autorizaciones, el antedicho autor expresa que ello no desnaturaliza el carácter de estas últimas, pues “el hecho de definir la autorización como un acto declarativo (y no constitutivo) de derechos no implica alterar de ningún modo su necesaria vinculación a las circunstancias concurrentes en el momento de su otorgamiento, ni su condicionamiento implícito a la compatibilidad permanente e inexcusable de la actividad autorizada con el interés público prevalente”<sup>109</sup>.

Desde otra vertiente, Ramón Parada criticando la calificación de funcionales que se da a ciertas autorizaciones, para destacar su estricto régimen disciplinado, dando lugar a una relación especial de sujeción, señala que “cargar o tratar de justificar todas las subsiguientes medidas de intervención en la autorización inicial es, a nuestro juicio, excesivo, pues desde una perspectiva formal estas y otras medidas de intervención diversas de la autorización inicial (reglamentación, inspección, sanción) solo se justifican y amparan en la norma legal que las regula”<sup>110</sup>.

De esta forma, Ramón Parada se inclina por una concepción de la autorización que él denomina garantista, definiéndola como “un acto reglado, que libera la prohibición del ejercicio de un derecho o libertad preexistente, de forma que la autorización trata simplemente de determinar si la actividad o ejercicio del derecho o libertad en cuestión cumplen las exigencias legales o reglamentarias”<sup>111</sup>.

En esta misma línea se encuentra J. L. Martínez López-Muñiz, quien manifiesta que “la autorización si se emplean con el debido rigor los términos, es un acto administrativo de efectos declarativos y no constitutivos, en el sentido de que el derecho a ejercer o llevar a cabo la actividad que constituya su objeto no nace de ella, no es constituido ni generado por ella, sino que es propio del sujeto con anterioridad, comúnmente porque se lo habrá reconocido expresamente –aunque solo sea cuando menos en términos genéricos– el ordenamiento jurídico, a veces incluso como parte del contenido de algún derecho fundamental o de alguna libertad pública”<sup>112</sup>.

Con respecto a la remoción de la prohibición o de límites, Martínez López-Muñiz destaca que el objeto de la autorización es garantizar que el derecho preexistente “no se ejerza sin que la Administración compruebe previamente, de modo suficiente, su ajuste a Derecho bajo la determinada perspectiva que justifique tal cuidado”<sup>113</sup>.

A su turno Luis Morell Ocaña manifiesta que la autorización<sup>114</sup> sería un acto habilitante de una titularidad, que puede estar constituida por un derecho subjetivo o, a lo menos, por un

<sup>109</sup> MACERA, Bernard-Frank. Ob. cit. Pág. 148.

<sup>110</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Ob. cit. T. I. Págs. 490-491.

Agrega este autor, refiriéndose a que la autorización originaría la subsiguiente serie de limitaciones sobre el sujeto autorizado, similares al caso de la concesión, que “cuando se establece sobre una autorización una relación duradera y legitimante de nuevas formas de intervención, es que se están haciendo pasar por autorizaciones supuestos de concesión, o bien ocurre que se confunde el acto de autorización –de la remoción del límite, que agota en esto su efecto y permite el ejercicio de la actividad o del derecho– con otras técnicas limitativas o intervenciones administrativas posteriores sobre la actividad autorizada, y que constituyen actos administrativos independientes de la autorización inicial, aunque la presupongan, actos posteriores que recaen sobre el sujeto autorizado en forma de mandatos, órdenes, prohibiciones, directivas, etc. Estos actos encuentran su legitimación no en el acto de autorización, sino en otras potestades que la ley y la reglamentación reconocen a la Administración sobre la actividad autorizada”. En ob. cit. Pág. 440.

<sup>111</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Ob. cit. T. I. Pág. 438.

<sup>112</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. *La Regulación Económica en España*. En la obra colectiva “El Nuevo Servicio Público”. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1997 (autores: Ariño Ortiz, J. M. De la Cuétara y el propio J. L. Martínez López-Muñiz). Pág. 237.

<sup>113</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Ob. cit. Pág. 238.

<sup>114</sup> MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1996. Tomo II. Pág. 45. Define este autor la autorización “como un acto que, con carácter discrecional o reglado, habilita al particular para el ejercicio de una situación jurídica activa suya, a los efectos de coordinar el interés particular y el público”.



interés legítimo. Así, explica que “la autorización no tiene una incidencia sobre la validez de esa titularidad sino sobre su eficacia” y aun tratándose de una autorización discrecional, no se debe negar la existencia de una titularidad, concluyendo que en los casos de autorizaciones regladas y discrecionales estas tienen como notas características las siguientes: “1º) existencia previa, en la esfera jurídica del autorizado, de un derecho, facultad u obligación de actuar, requisito mediante el que se diferenciaría con claridad de la concesión, en la que la titularidad particular no preexiste al acto administrativo; 2º) relación jurídica de tracto instantáneo entre el autorizado y el ente autorizante, en la medida que la potestad administrativa se agota con la producción de la autorización (aunque luego puedan entrar en juego poderes distintos, como los de inspección o sanción); 3º) de esta relación jurídico administrativa saldría intacto el derecho subjetivo y su contenido, siendo el acto de autorización tangente a dicho contenido al no poder alterarlo imponiendo determinaciones accesorias a la voluntad particular, como puedan ser la condición, el término o el modo; sin embargo, en las autorizaciones discrecionales la norma habilita, en ocasiones, a la Administración para imponer tales determinaciones accesorias”<sup>115</sup>.

Otra nota que es necesario resaltar en la autorización, es la que se refiere a que ella guarda relación no solo con derechos preexistentes, sino que con la libre e igualitaria concurrencia de los administrados en el disfrute de sus titularidades previas, que se pueden manifestar en el desarrollo de actividades empresariales, como en la utilización de bienes públicos. En esta dirección Ramón Parada es más claro, cuando expresa que “en definitiva, el concepto de autorización debe limitarse a los supuestos en que no hay limitación en el número de los beneficiarios del derecho o actividad ejercida, ni discrecionalidad en el otorgamiento (como ocurre, por ejemplo, en las licencias de conducir, de caza o de abrir establecimientos educativos, licencias urbanísticas, etc.), remitiendo al concepto de concesión los demás supuestos en que la legislación permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas”<sup>116</sup>.

En suma, en la autorización concurre como presupuesto fundamental un derecho preexistente, que en ocasiones para su ejercicio y con el fin de darle eficacia requiere de un acto administrativo, que verifique, con carácter preventivo, las condiciones de su ejercicio. Además, el otro supuesto esencial de la autorización, como se ha expuesto, está constituido por la existencia de titulares de derechos, que concurren a la realización de actividades económicas, en el marco de los principios de libertad e igualdad.

De esta forma, al buscar vincular este tipo de actos con las modalidades de aprovechamiento del demanio, cuya finalidad será verificar exigencias de seguridad, salubridad o conservación de la integridad del bien, se concluye que la autorización es el acto administrativo que más se aviene con el uso común general y el especial.

Finalmente, es preciso advertir también, que en el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, además de una autorización de habilitación de actividad, se requiera de otro título, si existe un aprovechamiento demanial, que podrá ser de libre acceso o de acceso restringido<sup>117</sup>.

## 2. Del permiso

La doctrina suele reservar el término permiso, con relación a los bienes públicos, para referirse al acto administrativo que permite un uso especial, aunque para ciertos autores este tipo de acto otorga un nuevo derecho y para otros solo reconocería uno preexistente.

<sup>115</sup> MORELL OCAÑA. Luis. Ob. cit. Pág. 53.

<sup>116</sup> PARADA, Ramón. Ob. cit. T. I. Pág. 440.

<sup>117</sup> En el caso de la pesca marítima, por ejemplo, “se llega a concebir inicialmente los títulos de ejercicio de la pesca como autorizaciones de habilitación de actividad, salvo cuando se ejerce sobre recursos declarados de dominio público, en cuyo caso presentarán una naturaleza demanial. Asimismo, cuando se requiere materialmente una utilización demanial en tareas acuícolas o marisqueras, normalmente en la zona marítimo-terrestre, la legislación actual (*la española*) sujeta este ejercicio a una duplicidad de títulos, demanial y de actividad”. BARRIO GARCÍA, Gonzalo. Ob. cit. Pág. 61.

Las primeras discrepancias que surgen sobre el concepto de "permiso", se deberían a la distinta apreciación que se tenga del uso especial, en el sentido de determinar si es una modalidad de uso común o se acerca al uso privativo, por las limitaciones que supone, de manera que se afirma que no existe un derecho preexistente. En este sentido, Eva Desdentado Daroca refiriéndose a las autorizaciones para uso especial del dominio público, afirma que "lo cierto es que la naturaleza de estas autorizaciones y su distinción con las concesiones demaniales no es fácil. Ello se debe en gran medida a la difícil delimitación del uso especial y privativo del dominio público"<sup>118</sup>.

Así pues, para algunos es preciso distinguir entre usos especiales que solo requieren de una autorización que remueva el obstáculo legal y usos especiales "que exceden del uso común y a los que ningún ciudadano puede pretender tener un derecho previo, que o bien son especialmente intensos sin implicar ocupación alguna (Ej. Vados, reservas de carga y descarga, etc.), o bien implica un simple estacionamiento u ocupación de escasa entidad sea por su transitoriedad o por el carácter no fijo de las instalaciones (colocación de sillas y mesas, venta ambulante, carritos de confitería o cigarrillos, ciertos quioscos, etc.)"<sup>119</sup>. A estos usos especiales, Marta García Pérez<sup>120</sup> los denomina uso privativo menor, al que accedería el administrado mediante una concesión "menor" o autorización discrecional, en atención al carácter temporal de su uso<sup>121</sup>.

Luego, como muy bien expresa José A. López Pellicer, se plantea la cuestión de desentrañar si las licencias, o autorizaciones es preferible decir, que legitiman o habilitan a su titular para efectuar el uso especial del bien demanial, constituye un derecho para el sujeto favorecido. Sobre el particular, se pueden vislumbrar dos posturas. Una sostiene que se trataría de un derecho real administrativo, y otra, sostenida por el propio López Pellicer, que señala que se trataría de un simple derecho subjetivo, pero "debilitado o condicionado, *affievoliti*, por cuanto su existencia queda subordinada, en el ámbito de la concreta relación administrativa especial de sujeción originada por el acto administrativo de licencia, a su compatibilidad por el interés público, explícito o implícito a la afectación a que se halle vinculado el bien de dominio público, de modo que cuando no se dé tal compatibilidad, podrá ser revocado por la entidad local, incluso, sin indemnización alguna en su caso"<sup>122</sup>.

De esta manera, la discusión sobre los permisos de uso especial se centra no solo en la existencia de un derecho, sino que en su estabilidad, es decir, si es permanente, condicionado o sujeto a revocación por causa de utilidad pública, en definitiva precario, sin derecho a indemnización, en atención a la necesidad de compatibilizarlo con el uso común<sup>123</sup>. Asimismo, el debate sobre esta forma de intervención se orienta a determinar la conveniencia de que el Estado ostente potestades regladas o discrecionales para su otorgamiento.

Así, la particular concepción sobre el uso especial de bienes de dominio público, determinará la naturaleza del acto administrativo. De esta manera Miguel S. Marienhoff manifiesta

<sup>118</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. *El Precario Administrativo*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1999. Pág. 70.

<sup>119</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. Ob. cit. Pág. 71. Agrega esta autora que "el uso especial difícilmente puede considerarse una mera modalidad de uso común, estando realmente más cerca del uso privativo" (...) y que la así denominada autorización demanial tendría un carácter constitutivo, discrecional, permitiendo un uso limitativo o excluyente. Pág. 72.

<sup>120</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta. Ob. cit. 121.

<sup>121</sup> José Ignacio Morillo-Velarde Pérez, opina, en cambio, que lo decisivo en las concesiones demaniales para diferenciarlas de las autorizaciones otorgadas por usos comunes especiales, no está dada por la exclusividad, al no ser un motivo suficiente para la distinción. Destacando, por el contrario, "que no basta el carácter de uso privativo entendido como excluyente, ni siquiera la anomalía en el uso, (...) sino, como ya he dicho, otros criterios que hagan razonable la especial protección para el titular que la concesión comporta y que probablemente pueden ser de lo más variado. Lo contrario supone la necesidad de incluir en las concesiones la cláusula de precario, con las distorsiones que ello conlleva". Ob. cit. Pág. 134.

<sup>122</sup> LÓPEZ PELLICER, José A. Ob. cit. Págs. 655-656.

<sup>123</sup> Véase MARIENHOFF, Miguel S. *Permiso Especial de Uso de Bienes del Dominio Público*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996.

que “el objeto o contenido de la actividad es, pues, una nota importante para distinguir el permiso de uso de la concesión de uso”<sup>124</sup>.

Lo cierto es que las citadas opiniones en nada alteran el carácter de autorización del permiso, si es que tal término se reserva a usos especiales, que claramente no tengan un carácter privativo y en cuanto a aquellos usos de naturaleza privativa, aunque de menor intensidad, por tratarse de un caso en que no existe un derecho preexistente, el acto administrativo respectivo será una concesión.

En definitiva, sin desconocer la dificultad de determinar en la práctica la diferencia entre usos comunes generales y usos comunes especiales, en la medida que estos últimos no supongan limitación de usuarios, el acto administrativo que habilite tal aprovechamiento, será una autorización, destinada a constatar que se cumplan los requisitos, exigencias o condiciones que regulan el ejercicio del derecho a uso especial, que debe considerarse preexistente, por ser una modalidad del uso común, al que ya se ha hecho referencia anteriormente. Dicho de otra forma, determinados usos especiales parecen tener el carácter de necesarios para ejercer otros derechos, como es el caso de los accesos a los bienes privados contiguos a los públicos, en donde se realizan actividades empresariales, en especial la carga y descarga, y el ingreso de vehículos. No puede negarse, por otra parte, que los ciudadanos tengan derecho a usos especiales del dominio público, pero será la necesidad de compatibilizarlos entre sí, con otros usos especiales de distinta naturaleza, y con el uso común general, el que determine la modalidad de su ejercicio y la posible *inestabilidad* a que queden sujetos.

### 3. De la concesión

La concesión demanial “es el título por excelencia habilitante para la utilización privativa del dominio público, que podría definirse por su carácter excluyente y constitutivo, discrecional (nota: *característica no esencial, y que en muchos casos es reglada*) y estable”<sup>125</sup>. A su turno, Parejo Gamir y Rodríguez Oliver afirman que “la especial configuración de exclusividad que el uso privativo lleva consigo exige para su nacimiento un título jurídico específico: la concesión administrativa”<sup>126 127</sup>.

En otro plano, la concesión, en tanto acto administrativo, es de aquellos que amplían la esfera de derechos de los administrados, a través del otorgamiento de un derecho *ex novo*<sup>128 129</sup>.

La doctrina señala como características del acto concesional, las siguientes:

- a) Nace *ex novo*, un derecho real administrativo<sup>130</sup>, oponible *erga omnes*, con la posibilidad de perseguir el derecho frente a terceros.
- b) Limitado en el tiempo<sup>131</sup>: no lo sería cuando su “fin normal es su utilización y explotación privativa por particulares”, como es el caso de aguas y minas<sup>132</sup>.

<sup>124</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Ob. cit. Pág. 18.

<sup>125</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta. Ob. cit. 127.

<sup>126</sup> PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. Ob. cit. Pág. 55. Agregan estos autores que la concesión demanial “puede ser definida como un acto administrativo por el que se confiere a un particular el derecho real exclusivo y excluyente de utilizar privativamente un bien de dominio público”. En Ob. cit. Pág. 55.

<sup>127</sup> Para Desdentado Daroca las concesiones demaniales son “aquellas que confieren al administrado el derecho al uso privativo, normal o anormal, del dominio público. La concesión demanial es, por tanto, un título habilitante para un uso y disfrute de una porción del dominio público que requiere la ocupación del mismo y limita o excluye su limitación por los interesados (...), sea dicho uso conforme con el destino principal del dominio público a que afecte (uso normal) o contrario a ese destino (uso anormal)”. En ob. cit. Págs. 69-70.

<sup>128</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Estudio Histórico-Dogmático. Ob. cit. Págs. 260-264.

<sup>129</sup> Sobre la naturaleza jurídica de la concesión véase a VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Estudio Histórico-Dogmático. Ob. cit. Págs. 265-270.

<sup>130</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Págs. 455-456.

<sup>131</sup> PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J. M. Ob. cit. Pág. 61.

<sup>132</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Pág. 460.

- c) Discrecional<sup>133</sup>: aunque Parejo Gamir y Rodríguez Oliver reconocen excepciones en el caso de las minas. Se afirma, asimismo, que no existiría en el caso de la concesión demanial, un derecho a obtener concesión administrativa, por el carácter discrecional de su otorgamiento<sup>134</sup>.
- d) A título de precario<sup>135</sup>: estas concesiones demaniales a precario se definen como “títulos que habilitan a los particulares para usar de forma particularmente intensa o privativa el dominio público mientras no concurra un interés público prevalente”<sup>136</sup>. En tanto que autores como Vergara Blanco y Marienhoff, rechazan atribuir esta característica a la concesión.

Quizá lo más relevante de destacar en la concesión demanial sea el derecho que se otorga y su carácter. Al respecto la doctrina ha señalado que se trata de un derecho<sup>137</sup> real administrativo<sup>138</sup>. En este sentido, pues, Alejandro Vergara Blanco expresa que estos derechos tendrían cuatro elementos: a) existencia de un derecho subjetivo público; b) se trata de un derecho real, en atención a que se ejerce sobre bienes; c) su objeto son bienes de dominio público; y d) nace de un acto administrativo, la concesión<sup>139 140</sup>.

De este concepto merece atención el carácter excluyente, que desde un punto de vista físico significa la ocupación del dominio público en el sentido material de toma de posesión o aprehensión (aunque no siempre se den estas condiciones, como es el caso del aire, dependiendo de las propiedades físicas o químicas del bien, o del estado en que se encuentra –sólido, líquido o gaseoso–); y desde el punto de vista jurídico, implica limitación en el número de beneficiarios del derecho de aprovechamiento del bien demanial.

Además, lo más relevante del derecho real administrativo, es la facultad de aprovechamiento que implica, en el caso de minas<sup>141</sup> y agua, una extracción del recurso, pero no así en

<sup>133</sup> PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. Ob. cit. Pág. 61; En igual sentido GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Págs. 456-457; y Eva Desdentado Daroca admite la discrecional en el otorgamiento de concesiones por regla general. En ob. cit. Pág. 70.

<sup>134</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Págs. 456-457.

<sup>135</sup> PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. Ob. cit. Pág. 61; Por una opinión contraria, GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Pág. 455

<sup>136</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. Ob. cit. Pág. 73. Aunque esta autora reconoce la existencia de concesiones que no se otorgan a título precario.

<sup>137</sup> ALVAREZ-GENDÍN, Sabino. Ob. cit. Pág. 68. Agrega, que “el carácter económico de la utilización del dominio público, no otorga vinculación jurídico privada. Es meramente un precario o un derecho real administrativo a plazo definido susceptible de extensión por interés público”. Ob. cit. Págs. 70-71

<sup>138</sup> Para los antecedentes doctrinales sobre la teoría de los derechos reales administrativos, véase VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Estudio Histórico-Dogmático. Ob. cit. Págs. 315-325; VODANOVIC H., Antonio. *Curso de Derecho Civil. Los Bienes y los Derechos Reales* (basado en las clases de Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga.) Ed. Nascimento. Santiago. Chile. 1974. Págs.127-131. En donde se esbozan dos posiciones, a partir del articulado del Código Civil. Una de don Leopoldo Urrutia (“Carácter y extensión del derecho de uso que se tiene en bienes nacionales de uso público”. R.D.J. T. 12. Sección Derecho. Págs. 145-154, que acepta la tesis de los derechos reales y otra que lo niega, fundada en el tenor del artículo 602 del Código Civil, que sostiene “en resumen, el concesionario solo tiene derechos sobre las obras por él construidas y sobre el especial aprovechamiento de la cosa pública; pero sobre esta no tiene ningún derecho real, sino una simple tenencia”. Págs.129-130; Precisamente Luis Claro Solar opina en contra de la tesis de los derechos reales señalando que esta “no tiene en realidad base jurídica, y desnaturaliza el concepto de derecho real”. En *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Ed. Imprenta Cervantes. Santiago. Chile. 1930. T. Sexto. Págs.241-247.

<sup>139</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Estudio Histórico-Dogmático. Ob. cit. 1992. Págs. 325-328; Sobre el carácter real de estos derechos dicho autor señala: “consideramos perfectamente aplicable en derecho administrativo esta categoría de los derechos reales, pero con una diferencia muy acusada a su realidad frente al derecho privado: el derecho real administrativo, al estar regido por el derecho administrativo, se disciplinará por un régimen de derecho administrativo, y sus principios regularán, o por lo menos limitarán, todo lo atinente a los derechos reales administrativos”. Ob. cit. Pág. 326.

<sup>140</sup> Conviene señalar que “la concesión es un acto administrativo que sirve de título, de instrumento, y a partir del cual se crea un derecho real”. VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Estudio Histórico-Dogmático. Ob. cit. Págs. 330-331.

<sup>141</sup> Sobre los derechos mineros, véase VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Estudio Histórico-Dogmático. Ob. cit. Págs. 332-337.

otro tipo de concesiones, de manera que lo esencial de tal aprovechamiento, si convencionalmente así se prefiere en la doctrina, debiera ser la nota de la utilización del bien público, que en algunos casos podrá ser solo una ocupación. En definitiva, tal utilización o aprovechamiento constituye el fin por el que se otorga la concesión, y por ende del derecho real.

#### 4. Diferencias entre la autorización y la concesión

Para Marta García Pérez la diferencia entre concesiones y autorizaciones radicaría en la intensidad de uso, señalando que “la diferencia entre ambas figuras no viene determinada por criterios materiales (usos especiales, usos privativos), sino por su específico régimen jurídico, diferentes en ambos casos por la permanencia o temporalidad del uso establecido”<sup>142</sup>.

Por su parte, pero respecto de las actividades estrictamente reglamentadas y el servicio público sujeto a concesión a favor de particulares, Ramón Parada pone de manifiesto la dificultad de distinguir las autorizaciones que legitiman la actividad privada respecto de la concesión del servicio, expresando que “la distinción entre la autorización y la concesión resulta evidente, como se ha dicho, cuando no hay limitación en el número de las autorizaciones que pueden ser concedidas, como ocurre para el ejercicio de determinadas actividades (hospitalarias, de enseñanza); entonces la autorización encuentra su significación más prístina como acto reglado que se otorga a todos aquellos en quienes concurren determinadas condiciones”<sup>143</sup>.

En fin, para Parejo Gamir y Rodríguez Oliver, la diferencia sustancial entre autorizaciones y concesiones en materia demanial se encuentra en el “carácter excluyente y privativo inherente a la concesión y ausente del todo en la autorización”<sup>144</sup>. En similares términos se expresa Fernando Garrido Falla<sup>145</sup>.

Por consiguiente, la diferencia entre la técnica autorizatoria y concesional, radicaría en la forma en que concurren los administrados, es decir, libre o restringida en el disfrute de un bien. De tales circunstancias derivará forzosamente la exclusividad del derecho que nace de una concesión o la preexistencia de los derechos de los administrados.

## VII. EL AIRE COMO UN BIEN DE DOMINIO PÚBLICO

Definidas las categorías jurídicas de dominio público y ambiente, de las cuales formaría parte el aire, como ya se ha expuesto y más adelante se examinará; tratadas las formas de protección de este último y las relaciones entre demanio y ambiente, como asimismo las formas de aprovechamiento y las técnicas jurídicas que lo permiten, se está más cerca de dilucidar la naturaleza jurídica del permiso de emisión transable, a la luz de su aplicación en el aire atmosférico.

En efecto, ya antes se advirtió que el permiso de emisión transable contemplado en la Ley N° 19.300, implica la limitación de emisiones de sustancias contaminantes, a través de un

<sup>142</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta. Ob. cit. Pág. 89.

<sup>143</sup> PARADA, Ramón. Ob. cit. Tomo I. Págs. 490-491. Además, Parada es más elocuente al decir “más sencillamente, parece que la elección de la forma de la *publicatio*, seguida de la gestión indirecta del servicio por concesión, se impone cuando se trata de servicios puntuales y globales que no admiten una pluralidad de concesionarios (como en los casos de abastecimientos de agua a una población, transporte municipal, concesiones ferroviarias, etc.) mientras que la actividad reglamentada o autorizada aparece siempre que no sea aconsejable o no es técnicamente posible situar la actividad de prestación en un único titular, sino en un conjunto de personas, con la ventaja añadida en este caso, de mantener una cierta competencia entre ellos”. En Ob. cit. Pág. 493.

<sup>144</sup> PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. Ob. cit. Pág. 59. En similares términos también se expresa Ramón Parada, aunque coincide parcialmente, reservando las autorizaciones para casos en que no hay limitación en el número de beneficiarios, ni discrecionalidad, y la concesión, en cambio, a situaciones de discrecionalidad o en que se limita el número de beneficiarios. Claramente Parada cuando se refiere al número de beneficiarios, se está refiriendo al uso común general y al uso privativo, exclusivo y excluyente. En Ob. cit. Pág. 440.

<sup>145</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Ob. cit. Págs. 454-455.

acto administrativo y la consiguiente asignación de cuotas para cada titular de permisos de emisión, de manera que establecida la categoría de bien a la que pertenecería el aire, es posible determinar la naturaleza de los actos y derechos que permiten su utilización.

### 1. *Naturaleza del aire atmosférico*

La atmósfera es una envoltura terrestre de naturaleza gaseosa, de 200 kilómetros de espesor. Ella es posible segmentarla en varias capas, denominadas troposfera, tropopausa, estratosfera, estratopausa, mesosfera, mesopausa y termosfera. La capa en la que se desarrolla la vida es la troposfera, en la que se encuentra lo que se designa como aire, formado por componentes químicos que se presentan en proporciones constantes y otros en proporciones variables. Dentro de los componentes permanentes del aire limpio y seco, se encuentran el nitrógeno en 78,1% y el oxígeno en 20,9%, y el 1% restante son los componentes variables<sup>146</sup>.

El aire, como se sabe, constituye uno de los soportes para la vida humana, vital para su función de respiración o de captación de oxígeno. Pero, asimismo, presta otras utilidades, como la de servir de sumidero de residuos provenientes de diversas actividades como las domiciliarias, comerciales o industriales.

Es preciso insistir en la idea del uso del aire como sumidero. Así pues, cuando una industria o cualquier otro establecimiento, incluidos los hogares, emiten sustancias inocuas o contaminantes ¿utilizan el aire? Antes de responder, ¿si físicamente no existiese el aire o el agua, dónde se depositarían las sustancias que resultan de procesos humanos? Parece entonces que si se considera al aire, no como un mero espacio físico vacío, sino que como una capa gaseosa, que cubre todo el espacio entre cuerpos materiales, cabe concluir, por consiguiente, que las sustancias van a depositarse, precisamente en él. Luego ¿no es esto un determinado uso o aprovechamiento de este elemento?

La circunstancia de que normalmente no se pague por la utilización del aire, no implica que él no exista o que no tenga ningún valor, toda vez que este aspecto, el de la gratuidad, solo indica su régimen normal de utilización, y es lo que conduce generalmente a no considerar su deterioro, ni el valor de los servicios que presta. Las dificultades en su valoración<sup>147</sup> no pueden ser obstáculo para reconocer aquel hecho. Por ejemplo, si las empresas emiten residuos sólidos, generalmente tienen que pagar por su almacenamiento y tratamiento, y si solo disponen de ellos en sus inmuebles, ocupan espacio que podrían utilizar para otros fines. Luego, el uso del aire, para los señalados fines, implica un verdadero ahorro para las empresas.

Pero la utilización del aire como receptáculo de residuos no es ilimitada y su abuso no solo incide en este tipo de uso, sino que en la calidad del aire en su función de soporte de la vida, en cuanto proveedor de oxígeno. De lo anterior deviene, por lo tanto, la necesidad de proteger el aire de contaminantes, que alteren sus equilibrios químicos vitales.

### 2. *Tratamiento normativo del aire*

#### a) *Normativa Internacional*

El aire es un bien que tiene una dimensión que abarca a toda la Tierra, es indivisible, de forma tal que la preocupación por su correcta utilización y su protección no se agota en las particulares regulaciones nacionales, sino que reclama un esfuerzo internacional en esta materia. Recuérdese que la contaminación originada en una zona geográfica puede tener efectos

<sup>146</sup> PERELLÓ SIVERA, Juan. *Economía Ambiental*. Ed. Universidad de Alicante. España. 1996. Págs. 20-21

<sup>147</sup> Véase AZQUETA, Diego. *Valoración Económica de la Calidad Ambiental*. Ed. McGraw Hill. España. 1994. Págs. 3-23

en otra, como es el claro caso del debilitamiento de la capa de ozono, especialmente en la Antártica, por causa de CFCs., generados en países industrializados del hemisferio norte<sup>148</sup>.

Por consiguiente, sin que implique un apoderamiento del aire por parte de los Estados, “el régimen jurídico internacional de la protección del aire está en buena medida construido sobre la base del principio de utilización razonable de la soberanía territorial por los Estados, que obliga a los Estados a no permitir que su territorio sea utilizado de manera que se cause un perjuicio a otro Estado”<sup>149</sup>.

Así pues, en la Conferencia de Estocolmo (1972) se estableció el principio de soberanía con relación al uso de bienes ambientales, como el aire, al señalarse: “ Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se llevan a cabo bajo su jurisdicción o control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional” (Principio XXI).

De los diversos tratados internacionales relativos a la protección atmosférica<sup>150</sup>, que se fundan en la calidad del aire como bien común a todos los hombres, se reconoce precisamente la potestad de los Estados para su protección y, por ende, para la regulación de sus usos<sup>151</sup>.

#### b) Normativa Constitucional

Con el objeto de esclarecer si la Constitución se refirió al régimen jurídico del aire, es necesario tener presente que la propia Carta Fundamental en su artículo 19, N° 23, aseguró a todas las personas: “*La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así,*” norma que está en concordancia con lo prescrito en el artículo 585 del Código Civil.

Respecto a dicha norma constitucional, Enrique Evans de la Cuadra señala que en la categoría de bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, “no susceptibles de apropiación y de dominio privado”, se encuentra “el aire, la atmósfera”<sup>152</sup>. Nótese, además, que estos bienes no necesitan de una ley para ser considerados como tales, a diferencia de los que deben pertenecer a la Nación toda, es decir, sometidos a tal régimen, por su destino<sup>153</sup>.

En consecuencia, de la citada preceptiva constitucional se puede afirmar que el aire es de aquellos bienes que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres, por lo que no sería susceptible de apropiación privada, y su uso normal sería común, es decir libre e igualitario. Es una lástima que no se haya dedicado una mayor atención a este tipo de bienes y a la necesidad de regular su aprovechamiento, temática que se inserta en el régimen general de los bienes, públicos y privados.

<sup>148</sup> En este sentido Fernando López Ramón, expresa: “En la actualidad, la gravedad de los problemas que afectan al aire en todo el planeta pudiera conducir, bajo la óptica jurídica, a la necesidad de reconocer la unidad del recurso (patrimonio o herencia común) y el interés de todos los Estados en su protección (tarea común de la humanidad)”. Agregando, que “El aire, como los restantes recursos naturales, se beneficia del principio general de protección del medio ambiente identificable en textos internacionales y constitucionales”. En “Régimen Jurídico de la Protección del Aire”. En *Derecho del Ambiente y Administración Local*. Coordinador José Esteve Pardo. Ed. Civitas. Madrid. 1996. Págs. 286 y 293.

<sup>149</sup> LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Ob. cit. Págs. 285-286.

<sup>150</sup> Los Convenios más significativos de protección del aire atmosférico son el Convenio para la protección de la capa de ozono (1985) y el Convenio marco de cambio climático (1992).

<sup>151</sup> En este orden de consideraciones, no podría haber sido más feliz la redacción del inciso segundo del artículo 585 del Código Civil chileno, al referirse a los bienes comunes a todos los hombres, entre los que cabe el aire, al prescribir que “*su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de esta, y entre distintas naciones por el derecho internacional*”.

<sup>152</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. Tomo III. Pág.170; Asimismo, Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Ob. cit. Tomo I. Págs. 296-297.

<sup>153</sup> VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA. Ob. cit. Tomo I. Pág. 297.

## c) Del Código Civil

Por su parte, el Código Civil establece en su artículo 585, respecto del tema que aquí se trata:

*“Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”.*

*“Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de esta, y entre distintas naciones por el derecho internacional”.*

El origen de este artículo se encuentra en el Proyecto del Código Civil de 1853 y en el Proyecto Inédito, redactado en los mismos términos que el texto aprobado en 1855, pero consignado en el artículo 689. Interesa destacar que esta norma habría sido inspirada, entre otras, por la definición de bienes comunes que entregaba el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Escriche, del año 1831<sup>154</sup>. Este diccionario definía los bienes comunes como “los que no siendo privativamente de ninguno en cuanto a la propiedad, pertenecen a todos en cuanto al uso; como el aire, el agua de lluvia, el mar y sus playas, lo que cubre el agua de mar cuando el mar crece”, citándose en el mismo diccionario como fuente de esta definición la Ley 3, Título 28, Partida 3, cuyo tenor reza así: *“las cosas que comunamente pertenescen a todas las criaturas que biuen en este mundo, son estas, el ayre e las aguas de lluuia, e el mar e su ribera”*. Norma basada en el Libro II, Título I, 1-5, de las Instituciones de Justiniano, 1, que señalaba: “son comunes a todos, según el Derecho natural, el aire, el agua corriente, el mar y, por lo mismo sus orillas...”

Por o tanto, del tenor del artículo 585 del Código Civil, de las citadas fuentes que inspiraron esta norma, como la opinión de destacados civilistas<sup>155</sup>, no cabe duda que en la categoría de bienes comunes a todos los hombres, se encuentra el aire.

## 3. El aire como bien de dominio público

Coincidiendo con el apartado anterior, se pueden predicar del aire los siguientes caracteres:

## a) Del carácter inapropiable e intransferible del aire.

Atendiendo al criterio de apropiación, el aire es un bien inapropiable en razón de su naturaleza<sup>156</sup>, por cuanto no puede ser objeto de dominio, ni público, ni privado<sup>157</sup>, entendiéndose aquí la expresión dominio en su sentido propietario. Además, este bien sería intransferible, es decir, que no puede ser objeto de relaciones jurídicas privadas por los particulares<sup>158</sup>, en atención a su naturaleza, por ser de aquellos, precisamente, comunes a todos los hombres.

<sup>154</sup> “Código Civil de la República de Chile. Introducción y Notas de Pedro Lira Urquieta. Ed. Ministerio de Educación. Caracas, Venezuela. 1954. Pág. 410; Obras Completas de don Andrés Bello. Vol. XII. Proyecto de Código Civil de 1853. Santiago, Chile. 1888. Pág. 158; GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*. Ed. de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. 1982. T. I. Págs. 416-421.

<sup>155</sup> CLARO SOLAR, Luis, VODANOVIC H., Antonio, PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel y ROZAS VIAL, Fernando, todos en Obs. cit.

<sup>156</sup> Con relación a la nota de la inapropiabilidad, cabe tener presente el artículo 1105 del Código Civil, que prescribe: *“No vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada, según el artículo 585...”*.

<sup>157</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Ed. Jurídica de Chile. Tercera edición. 2000. Págs. 52-56; ROZAS VIAL, Fernando. *Derecho Civil. Los Bienes*. Ed. Distribuidora Forense Ltda. Santiago. 1984. Págs. 72-73; VODANOVIC H., Antonio. Ob. cit. Págs. 91-95; CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit. Págs. 163-166.

<sup>158</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. cit. Págs. 52-54; VODANOVIC H., Antonio. Ob. cit. Pág. 94; ROZAS VIAL, Fernando. Ob. cit. Pág. 73.



Sin embargo, habría que señalar, siguiendo la tesis funcionalista del dominio público, que antes sucintamente se expusiera, que el aire sí puede ser objeto de dominio público.

Es conveniente precisar, asimismo, que el bien que se examina es el aire atmosférico y no el espacio aéreo, con el que suele confundirse y cuya falta de distinción puede llevar a ciertos equívocos. Así pues, Daniel Peñailillo Arévalo señala que “la doctrina generalmente estima que el espacio, considerado entidad vacía en la que se mueven los objetos corporales, no es un bien ni una cosa. El aire que se encuentra en él, si se estima una cosa, que, en estado normal, pertenecería a la categoría de cosas comunes a todos los hombres”<sup>159</sup>.

#### b) El aire como bien de uso común

“Clasificar estas cosas de comunes en el sentido que expresan las Instituciones de Justiniano y el juriconsulto Marciano, equivale a decir que cada uno puede sacar de ellas provecho; pero que jamás llegan a ser objeto de un derecho exclusivo, sea para un individuo sea para un pueblo. Esta idea corresponde con exactitud al aire atmosférico y a la alta mar que en su inmensidad e ilimitación no admiten la posibilidad de una apropiación colectiva o individual al mismo tiempo que proporcionan a todos y cada uno de los hombres la utilidad de que son susceptibles”<sup>160</sup>.

En este orden de consideraciones, es menester citar un pasaje de la obra Principios de Derecho Internacional, de Andrés Bello, relativa a los criterios para que una cosa pudiera ser apropiable o inapropiable, entregando su noción de lo que era una cosa reservada al uso común. Se preguntaba don Andrés *¿cuál es el límite puesto a la propiedad por la naturaleza? ¿Cuáles los caracteres con que se distinguen las cosas que el Creador ha destinado para repartirse entre los hombres, de las que deben permanecer para siempre en la comunión primitiva?*”. Agregando, “*si toda propiedad supone, según hemos visto, una ocupación primitiva, es evidente que no son susceptibles de apropiarse las cosas que no pueden ocuparse, esto es, aprehenderse y guardarse para nuestro propio y exclusivo uso y goce. Pero la susceptibilidad de ser ocupadas no es el único requisito que legitime la apropiación de las cosas, o la posesión que tomamos de ellas con ánimo de reservarlas a nuestra utilidad exclusiva. Porque si una cosa permaneciendo común puede servir a todos sin menoscabarse ni deteriorarse, y sin que el uso racional de los unos embarace al de los otros, y por otra parte, para que una cosa nos rinda todas las utilidades de que es capaz, no es necesario emplear en ella ninguna elaboración o beneficio: no hay duda que pertenecen al patrimonio indivisible de la especie humana, y que no es permitido marcarla con el sello de la propiedad*”<sup>161</sup>.

En definitiva, del citado pasaje de don Andrés Bello se pueden inferir sus criterios para definir el uso común de un bien, a saber: a) que el uso no perjudique a otros; y b) no es necesario ningún tipo de inversión para su adecuado uso o provecho. Tales criterios son similares a los que la ciencia económica utiliza para definir un bien público, a lo menos en cuanto al carácter de no rivalidad y en lo que se refiere al problema del *free raider* o del parásito, que es quien se aprovecha de las inversiones realizadas por otros, en este tipo de bienes, debido a la imposibilidad de exclusión.

#### c) El aire como bien de dominio público

Conforme a las normas internacionales, constitucionales y legales citadas ¿es posible considerar al aire como un bien de dominio público?

La respuesta a dicha interrogante debe ser afirmativa. Primero, porque la propia Constitución indica que estos no son susceptibles de apropiación privada, según su artículo 19, N° 23;

<sup>159</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. cit. Pág. 57 y 59; VODANOVIC H., Antonio. Ob. cit. Págs. 122-123.

<sup>160</sup> CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit. Pág. 163.

<sup>161</sup> BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. Ed. Atalaya. Buenos Aires. Argentina. 1946. Págs. 150-151.

segundo, porque el propio artículo 585 del Código Civil, refiriéndose a los bienes a que alude, como aquellos que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres, destaca así la forma de utilización de aquellos, es decir común o colectiva; tercero, porque todo lo anterior vendría dado por obra de la propia naturaleza, cayendo en la denominación dogmática de “dominio natural”; cuarto, el inciso segundo del citado artículo 585, se refiere a este tipo de cosas como posibles de “uso y goce”, es decir, de ser aprovechadas, no obstante su carácter de intransferibles; quinto, porque el ya aludido artículo 585, inciso segundo, señala que el “uso y goce” será determinado entre individuos de una nación por las leyes de esta, de forma tal que es el Estado, por intermedio de sus órganos legislativos, el que se arroga las potestades necesarias para regular su uso, sin necesidad que a su respecto concorra un vínculo propietario con el propio Estado.

Por otra parte, útil resulta aclarar que el término dominio público se puede prestar a equívocos en nuestro Derecho, si a este se le confunde con el de dominio de la Nación. El primero debiera reservarse a los bienes que el Estado excluye de apropiación privada, a lo menos, *ab initio*, y el segundo ocuparse solo para aquellos bienes en que el ordenamiento jurídico establece dicha vinculación dominical. Sí cabe precisar, que todos los bienes de la Nación son bienes de dominio público, pero no todos los bienes de dominio público son bienes de la Nación. Es por esta razón que Antonio Vodanovic H. no es exacto al expresar que “en nuestro derecho, el dominio público está constituido por el conjunto de bienes nacionales de uso público, o sea, aquellos bienes que pertenecen a la nación toda y su uso a todos los habitantes de la misma: calles, plazas, puentes caminos, mar adyacente y sus playas (Código Civil, artículo 589)”<sup>162</sup>.

Por consiguiente, el carácter de bien público del aire explica las atribuciones que el Estado ejerce sobre él, con la finalidad de regular sus usos, a través de las técnicas que antes se expusieran.

- d) El criterio de distinción y las características que comparten los bienes comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público

Si se considera el concepto de apropiabilidad de la doctrina civilista<sup>163</sup>, que admite una especie de dominio por una nación, entonces esta constituiría la principal diferencia y criterio de clasificación entre los bienes del artículo 585 del Código Civil y los denominados nacionales de uso público. No habría seguido Andrés Bello el criterio de clasificación de bienes demaniales por naturaleza y por su destino, para distinguir los bienes que hoy integran la categoría del artículo 585 y los “nacionales de uso público”, aunque sí la consideró, y ello se deduce de un artículo incluido en el Proyecto del Código Civil de 1853, el que, sin embargo, fue suprimido del texto definitivo y que numerado como 691, prescribía: “*Las cosas de que trata el artículo 689 (actual art. 585) se llaman inapropiables por su naturaleza; las otras, por su destino*”.

El insigne civilista Luis Claro Solar quien precisando la noción de la voz *res comunes*, ya advertía la importancia de tener la antedicha distinción en cuenta “para evitar todo equívoco”. Pues bien, expresaba, “suele aplicarse la voz *communis* en el sentido de *publicus*; y designa

<sup>162</sup> VODANOVIC H., Antonio. Ob. cit. Pág. 106.

<sup>163</sup> Así Daniel Peñailillo explica que “pueden entenderse como inapropiables las cosas comunes a todos los hombres, antes calificadas de absolutamente intransferibles”. Agregando luego, que “la organización de la sociedad ha impuesto siempre la necesidad de que ciertos bienes, por su naturaleza susceptibles de apropiación, no queden entregados al dominio de los particulares, sino que han de pertenecer a toda la comunidad, para la satisfacción de necesidades generales”. En ob. cit. Pág. 54; por su parte, Antonio Vodanovic H. señala “si se atiende al sujeto del derecho de dominio, las cosas pueden clasificarse en particulares y nacionales: las primeras pertenecen a individuos o personas jurídicas particulares; las segundas a la nación toda. Si se considera la naturaleza del dominio las cosas pueden clasificarse en públicas y privadas, según constituyan el objeto de un dominio de carácter público o de carácter privado”. Ob. cit. Págs. 98-99; Luis Claro Solar, por su parte, afirma “Entre las cosas apropiables, hay unas que pertenecen a la nación toda y no a los particulares individualmente”. En ob. cit. Pág. 170.

en tal caso los bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda o a la comuna, o a la ciudad, y su uso a todos los habitantes. Lo que es común en ellos es el uso; pero se trata de cosas apropiadas por la colectividad, sometidas al imperio de determinada nación y cuya destinación excluye del comercio de los particulares. Estas cosas son las que nuestro Código llama bienes públicos o bienes nacionales de uso público, como las calles y caminos, los ríos y los grandes lagos, el mar adyacente". Luego agrega Claro Solar, "todas estas cosas (se refiere a los bienes nacionales de uso público y a las cosas indivisas entre muchos propietarios) no pueden confundirse con las cosas comunes a todos los hombres, que no son absolutamente susceptible de dominio y que ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiarse. La designación que les da el Código evita toda confusión", concluye<sup>164</sup>.

Por otra parte, los antedichos bienes comparten como características las de ser intransferibles, como antes se expresara, al menos *ab initio*; no susceptibles de apropiación privada; y cuya utilización es común, de esto no hay duda. Asimismo, en ambas categorías de bienes, el Estado ejerce potestades ordenadoras para efectos de su aprovechamiento por parte de los ciudadanos.

Por lo tanto, las características que comparten los bienes comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público, es su uso común e intransferibilidad. Pero en cambio, su diferencia esencial estaría situada en los vínculos con la nación, como lo expusiera Luis Claro Solar, a partir de una interpretación literal de las fuentes normativas.

No obstante lo anterior, si se considera que el vínculo entre los bienes nacionales de uso público y la nación, tampoco es propietario, de acuerdo a la tesis funcionalista del dominio público, la citada distinción entre las categorías de bienes que se examina desaparecería. ¿Cuál entonces sería la diferencia entre tales bienes? Pues bien, siguiendo la aludida tesis funcionalista, la diferencia entre los bienes nacionales de uso público y los comunes a todos los hombres, estaría en que a unos la naturaleza los hace comunes a todos los hombre y a los otros, en cambio, es una decisión del Estado la que les otorga el carácter de nacionales de uso público. Establecer las consecuencias de estas afirmaciones y referirse a la utilidad de la distinción, es algo que escapa al objetivo de este trabajo

#### 4. Concurrencia de regímenes de dominio público y ambiental en el aire

La nota del uso común del aire lo ubica en la categoría de bienes de dominio público. Pero, al mismo tiempo, este bien es catalogado como ambiental y sometido, por tanto, a un régimen de protección.

Así pues, las siguientes expresiones de Ramón Martín Mateo revelan la concurrencia de los caracteres a que se ha hecho referencia. Manifiesta este autor que el ambiente, considerado como un conjunto de elementos naturales objeto de una protección jurídica específica, se caracteriza por su condición de bien de uso común o colectivo, añadiendo, "el meollo de la problemática ambiental moderna está en la defensa de unos factores que inicialmente podrían haber sido calificados como *res nullius*, susceptibles de utilización sin límites por todos los individuos, pero que posteriormente se transforman en bienes comunes sobre los cuales una mayor intensidad de utilización, fruto de la civilización industrial y urbana, va a amenazar precisamente las condiciones indispensables para su aprovechamiento colectivo"<sup>165</sup>.

Más elocuente respecto de la temática planteada, aparecen las palabras de Julio González García, quien expresa que "puestos a encontrar un (difícil) nexo de unión en el dominio público natural parece más adecuado pensar en el medio ambiente. Soy perfectamente consciente que, dada la extensión que ha tomado el concepto, todo puede caber en su seno. Precisamente por ello a estos concretos efectos se debe concretar en el denominado medio

<sup>164</sup> CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit. Págs. 164-165.

<sup>165</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I. Ob. cit. Pág. 85. Agregando en la misma obra que "los bienes tutelados son los recursos naturales comunes: el agua y el aire, que, a su vez, de ser inadecuadamente manejados, vehiculizan toda una serie de trastornos de los sistemas naturales". Pág. 88.

ambiente natural, esto es, aquellos bienes demanializados que son recursos naturales renovables, como el aire, el agua, el suelo, la flora, etc. El elemento básico que da unidad a estos bienes, el que crea un vínculo especial para los poderes públicos y que obliga, en principio, a modificaciones en el régimen normal de la demanialidad es la presencia del medio ambiente"<sup>166</sup>.

Pero limitarse a decir que es el ambiente o esta calidad la que explica o da unidad y sentido al dominio público natural y a su particular régimen, no es suficiente, por cuanto la doble categoría del aire implica la aplicación del régimen de protección ambiental, como el régimen de dominio público, que permitiría al Estado intervenir para protegerlo de aquellas actividades que pongan en peligro los usos legítimos que de él se hacen.

El problema, por consiguiente, es que coexistirían, en principio, potestades del Estado para proteger el aire con el fin de garantizar los usos que de él se hacen, como aquellas potestades tendientes, igualmente, a protegerlo como elemento del ambiente<sup>167</sup>. En este orden de ideas el citado Julio González García refutando la idea de que lo peculiar del régimen de dominio público de los bienes naturales o ambientales sea su mera protección, señala que se trataría más bien de "una regulación eminentemente funcional que busca unos determinados objetivos públicos obtenibles a partir de una realidad física, y en función de las peculiaridades de esta última configura unas notas que permitan la defensa de la integridad física de estos bienes públicos"<sup>168</sup>.

Por lo tanto, antes que mera concurrencia o superposición entre los regímenes normativos del dominio público y el ambiental, hay una especialización en la protección de ciertos bienes naturales, caracterizados por su uso común y provecho colectivo, como son los casos del aire y agua.

#### VIII. DE LA REGULACIÓN DEL USO DEL AIRE Y DE SU PROTECCIÓN

##### 1. *De las normas que regulan la protección y uso del aire*

El aire, en cuanto capa gaseosa con determinada composición, es vital para los seres humanos en su función de respiración. Sin embargo, si tal equilibrio químico se llega a alterar por efecto de la contaminación<sup>169</sup>, con la consiguiente disminución de oxígeno o la aparición de otras sustancias nocivas, se llega a una situación de peligro para la salud.

Se ha dicho que el aire constituye un bien ambiental cuyo disfrute es colectivo, respecto del cual el Estado tiene el deber de regular, con el objeto de permitir su goce en términos libres e igualitarios y compatibilizar, al mismo tiempo, los múltiples usos de que es objeto. Al mismo tiempo el Estado debe velar para que este bien no sea afectado por la contaminación, finalidad que cumple por intermedio de las mismas normas que pretenden regular su uso.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980, que consagrara el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y especialmente con posterioridad, ha sido preocupación del Estado la protección del aire<sup>170</sup>, de manera de mantenerlo en las condiciones necesarias para su adecuado disfrute.

<sup>166</sup> GONZÁLES GARCÍA, Julio. Ob. cit. Pág. 201.

<sup>167</sup> Sobre el problema del dominio público natural, facultades protectoras y régimen de protección medioambiental, véanse ROSEMBUJ, Tulio. Ob. cit. Págs. 52-62; GONZÁLES GARCÍA, Julio. Págs. 203-231.

<sup>168</sup> GONZÁLES GARCÍA, Julio. Ob. cit. Pág. 208. En este sentido Julio González García insiste en que a lo que el agua y el aire se refieren, para usarlos como ejemplos, "para estos bienes la configuración del régimen jurídico de especial protección no constituye una de las notas de su régimen jurídico (...), sino que, por el contrario, lo que está recogido en las normas reguladoras es la actividad pública destinada a la consecución de los fines que motivaron la creación de ese espacio no dominical". Se contemplarían los recursos como una unidad, "cuyo elemento determinante es la existencia del volumen suficiente para que se puedan satisfacer adecuadamente las necesidades colectivas."

<sup>169</sup> Véase la contaminación atmosférica en MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ob. cit. Vol. II. Págs. 247-293.

<sup>170</sup> Véase LÓPEZ RAMÓN, Fernando. Ob. cit. Págs. 285-301.

Para estos efectos, se han otorgado una serie de potestades en este ámbito, junto a la dictación de normas de distinto rango<sup>171</sup>, entre las que destacan las destinadas a exigir, en procesos e instalaciones industriales, ciertas autorizaciones<sup>172</sup>, facultándose al Estado para inspeccionar y sancionar. Sin olvidar el establecimiento del sistema de evaluación de impacto ambiental, ni el derecho a indemnización por daño ambiental<sup>173 174 175</sup>.

En el contexto, pues, de instrumentos para controlar la contaminación, uno que ocupa una función primordial lo constituye la norma sobre calidad del aire<sup>176</sup>, destinada a fijar el límite máximo de tolerancia hacia ciertas sustancias, energías, radiaciones, vibraciones o ruidos, o una combinación de ellos presentes en el aire (o en general en el ambiente) a través de valores que se hacen extensivos a todo el territorio nacional. Así también, se cuenta con normas de emisión<sup>177</sup>, que en este caso son límites máximos que afectan a las fuentes generadoras que aportan sustancias nocivas o tóxicas al ambiente, pero circunscritas a un determinado territorio<sup>178</sup>.

En Chile, cuando en determinada zona los valores contenidos en las normas de calidad ambiental para un contaminante<sup>179</sup>, alcanzan un 80% o son superados en un 100%, la zona es declarada latente o saturada<sup>180</sup>, según sea el caso, procediéndose a dictar planes de prevención o descontaminación, respectivamente<sup>181 182</sup>.

<sup>171</sup> Entre las normas que regulan las emisiones atmosféricas se encuentra el Decreto Supremo N° 144, de 1961, del Ministerio de Salud, que establece normas para evitar emanaciones de contaminantes atmosféricos de cualquier naturaleza; el Decreto Supremo N° 185, de 1991, de los Ministerios de Minería, Salud, Agricultura y Economía, Fomento y Reconstrucción, que regula el funcionamiento de establecimientos emisores de anhídrido sulfuroso, material particulado y arsénico en todo el territorio nacional; el Decreto Supremo N° 4, de 1992, del Ministerio de Salud, que establece normas de emisión de material particulado para fuentes estacionarias puntuales y grupales, ubicadas en la Región Metropolitana, complementado por los Decretos Supremos N°s. 1.583, de 1993, y 812, de 1995, ambos del Ministerio de Salud.

<sup>172</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ob. cit. Vol. I. Págs. 113-114 y 360-377.

<sup>173</sup> ASTORGA JORQUERA, Eduardo. Ob. cit. Págs. 17-39.

<sup>174</sup> La necesidad de sujetarse a una evaluación de impacto ambiental (EIA), definida como carga "constituye un condicionamiento subsumible en otra categoría más genérica, esto es, en suma, en otra carga compleja: la de solicitar una autorización administrativa. En efecto, la EIA aparece como un requisito imprescindible de la validez formal de la solicitud de una autorización, y, por tanto, (...) condiciona el ejercicio del derecho de la empresa en cuestión a iniciar su actividad productiva". MACERA, Bernard-Frank. Ob. cit. Pág. 135.

<sup>175</sup> En el marco de las medidas preventivas se inserta la evaluación de impacto ambiental definida como "un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias jurídicas ambientales de una prevista decisión de Derecho Público". MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ob. cit. Vol. I. Pág. 303

<sup>176</sup> Las normas de calidad del aire corresponden a criterios de niveles máximos de inmisión-concentración, es decir, de la presencia de sustancias contaminantes que afectan la salud humana. Para este tema véase MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ob. cit. Vol. II. Págs. 312-322.

Las normas de calidad del aire pueden ser primarias, referidas a acciones degradantes que pongan en peligro la vida o la salud de la población; o secundarias, si el deterioro ambiental afecta la protección o conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza. Para su definición, véanse las letras n) y ñ) del artículo 2°, de la Ley N° 19.300.

<sup>177</sup> "La fijación de los niveles de emisión tiene por objeto determinar los valores máximos de sustancias que los distintos focos contaminantes pueden transmitir a la atmósfera". MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ob. cit. Vol. II. Pág. 345.

Las normas de emisión se definen en la Ley N° 19.330, artículo 2°, letra o), como "las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora".

<sup>178</sup> El Decreto Supremo N° 93, de 1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, establece el Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.

<sup>179</sup> La Ley N° 19.300, artículo 2°, letra d), define contaminante como "todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental".

<sup>180</sup> Los conceptos de zona latente y saturada están definidos en las letras t) y u), respectivamente, del artículo 2°, de la Ley N° 19.300.

<sup>181</sup> El Decreto N° 94, de 1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, establece el Reglamento que Fija el Procedimiento y Etapas para Establecer Planes de Prevención y de Descontaminación.

En otros países se han implementado regímenes frente a las situaciones de anomalía atmosférica mediante la "declaración de zona de atmósfera contaminada", y en el caso que las perturbaciones sean persistentes. Además, frente a situaciones críticas se adoptan medidas de emergencia. Véase Ramón Martín Mateo. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ob. cit. Vol. II. Págs. 323-333.

<sup>182</sup> Mediante Decreto Supremo N° 131, de 12 de junio de 1996, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la Región Metropolitana fue declarada zona saturada para ozono, material particulado respirable, partículas en suspensión y monóxido de carbono y zona latente para dióxido de nitrógeno.

Los planes de prevención o descontaminación a que alude el artículo 45, de la Ley N° 19.300, fijan, obviamente, como objetivo de aquellos, el plazo de reducción de emisiones materia del plan y la proporción de tal reducción, a que están obligadas las actividades responsables de la emisión de contaminantes.

## 2. *Normas de regulación del uso y de protección del aire, con relación a la libertad de empresa*

Ahora bien, en zonas no afectadas por planes de descontaminación o prevención, el derecho a desarrollar actividades económicas, como el uso del bien colectivo aire, en cuanto receptor de sustancias particuladas o gaseosas, no queda sujeto a ninguna limitación específica, si es que al respecto no existe norma que imponga límites a la emisión de ciertas sustancias contaminantes, aunque por cierto quedará sometido a la normativa sobre protección ambiental y sanitaria. Pero en cualquier caso, no existirán restricciones o limitaciones para el establecimiento de empresas.

Si en cambio existiesen normas de emisión, el derecho a desarrollar actividades económicas quedará sujeto a una delimitación legislativa y administrativa, en cuanto señala el límite máximo de emisiones en actividades económicas (extractivas o industriales)<sup>183</sup>. En este evento, podrán ingresar al mercado tantas empresas como sea posible, sin que las normas de emisión constituyan un obstáculo para su establecimiento y no obstante que se eleve la concentración de emisiones a los umbrales previstos en casos de zonas saturadas o de latencia, antes por supuesto que se proceda a su declaración como tales<sup>184</sup>.

Sin embargo, en el evento que una zona quede afecta a una plan de prevención o descontaminación, la aplicación de reducciones de emisiones contaminantes implicaría la prohibición para el establecimiento de nuevas empresas, toda vez que estarían aportando, si así fuera el caso, nuevas emisiones, sin perjuicio que pudieran compensarlas con las emisiones de las empresas ya instaladas. Respecto de las instalaciones ya existentes tampoco sería posible que aportaran una mayor proporción de contaminantes. En estas circunstancias, con relación a la libertad de empresa, existirá una verdadera restricción a la misma.

En esta última situación es donde, conforme a lo prescrito en el artículo 47 y 48 de la Ley N° 19.300, puede ser aplicado el permiso de emisión transable, cuya particularidad comparada con la situación antes descrita, estriba en que las cuotas asignadas para cada fuente contaminante, podrán ser transadas, con el objeto de que el cumplimiento de las reducciones de contaminantes sea más eficiente.

## IX. NATURALEZA JURÍDICA DEL PERMISO DE EMISIÓN TRANSABLE

De cuanto se ha expuesto, se puede decir, en orden a definir la naturaleza jurídica del denominado permiso de emisión transable en el ordenamiento jurídico chileno, que este se ubica en un contexto de aplicación de normas de emisión, que fijan límites particulares para cada fuente emisora y límites totales para una zona específica, con la obligación para las fuentes contaminantes de reducir las emisiones en un plazo prefijado.

<sup>183</sup> En este sentido Bernard-Frank Ob. cit. Págs. 177-180, quien expresa que "en la fijación de valores máximos de polución se concreta la sujeción de la actividad industrial a una cierta disciplina, o sea, se proyecta la imposición de una obligación de respetar el ambiente como límite a la libertad de ejercicio de la empresa".

<sup>184</sup> FERNANDO LÓPEZ, Ramón. Ob. cit. Pág. 301. Refiriéndose a los efectos de las declaraciones de "zonas de atmósfera contaminada" y "zona en situación de emergencia", aplicadas en España, expresa que "la intensidad de las medidas de intervención previstas pudiera plantear algunos problemas bajo la óptica de la integridad de los patrimonios afectados. En principio, debe considerarse que estamos en presencia de limitaciones generales del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, que no originan derecho a indemnización de los particulares afectados. La circunstancia de que estamos ante límites aplicables únicamente en zonas determinadas del territorio no modifica el carácter de limitación general no indemnizable de las medidas (por contraposición a la privación singular o al daño individualizado indemnizables)".

Así pues, lo primero que cabe señalar es que en estas circunstancias el número de fuentes o establecimientos comerciales o industriales, que podrán emitir sustancias contaminantes será limitado en su número, de forma tal que no existirá ningún derecho preexistente para emitir sustancias o para disfrutar del uso del aire en forma colectiva, sin perjuicio de que al respecto sea la propia ley la que aplique el criterio de reconocer derechos históricos. Por lo que la única forma que un empresario, principalmente, pueda producir elementos contaminantes será con el otorgamiento por el Estado de un derecho para tal efecto, derecho que no es sino para utilizar el aire como sumidero de residuos en términos privativos, exclusivos y excluyentes, o para emitir sustancias contaminantes si se prefiere, pero en los mismos términos señalados.

Expuestas las cosas de la manera precedente, no queda sino que concluir que la naturaleza jurídica del instrumento económico designado por la Ley N° 19.300 como permiso de emisión, transable por cierto, constituye un acto administrativo por el que el Estado otorga a un sujeto privado el derecho *ex novo* para emitir cierta cantidad de sustancias, por lo que se trata, en consecuencia, de una auténtica concesión y por consiguiente de un derecho real administrativo, esencialmente transferible.

No hay pues, en el designado permiso de emisión transable un derecho preexistente o una prohibición general, en el supuesto que se aplique en las circunstancias antes consignadas, en que el acto administrativo se limite, con un fin preventivo, a constatar el cumplimiento de las exigencias que regulan la actividad empresarial o derecho al uso del aire como sumidero, ni a levantar algún impedimento o darle eficacia al pretendido derecho. No se trata en definitiva, de una autorización. Si así fuera, no existirían límites al número de empresas contaminantes que desearan constituirse en una zona latente o saturada, de manera que el objetivo de reducir las emisiones tampoco podría cumplirse.

#### X. CÓMO COMPATIBILIZAR EL RÉGIMEN CONCESIONAL DEL PERMISO DE EMISIÓN TRANSABLE CON LA LIBERTAD DE EMPRESA

Concluido que la naturaleza jurídica del permiso de emisión transable es una concesión, cabe preguntarse si así como la doctrina reconoce respecto de la concesión ciertas características propias, ¿es posible que el legislador tenga total libertad para atribuirle los contornos que estime necesarios o, por el contrario, está sujeto a ciertas limitaciones?

En este sentido ¿será posible configurar el permiso de emisión transable, en cuanto concesión, por intermedio de una potestad discrecional del Estado para otorgarlo, ponderando la oportunidad o conveniencia de ello? Asimismo, ¿es admisible construir esta institución jurídica sometiéndola a plazo o a régimen de precario, sin derecho a indemnización, en caso de revocación, afectando el derecho a desarrollar actividades económicas?

Para dar respuesta a dichas interrogantes, es preciso tener presente que el legislador no tiene plena libertad al momento de cumplir su función. Ella, indudablemente, está sometida al principio de supremacía constitucional, que implica el respeto genuino, y no meramente formal, de las normas constitucionales, especialmente sus valores, señalados en los Capítulos dedicados a las Bases de la Institucionalidad y a los Derechos Constitucionales.

Luego, para los efectos precedentes, a continuación se analiza la libertad de empresa o derecho a desarrollar actividades económicas, de forma tal de establecer sus caracteres elementales, para posteriormente, referirse a las limitaciones que el legislador tiene para afectar aquel derecho, constituidas por el respeto al núcleo esencial y por la propia preceptiva constitucional, que señala cómo y en qué casos puede tal garantía ser restringida o regulada.

##### 1. *Del Derecho a desarrollar actividades económicas o de la libertad de empresa*

###### a) Concepto del derecho a desarrollar actividades económicas

Interesa, en primer término, establecer en qué consiste el derecho a desarrollar actividades económicas, consagrado en el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental.

De lo que se trata en este apartado es de dilucidar si las limitaciones impuestas por la protección ambiental, son compatibles con el núcleo esencial de este derecho, de modo que en la ordenación del uso de bienes públicos como el aire y su protección, no se atente en su contra.

Una primera cuestión que es necesario resaltar en este derecho es su interrelación con otros derechos de contenido económico como lo es el derecho de propiedad, por cuanto su ejercicio se funda en la titularidad de medios de producción, condicionando, de igual manera, el ejercicio propio o ajeno de la libertad de trabajo<sup>185</sup>.

En orden a definir el derecho en comento, Javier Piñanes Leal señala que en él hay que destacar tres aspectos. Estos son: la amplitud de sectores de la economía a disposición de la libre iniciativa; la planificación solo indicativa de la economía y el igual trato entre empresas públicas y privadas<sup>186</sup>.

A su turno, Bernard-Frank Macera expresa que la esencia de la libertad de empresa “viene constituida por el conjunto de facultades del empresario de iniciar una actividad económica o de constituir una empresa (o de acceder al mercado) y de decidir libremente sobre la organización y las opciones referentes a la prestación económica acometida, es decir, en suma, de gestionar sin trabas todos los elementos que configuran su actividad”<sup>187</sup>.

En el mismo sentido lo expone Gaspar Ariño Ortiz, al señalar que en la libertad de empresa se pueden distinguir: a) libre fundación de empresa y libre acceso al mercado de bienes y servicios; b) libertad de organización (forma) y emplazamiento; y c) libertad de ejercicio (Libertad de tomar decisiones y de competir en un mercado libre)<sup>188</sup>.

José Manuel Pérez Fernández, refiriéndose al tema del núcleo esencial de la libertad de empresa, distingue en ella la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio y la libertad de cesación en el mercado. Lo relevante es que en materia de acceso al mercado, esta implica la libertad de establecimiento o instalación, que consiste en “establecerse en cualquier sector económico” y de “elegir libremente el emplazamiento más adecuado para la empresa”<sup>189</sup>.

En suma, la libertad de empresa o el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a la autorizada opinión de los citados autores, implica el derecho a establecer y cerrar empresas, organizarlas y ponerlas en marcha, por lo tanto, disponer de los medios materiales y personales (obtener créditos, contratar personal) para el cumplimiento de su giro. Pero más aun, desde un punto de vista teleológico, es proyectarse en un ámbito económico, en definitiva, en un mercado de bienes o servicios.

#### b) Concepto de libertad de empresa en la Constitución de la República de Chile, de 1980

Consagrado el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica en el artículo 19, N° 21 de la Constitución<sup>190</sup>, este se proyectaría en los ámbitos más bastos que es posible en atención a que solo tendría dos tipos de límites, aquellos impuestos por la moral, el orden

<sup>185</sup> MACERA, Bernard-Frank. Ob. cit. Págs. 105-106. Señala es autor que “sobre la primacía de la idea de empresa en la concepción de las libertades de naturaleza económica, basta recordar que todos los derechos económicos se apoyan en el sistema de producción y en el tráfico mercantil, esto es, tienen como soporte básico e imprescindible a esa unidad de acción organizada y eminentemente operativa que es la empresa”.

<sup>186</sup> PIÑANES LEAL, Javier. *Régimen Jurídico del Transporte por Carretera*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1993. Pág. 54.

<sup>187</sup> MACERA, Bernard-Frank. Ob. cit. Págs. 106-107

<sup>188</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1995. Págs. 83-92.

<sup>189</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ, José Manuel. *Urbanismo Comercial y Libertad de Empresa*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998. Págs. 174.

<sup>190</sup> Para evitar equívocos, la terminología española de libertad de empresa o la nuestra de derecho a desarrollar cualquier actividad económica, se refieren para los efectos de este trabajo a lo mismo, es decir, como indica Arturo Ferrandois Vöhringer, a la denominación de la acción de emprender actividades lucrativas. FERRANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Derecho Constitucional Económico*. Ed. Universidad Católica de Chile. 2001. Tomo I. Pág. 86.



público y la seguridad nacional, por una parte, y, por otra, por las normas legales que la regulen. En este sentido Arturo Fernandois Vöhringer señala que “puede con propiedad afirmarse que el contenido de la actividad económica amparada no es reglada, predeterminado o predefinido por agente alguno: el particular y su creatividad podrá dar lugar a actividades económicas no conocidas hasta ese momento, y que no por ello dejan de estar amparadas por el N° 21”, del artículo 19<sup>191</sup>.

c) Limitaciones a este derecho

Siguiendo en este punto a Arturo Fernandois Vöhringer, debe abordarse la temática referida en general a las limitaciones de que es susceptible el derecho en comento. En este sentido, el artículo 19, N° 21, señala que el límite de la actividad económica está conformado por la moral, orden público, la seguridad nacional y el respeto a las normas legales que la regulen.

Ahora bien, toda actividad económica, ya sea por sus características, forma de ejercerse o emplazamiento, estarán prohibidas<sup>192</sup> constitucionalmente si se oponen a la moral, orden público o seguridad nacional. Se endiente por prohibición, en este caso, el impedimento, bajo todo respecto de una actividad económica.

En lo que toca a la regulación a que está sometido este derecho, se entiende que se refiere a aquellas normas que modelan el ejercicio del derecho y no constituyen prohibiciones propiamente tales, en función de la necesidad de compatibilizarlo con otros derechos<sup>193</sup>. Como señaló el Tribunal Constitucional, “sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad”<sup>194</sup>.

Sin embargo, existe otro título por el cual el legislador puede afectar legítimamente este derecho, y se refiere a las restricciones que se pueden imponer en razón de la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, prescrito en el artículo 19, N° 8, de la Carta Fundamental, siempre que tales restricciones sean específicas y afecten a determinados derechos<sup>195</sup>. Por otra parte, el deber de respetar el ambiente, articulado a través de la ordenación en el aprovechamiento del aire, constituye un límite objetivo en atención a las características de la propia actividad y no a las del empresario; y un límite, igualmente, “intrínseco y connatural de no perjudicar a los demás y de ejercerse de acuerdo con su finalidad”<sup>196</sup>.

La restricción debiera ubicarse, pues, en términos de intensidad, en una zona intermedia entre la simple regulación y la prohibición, de forma tal que se puede decir que la restricción es una prohibición parcial de alguna forma de ejercicio de la libertad de empresa<sup>197</sup>.

Luego, conforme a lo expresado, los límites impuestos a las emisiones de ciertas sustancias, circunscrito a determinadas zonas, serían pues regulaciones, en el entendido que no prohíben el establecimiento y funcionamiento de una empresa, sino que limita o modela su ejerci-

<sup>191</sup> FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Ob. cit. Tomo I. Pág. 95.

<sup>192</sup> FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Ob. cit. Tomo I. Pág. 107. señala que “a partir de la frase “que no sea contraria...”, se está llamando jurídicamente a una prohibición”.

<sup>193</sup> Véase FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Ob. cit. Tomo I. Págs. 107-110.

<sup>194</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 146, 21 de abril de 1992, considerando 9°.

<sup>195</sup> Véase LAVÍN VALDÉS, Julio. Ob. cit. Págs. 189-192; FÁVERO VALDÉS, Gabriel del. *Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente*. Revista Estudios Públicos. N° 54. Otoño-1994. Págs. 29-33.

<sup>196</sup> MACERA, Bernard-Frank. Ob. cit. Pág. 111-113. En lo que al respeto a los demás derechos se refiere, ello significa que el ejercicio de la libertad de empresa implica, obviamente, si no se quiere impedir su ejercicio, por los demás, la carga de respetar el ejercicio de los derechos por los demás ciudadanos ( artículo 4°.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ); en cuanto a su finalidad, esta ha de orientarse a la contribución del bien común (límite inmanente en el ejercicio de derechos constitucionales).

<sup>197</sup> FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Ob. cit. Tomo I. Pág. 110. Señala este autor que “hay restricción cuando el derecho sufre disminución en su ejercicio, sea en la forma o en el fondo, cuando se limita”. Asimismo, el autor en Ob. cit. Págs. 125-126.

cio. Para Bernard-Frank Macera las limitaciones impuestas por el deber de respetar el ambiente se sitúan en el ejercicio o actuar del titular de la empresa, y no así en la libertad de acceso al mercado. En este sentido agrega el autor citado, que ciertas condiciones para acceder al mercado, como la evaluación de impacto ambiental o licencias, no limitan el ejercicio del derecho en cuanto es anterior a su inicio, y por tanto, en cuanto condicionamiento previo al ejercicio de un derecho preexistente, corresponde a la categoría de carga jurídico-administrativa<sup>198</sup>.

Sin embargo, cuando no solo se imponen límites a las emisiones, sino que se limita el número de fuentes emisoras, y por lo tanto la libertad de establecimiento, se está frente a una verdadera restricción, específica por cierto, cuyo objeto es la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Al respecto, nótese el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la Ley N° 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, y la falta de observaciones a las limitaciones "legales" que pudieran imponerse a la libertad de empresa, a través de la dictación de normas de emisión y de planes de prevención o descontaminación<sup>199</sup>.

## 2. Garantía del Núcleo Esencial

### a) Orientación hermenéutica del principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad constituyó un auténtico valor inspirador de la Bases de la Institucionalidad, como también lo fue el reconocimiento y consagración de ciertos derechos, como quedó establecido en la génesis de la actual Constitución Política<sup>200</sup>.

Las normas y principios que integran el denominado orden público económico, fueron precisamente inspiradas por la subsidiariedad<sup>201</sup>, establecida en el artículo 1° de la Constitución Política, cuya aplicación en el campo económico deriva en el reconocimiento a la libertad de empresa, en una relación de género a especie<sup>202</sup>.

El propio Tribunal Constitucional ha expresado que "*el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21 (...), y que protege la libre iniciativa privada es una expresión de los contenidos filosóficos-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad...*"<sup>203</sup>.

La trascendencia de lo dicho significa que el sentido y alcance, en definitiva, la esencia del derecho a desarrollar actividades económicas debe interpretarse a la luz del principio de subsidiariedad, toda vez que, como lo ha declarado el Tribunal Constitucional, "*el artículo 1° de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al interprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional*"<sup>204</sup>. (El destacado es del autor de este artículo).

Además, como acertadamente manifiesta Humberto Nogueira, en palabras que por su elocuencia es pertinente reproducir, los valores estipulados en la Constitución, entre los que se cuenta el aludido principio de subsidiariedad "tienen un carácter normativo e imponen a los operadores jurídicos la obligación de respetarlos y desarrollarlos, limitando su poder o la

<sup>198</sup> MACERA, Bernard-Frank. Ob. cit. Págs. 121-136.

<sup>199</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 185, de 28 de febrero de 1994.; al respecto véase FÁVERO VALDÉS, Gabriel del. Revista Estudios Públicos. N° 54. Otoño-1994. Págs. 29-33.

<sup>200</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. Págs. 136-138.

<sup>201</sup> FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Ob. cit. T. I. Pág. 78. Señala este autor: "El Orden Público Económico se nutre de la subsidiariedad". Véase, en este sentido, CEA EGAÑA, José Luis. *Tratado De la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile. 1988. Pág. 168.

<sup>202</sup> FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Ob. cit. T. I. Pág. 78.

<sup>203</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 146, de 21 de abril 1992. Considerando 8°.

<sup>204</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°19, de 27 de octubre de 1983. Considerando 9°. Asimismo, en Sentencia Rol N° 53, de 5 de abril de 1988. Considerando 12°.

discrecionalidad en sus respectivas funciones. Los valores constitucionales son el fundamento y fin, al determinar el sentido último de las normas y conferir unidad de sentido al ordenamiento jurídico. Ellos constituyen el más importante criterio de valoración jurídica y política del sistema constitucional y **el más importante criterio de interpretación constitucional**<sup>205</sup> (el destacado es del autor de este artículo).

#### b) Esencia del derecho y su libre ejercicio

Es un deber del Congreso Nacional y/o Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades legislativas, respetar la esencia de los derechos, como el de no impedir su libre ejercicio, en conformidad al preceptuado por el artículo 19, N° 26, de la Carta Fundamental. Así pues, ha entendido el Tribunal Constitucional, en sentencia de 24 de septiembre de 1987, Rol N° 43, que “un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible. Se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica<sup>206</sup>.”

Por otra parte, Enrique Evans de la Cuadra expresa que el tenor del citado artículo “ha hecho concluir a algunos, equivocadamente, que el N° 26, del artículo 19, no protege las demás garantías de atentados a su esencia que puedan provenir de otras leyes o de actos de autoridad. Serio error. Primero, porque ninguna ley puede infringir derechos constitucionales, elemento esencial de la supremacía constitucional. Segundo, porque las leyes que cita el N° 26 son aquellas que por su naturaleza son, en teoría, las más proclives a afectar la esencia de los derechos, pero esa cita no excluye, como erradamente lo supuso una sentencia de la Corte Suprema, el mismo control sobre las demás leyes”<sup>207 208</sup>.

#### c) Límites a la actividad legislativa

El respeto a la esencia del derecho y a su libre ejercicio es un deber impuesto a los órganos estatales que ejercen la función legislativa y, en consecuencia, se erige como una auténtica limitación a dicha función, que obliga no solo adoptar aquellas disposiciones que respeten la garantía en comento, sino que a desestimar aquellas opciones que precisamente la vulneren o la afecten innecesariamente, impidan su libre ejercicio o la hagan ilusoria<sup>209</sup>.

En esta perspectiva, aunque en España se plantea el problema de determinar si el artículo 38 de su Constitución, contiene un reconocimiento de un derecho subjetivo a la libertad empresarial, resultan valiosas las expresiones de Diego Vera Jurado, quien expresa que “se podría afirmar, por tanto, que el texto constitucional, ha creado el marco jurídico necesario para mantener de nuevo la existencia de derechos subjetivos previos al otorgamiento de autorizaciones administrativas, con lo que volveríamos al concepto clásico de autorización. *Este hecho de ser comprobado, tendría incidencia sobre la actividad del legislador, por una parte, y sobre la actividad de aplicación e interpretación que realizan los jueces y la Administración Pública, por otra*” (el destacado es del autor de este trabajo).

Respecto al primer caso, agrega el citado autor, que la existencia de un derecho subjetivo a la actividad **industrial** “ofrecería mayor resistencia a la acción reguladora del legislador,

<sup>205</sup> VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA. Ob. cit. T. I. Pág. 114.

<sup>206</sup> Al decir de Javier Piñanes Leal, “la ordenación de los transportes topa con la barrera infranqueable que supone el núcleo esencial que, como veremos a continuación, por afectar la esfera de la libertad, resulta indisponible por la Administración. Ob. cit Pág. 49.

<sup>207</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. Tomo II. Págs. 298.

<sup>208</sup> Véase VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA. Ob. cit. T. I. Págs. 321-322; CEA EGAÑA, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Ed. Jurídica de Chile. 1988. Págs. 287-298.

<sup>209</sup> VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, en *Derecho Constitucional*. Ed. Jurídica de Chile. 1994. Tomo I. Págs. 321-322; EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. Tomo II. Págs. 293-302.

siendo la garantía institucional más invulnerable”. Luego añade, “el legislador va a tener algunos límites a la hora de llevar a afecto estas restricciones de la libertad de empresa e industria contenidas en el artículo 38. Por una parte va a tener un límite formal, en el sentido que las modulaciones tienen que venir impuestas por ley, y, por otra, un límite material, que responde a la invulnerabilidad del contenido esencial de la libertad de empresa” (el destacado es del autor de este trabajo).

En similares términos se expresa Gaspar Ariño Ortiz, para quien el respeto de la esencia de la libertad de empresa está constituido por la reserva de ley y el respeto al contenido esencial de este derecho subjetivo<sup>210</sup>.

En el mismo sentido se pronuncian Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández al señalar que el legislador se encuentra en el imperativo de respetar el contenido esencial de los derechos (garantizado también en la Constitución española, en su artículo 53.1) poniéndose énfasis en que “la elección por el legislador de un modo u otro de incidir sobre ella limitándola, no puede considerarse constitucionalmente indiferente, dado el distinto grado de intensidad que cada tipo de limitación comporta”<sup>211</sup>.

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, expresan además, que en materia de limitaciones que afecten la libertad de empresa el legislador deberá respetar, y por tanto su elección no será enteramente libre, los criterios inmanentes del sistema de libertades, proponiendo como criterio el *in dubio pro libertate* y el de proporción o congruencia<sup>212</sup>. Esta última idea se refiere a que la intensidad de la limitación esté acorde con el fin perseguido<sup>213</sup>.

En definitiva, al legislador le está vedado imponer limitaciones, restricciones o regulaciones que afecten, como se expresó, el derecho a desarrollar actividades económicas en su esencia, y además, está obligado a implementar aquellas regulaciones o restricciones en los casos que la Constitución lo autoriza, pero que sean compatibles al máximo con la libertad de empresa.

### 3. Notas esenciales de la concesión, compatibles con la libertad de empresa

Cabe recordar que el permiso de emisión en cuanto concesión, según se ha dicho, implica una limitación para las actividades empresariales en la medida que se imponen restricciones a las emisiones de contaminantes; como asimismo, se destacó que en un escenario en que se aplique un plan de descontaminación o prevención, habrá una restricción seria al derecho a crear o constituir establecimientos industriales.

En los apartados anteriores se esbozó un concepto del derecho a desarrollar actividades económicas y se manifestó que la garantía del núcleo esencial de los derechos es un límite a la actividad legislativa en este sentido. Luego, es preciso discernir si ciertas características atribuidas a las concesiones son compatibles con tal exigencia, como lo sería la discrecionalidad de la Administración para otorgarlas<sup>214</sup>, el establecimiento de

<sup>210</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Ob. cit. Págs. 34-39.

<sup>211</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit. Pág. 116.

<sup>212</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit. Pág. 118.

<sup>213</sup> FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Ob. cit. Tomo I. Págs. 133-140.

<sup>214</sup> “Pero la libertad de empresa (de iniciativa económica) sigue siendo un derecho y, por lo mismo, la Administración no puede ser dotada de un cheque en blanco para autorizar o no, libremente, el ejercicio de actividades económicas, sin que existan unos criterios legales concretos especificados en la ley sobre los que basar la decisión autorizante” ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Ob. cit. Pág. 99.

En este sentido Ramón Parada, quien ve en el ejercicio de potestades regladas en el acceso a bienes públicos como el agua y minas, la conveniencia de hablar en de una titularidad estatal, podría sustituirse “por la existencia previa de un derecho de los ciudadanos a la obtención del agua o del aprovechamiento minero, dado que el otorgamiento no es posible negarlo, al igual que ocurre con los supuestos de autorización, cuando se dan todas las circunstancias legalmente previstas”. Ob. cit. Pág. 439; Fernando Garrido Falla señala que “no puede hablarse de un derecho de los particulares a obtener concesión administrativa. Antes por el contrario, el principio sancionado por nuestra jurisprudencia es el contrario: es discrecional de la Administración la facultad de otorgar o denegar concesiones”. Sin embargo, reconoce la regla contraria en el caso de las concesiones mineras donde “es correcto hablar de un derecho a obtener la concesión a favor de quien previamente haya obtenido permisos de investigación”. Ob. cit. Págs. 456-457.

plazos de vigencia, el carácter precario de las mismas<sup>215</sup>, sin derecho a indemnización en el caso de ser revocadas.

Ahora bien, un atento examen de las antedichas características lleva a concluir claramente que vulneran la libertad de empresa en su esencia e imponen unas condiciones que impiden su libre ejercicio, aunque no la prohíban, por cuanto su consagración legal generaría tales grados de inseguridad para su ejercicio (discrecionalidad), con imposibilidades de obtener créditos, recuperación de inversión y obtención de rentabilidad (plazo, precariedad, ausencia de derecho a indemnización) que el derecho a desarrollar actividades económicas se desconocería absolutamente. En otras palabras ¿de qué derecho *se* estaría hablando? O dicho de otra forma, no existe norma constitucional alguna que faculte al Estado a imponer tales gravámenes y condiciones de ejercicio, por lo que no resultan ni justificados, ni proporcionados.

Pues bien, para estos efectos resulta útil reproducir las palabras de Enrique Evans de la Cuadra, quien afirma que “en la normativa de los derechos que hemos denominado “del patrimonio”, subyace la tutela que la Constitución brinda a las personas para que desarrollen en plenitud su iniciativa en materia económica, sin temor a la intervención o participación dominante o exclusiva del Estado, y para que ese y el dominio de los bienes que de él resulte *tengan la más completa garantía de estabilidad y de seguridad institucionales*”<sup>216</sup> (el destacado es del autor de este trabajo).

Así pues, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández expresan que “la elección de la técnica de intervención tiene que ser congruente y proporcionada con los valores constitucionales que con ella quieren protegerse. Quiere esto decir que si en un caso concreto es suficiente a estos fines con la mera regulación de la actividad y la represión *a posteriori* del mal uso de la libertad reconocida, es decir, con la implantación de un sistema de corte represivo, no debe imponerse un control preventivo de carácter general y, si las circunstancias obligan a establecer este, debe elegirse la técnica de declaración o comunicación previa con preferencia a la autorización y la modalidad de autorización reglada antes que la discrecional, el silencio positivo mejor que el negativo, etc.”<sup>217</sup>.

Aunque los citados autores no se pronuncian por el caso de las concesiones y la libertad de empresa, aplicadas dichas ideas al permiso de emisión transable, siguiendo el mismo raciocinio anterior, el legislador deberá preferir siempre, si las circunstancias así lo ameritan, la concesión ilimitada en el tiempo frente a la sujeta a plazo no renovable; la concesión reglada frente a la discrecional; la gratuidad, por oposición a la sujeta al pago de tasas; y finalmente un sistema que garantice pues el máximo de estabilidad y certeza en el desarrollo de las actividades que la concesión implica, desestimando de plano un pretendido régimen de precariedad<sup>218</sup>.

#### 4. *La pretendida transferencia de funciones en el acto administrativo concesional: el principio de subsidiariedad*<sup>219</sup>

Generalmente se suele enarbolar en el caso de concesiones, la idea de que el Estado ostentaría una titularidad originaria en aquellas actividades o bienes respecto de los cuales se

<sup>215</sup> Sobre la admisibilidad de la precariedad en concesiones, véase DESDENTADO DAROCA, Eva. Ob. cit. Págs. 111-144.

<sup>216</sup> Evans de la Cuadra, ENRIQUE. OB. CIT. TOMO III. Pág. 138.

<sup>217</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Ob. cit. Pág. 118.

<sup>218</sup> GARCÍA LLOVET, Enrique. *El Régimen Jurídico de la Radiodifusión*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1991. Pág. 314. Manifiesta este autor que el acto de la concesión debe analizarse mediante una aproximación a este “con una perspectiva teleológica y material que haga posible compatibilizar, en el caso que nos ocupa, la institución concesional con el ejercicio de derechos fundamentales”.

<sup>219</sup> Sobre este principio J. L. Martínez López-Muñiz expresa que “el Estado social de Derecho debe obtener todos sus objetivos en la forma más acorde posible con la dignidad de la persona humana, y por ende facilitando, promoviendo y potenciando al máximo la libertad responsable de todos y la activación, en consecuencia, de la llamada sociedad civil como exige el ya citado principio de subsidiariedad, adecuadamente entendido”. *La Regulación Económica en España*. En la obra colectiva *El Nuevo Servicio Público*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1997. (autores Ariño Ortiz, J. M. De la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz). Pág. 211.

otorgan concesiones. No obstante, tal idea y en lo que al derecho a desarrollar actividades económicas se refiere y por lo que respecta a los bienes públicos, el Estado bajo la vigencia de la Constitución de 1980 carece de tal potestad, que podría habilitarlo para regular con intensidad los derechos concedidos por actos administrativos en los ámbitos que se estimara comprometido el interés público y por lo mismo a revocarlos. Hay una idea que no debe olvidarse, la actividad económica descansa hoy sobre un pilar fundamental, la subsidiariedad<sup>220</sup>.

El principio de subsidiariedad implica que es el ser humano, dotado de dignidad, libre e igual ante sus semejantes, individual o colectivamente, con un Estado a su servicio, el llamado originaria y naturalmente a realizar todas aquellas actividades económicas que pueda llevar a cabo satisfactoriamente, por lo que el Estado, en el caso contrario, excepcional y transitoriamente, está llamado a asumir tales actividades o someterlas a un régimen de intensa disciplina.

Por consiguiente, el Estado en un acto concesional no transmite funciones propias. En cambio, se podría decir que el Estado devuelve el ejercicio de titularidades que corresponden a los ciudadanos, en el caso de monopolios estatales, o dicho de otro modo, simplemente regula su ejercicio para garantizar el cumplimiento adecuado de un fin público, cuando las condiciones de mercado no corresponden a una competencia perfecta o es necesario ordenar la concurrencia empresarial.

Por otra parte, menos coherente resulta la tesis tradicional de la concesión, en cuanto a que el Estado sería el titular originario de ciertas actividades económicas, con relación al hecho de que las actividades sujetas a este régimen de intervención sean absolutamente desarrolladas por los particulares, a través de una mera sustitución<sup>221</sup>.

En consecuencia el legislador chileno al momento de cumplir el mandato legal del artículo 48, en concordancia con el artículo transitorio 3º, ambos de la Ley Nº 19.300, deberá optar por el régimen concesional, al determinar la naturaleza jurídica del permiso de emisión transable, sometiéndolo a un régimen de otorgamiento reglado, ilimitado o sujeto a un plazo renovable, con un derecho *ex novo*, de carácter administrativo, que en el evento de ser dejado sin efecto por la Administración, se tenga derecho a indemnización, toda vez que sobre dicho derecho, el administrado gozará de la protección constitucional del derecho de dominio.

## XI. CONCLUSIONES

El carácter sostenible del desarrollo se ha constituido en un imperativo, que obliga a respetar, a lo menos, dos parámetros en las estrategias de crecimiento: a) usar siempre los recursos renovables de tal modo que el ritmo de extracción no sea mayor que el ritmo de

<sup>220</sup> Véase CEA EGAÑA, José Luis. Ob. cit. Págs. 50 y 168-170; Sentencia Rol Nº 146, del Tribunal Constitucional, de 21 de abril de 1992, considerando 8º; EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit. T. III. Págs. 135-138; FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Ob. cit. T. I. Págs. 67-80; VERDUGO PFEFFER y NOGUEIRA. Ob. cit. T. I. Págs. 111-112.

<sup>221</sup> GARCÍA LLOVET, Enrique. Ob. cit. Pág. "La sustitución se presenta siempre como un acto esporádico y excepcional respecto del normal desarrollo de una actividad, así, y al margen de análisis estrictamente técnicos, la institucionalización de la sustitución es en sí misma aberrante, pues consagra la excepcionalidad". Agregando que si "aceptamos la tesis de que la forma normal de gestión de un servicio público es la gestión concesional de este, la contradicción lógica sería absoluta, pues operaría como forma deseable de gestión una técnica a la que estructuralmente atribuimos una naturaleza excepcional".

Por otra parte, refirma este autor la idea que la concesión es una verdadera técnica ordenadora de las actividades de los particulares, manifestado que "admitir la tesis de la concesión como técnica de ordenación supone excluir de esta cualquier dimensión contractual, traslativa u sustitutiva, al menos desde un criterio finalista y sustantivo, sin negar por ello que, desde el punto de vista formal, cuando menos el primer nivel de aproximación sea válido". "La concesión se presenta sí, como un acto unilateral de la Administración, que tendrá como contenido la ordenación de la concurrencia del particular a una actividad, configurando a partir de la reglamentación genérica del servicio y el específico clausulado concesional, creado y modificado por la propia Administración un auténtico estatuto a partir del cual el particular tiene la posibilidad y la obligación de realizar una actividad". Ob. cit. Pág. 324.

regeneración natural; y b) mantener los flujos de residuos que se victrten sobre el medio ambiente en el mismo nivel o por debajo de su capacidad de asimilación.

De esta manera han ido cobrando una singular importancia los instrumentos económicos por sobre las órdenes o prohibiciones impuestas por la autoridad, por cuanto los primeros no solo serían más eficaces, sino que más eficientes, aunque ciertamente se discute si debiera existir entre ambos algún grado de complementariedad. Esta realidad ya se refleja en las recomendaciones de entidades de tanto prestigio como la OCDE y en las resoluciones de la propia Unión Europea, a la hora de generar políticas de gestión ambiental.

En este orden de consideraciones, uno de aquellos instrumentos económicos, que la experiencia de los Estados Unidos ha demostrado sus beneficios, aunque no exentos de fracasos o dificultades, ha sido el permiso de emisión transable.

La virtud del permiso de emisión no es solo constituir un derecho para emitir determinada cantidad de residuos, sino que la posibilidad de transferirlos, cuestión que permitiría, por la vía de un verdadero mercado de permisos, el cumplimiento de metas ambientales a un más bajo costo, por cuanto ellos serían poseídos, finalmente, por las empresas más eficientes, aquellas que pudieron incorporar tecnologías aptas para disminuir la polución.

De ahí que el aporte del Derecho sea construir una normativa que no solo permita, sino que facilite el funcionamiento de dicho mercado y las transferencias de permisos en términos fluidos y transparentes, y ello en gran medida se logra con un régimen que otorgue seguridad o certeza respecto de los derechos de emisión, sobre la constitución de los mismos, con relación a su duración, a las causales de extinción, a las atribuciones de la Administración y a los modos de efectuar las transferencias.

Lo dicho, sumado a la conclusión del estudio sobre la compensación de emisiones en la Región Metropolitana, elaborado por la Universidad Católica, en el sentido que la forma más adecuada de alcanzar las metas del plan de descontaminación atmosférico sería a través de "un gran sistema de permisos de emisión transables", hacían forzoso dilucidar pues la naturaleza jurídica de tales instrumentos y el régimen jurídico que de ellos se derive.

Asimismo, la naturaleza jurídica del permiso de emisión que aquí se ha pretendido establecer, tiene también una notable incidencia en el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, toda vez que aquel implica la imposición de restricciones o limitaciones sobre aquel.

Pero cómo determinar la naturaleza del permiso de emisión transable. Para ello se ha partido del dato fáctico que indica que tal instrumento implica la intervención del Estado por medio del otorgamiento de derechos para emitir cierta cantidad de residuos en un área geográfica y la fijación de un máximo de emisiones tolerables en el mismo territorio, lo que supone restringir el establecimiento de empresas, salvo que los interesados adquieran permisos de quienes ya los poseen.

Enseguida, cabe tener presente que la Constitución Política ha consagrado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y le ha impuesto al Estado el deber para que este derecho no sea afectado, como también tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental.

Para cumplir dichos deberes u objetivos, se han creado ciertos vínculos con los principales bienes ambientales, cuya característica principal es la de proporcionar servicios colectivos y cuyos usos o aprovechamientos son igualmente comunes a todos los hombres. Dichas características las comparten el aire y el agua. En esta ocasión se prefirió detenerse en el primero, aunque lo que de él se concluya, es predicable del segundo con ciertas modulaciones, especialmente si se considera que el objetivo último es el mantenimiento de niveles y calidades adecuados de tales bienes.

En este contexto, cabe señalar que el régimen jurídico del aire responde a la necesidad de preservar su integridad en términos de continuar prestando los servicios que son aprovechados por la comunidad, con carácter colectivo, ya sea como fuente de oxígeno o como sumidero de residuos. El aire entonces, tiene dos dimensiones que explican su tratamiento normativo. Por una parte constituye un bien cuyo aprovechamiento es preferentemente colectivo y,

por otra parte, se erige, por la naturaleza de las utilidades que presta y su propio origen (natural y no artificial), como un bien típicamente ambiental.

Lo dicho queda en evidencia al constatarse cómo las normas que limitan emisiones de sustancias nocivas e imponen la adopción de cierta tecnología (filtros, por ejemplo), pretenden regular, precisamente, los usos o aprovechamientos del aire. Es decir, que los niveles de contaminantes, que suponen el uso del aire como sumidero de residuos, no perjudiquen, por una parte, su uso como fuente de oxígeno, ni la salud, como tampoco la capacidad de este bien ambiental de poder asimilar los residuos que recibe, sin perjuicio de considerar que las sustancias tóxicas puedan afectar directamente los ecosistemas, como es el caso de la deposición ácida.

Es así como el imperativo de protección de los bienes ambientales que proporcionan servicios colectivos, ha llevado a someterlos a un régimen que se ha denominado de dominio público, que habilita a la Administración para regular y dispensar sus múltiples usos o aprovechamientos por parte de la comunidad, usos que son principalmente comunes, y cuyo objetivo es reguardar la integridad de tales elementos de la naturaleza, como velar por el debido aprovechamiento de los mismos.

Se ha concluido en este trabajo que el aire en particular, en cuanto capa gaseosa, proveedora de oxígeno y como sumidero de residuos, proporciona evidentes usos que son aprovechados en términos colectivos, y que lleva a calificarlo, de acuerdo al Derecho nacional, como un bien de aquellos que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres y sometido, por lo tanto, a un régimen de dominio público, con especial énfasis en la tutela por sus equilibrios químicos o cualidades ambientales. En este sentido, pues, se expresó que la forma en que el Estado regula el uso del aire, preferentemente, es a través de la imposición de límites a la emisión de sustancias, gases o partículas nocivas.

Asimismo, en orden a demostrar la tesis de este trabajo, ha sido fundamental establecer de qué tipo de actos administrativos se vale el Estado para dispensar determinados usos sobre los bienes sometidos a régimen de dominio público, manifestándose que ellos podían ser autorizaciones o concesiones, dependiendo si el uso de que tratara era común o privativo, concluyéndose que si el uso de un bien fuere privativo, es decir exclusivo y limitado en cuanto a sus beneficiarios, el acto era una concesión.

Por otra parte, establecido que el aire es un bien de disfrute colectivo preferentemente, y en el que es el Estado el llamado a regular sus usos, era oportuno preguntarse si el acto por el cual se otorga un permiso de emisión transable es una autorización o concesión. Para ello, es dable considerar que tal permiso significa para el beneficiario la posibilidad de usar el aire como sumidero de residuos (lo mismo puede predicarse del agua), pero en términos exclusivos y por tanto, con un número limitado de poseedores de dichos permisos, toda vez que cabe recordar que existirá conjuntamente con ellos una norma que imponga un límite máximo de emisiones en un área geográfica, de forma tal que es forzoso concluir al respecto, que el acto por el que se otorga el derecho de emitir cierta cantidad de residuos, es una auténtica concesión.

Que el acto por el cual se otorga un permiso de emisión transable sea una concesión, igualmente tiene ciertas consecuencias jurídicas, como que el derecho de que se trata es uno *ex novo*, real administrativo y sometido al régimen de protección del derecho de propiedad, en cuanto bien incorporal.

No obstante la conclusión anterior, no se consideró suficiente declarar el carácter concesional de los permisos en comento, sino que se estimó necesario establecer si el legislador nacional, al momento de dictar la ley que fije su naturaleza, estaba dotado de cierta libertad para otorgarle las cualidades que estimare oportunas o convenientes, como por ejemplo, su forma de constitución, discrecional o reglada, su duración, a plazo o ilimitada, sometida a régimen de precario o con derecho a indemnización.

Con dicha finalidad fue pertinente señalar que el principal derecho afectado con la aplicación de los permisos de emisión transables sería el derecho a desarrollar actividades económicas o libertad de empresa, en el entendido que implica la limitación al establecimiento de



empresas en determinada área geográfica, declarada saturada o latente, por cuanto solo podrían operar en ellas, las que poseyeran permisos de emisión. Así también, la libertad de empresa puede verse afectada por las notas que se atribuyan a los permisos y hagan su goce ciertamente precario o inestable.

Asimismo, se concluyó que el legislador tenía impuesta una importante limitación, al momento de dictar las normas sobre la materia y este es el respeto al núcleo esencial del derecho a desarrollar actividades económicas, lo que obliga a rechazar cualquier normativa que signifique el desconocimiento de sus elementos consustanciales o que hagan imposible su libre ejercicio. La trascendencia de esta afirmación es que resulta inconciliable con la libertad de empresa la circunstancia que se otorguen los permisos de emisión transables en forma discrecional, por períodos limitados, sujetos a régimen de precario y sin derecho a indemnización. Una cosa es que las personas que no obtengan permisos de emisión no puedan ejercer actividades que involucren la emisión de ciertas sustancias y otra, es que aquellas que obtuvieron el permiso no tengan ninguna seguridad de que podrán ejercer su actividad por algún tiempo y con total certidumbre de sus facultades. En fin, otorgar al permiso las anotadas características, que lo dotan de inestabilidad, no hace sino que desconocer la existencia y perturbar el ejercicio del derecho constitucional a desarrollar actividades económicas.

Por último, sobre las características que el legislador otorgue al permiso de emisión, es preciso manifestar que ello en ningún caso es un tema que solo se reduzca al desconocimiento de un derecho constitucional, sino que lleva a estos instrumentos económicos a perder uno de aquellos atributos esenciales, que antes se destacara, y que es que debe estar rodeado de la certeza y seguridad o estabilidad necesarias que permitan las transacciones o la creación del mercado de permisos, circunstancia que es la que realmente hace posible el cumplimiento eficiente de las metas ambientales, por medio de la asignación de cuotas de emisión a aquellas empresas que puedan lograr el cumplimiento del límite de emisiones a un más bajo costo, logrando así el anhelado objetivo de compatibilizar el desarrollo económico con la protección ambiental.

#### BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *El Dominio Público. Su Naturaleza Jurídica*. Ed. Bosch. Barcelona. España. 1956.
2. ANTÓN BARBERÁ, Francisco y SOLER TORMO, Juan Ignacio. *Policía y Medio Ambiente*. Ed. Ecorama. 1996.
3. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1995.
4. ASTORGA, Eduardo. *Evaluación de Impacto Ambiental*. Ed. ConoSur. Santiago. Chile. 2000
5. AZQUETA OYARZÚN, Diego. *Valoración Económica de la Calidad Ambiental*. Ed. McGraw-Hill. España. 1994.
6. BARRIO GARCÍA, Gonzalo. *Régimen Jurídico de la Pesca Marítima*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998.
7. BELLO, ANDRÉS. *Principios de Derecho Internacional*. Ed. Atalaya. Buenos Aires. Argentina. 1946.
8. BERTELSEN REPETTO, Raúl. *El Recurso de Protección y el Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación. Examen de Quince Años de Jurisprudencia*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 25. Nº 1. Sección Estudios. 1998.
9. BORREGAARD, Nicola y LEAL, José. *Instrumentos Económicos: El camino recorrido en la gestión ambiental chilena*. Revista Ambiente y Desarrollo. Revista CIPMA. Vol. XVI Nº 1 y 2 marzo-junio 2000.
10. BORREGAARD, Nicola. *Instrumentos Económicos en la Política Ambiental*. Revista Ambiente y Desarrollo. CIPMA. Vol. XIII, Nº 3. Septiembre. 1997.

11. BUÑUEL GONZÁLEZ, Miguel. *El Uso de Instrumentos Económicos en la Política del Medio Ambiente*. Ed. Consejo Económico y Social. Colección Estudios, N° 75. Madrid. 1999.
12. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*. Ed. Aranzadi. España. 1996.
13. CEA EGAÑA, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1988.
14. Centro de Análisis de Políticas Públicas. Informe País. *Estado del Medio Ambiente en Chile*. Universidad de Chile. 1999. Sitio web: [www.capp.uchile.cl/informepais](http://www.capp.uchile.cl/informepais)
15. CIFUENTES, MONTERO, NOE y SOTO. *Generación de Instrumentos de Mitigación y Compensación de Emisiones Orientados al Control del Impacto Ambiental de Nuevas Actividades en la Región Metropolitana de Santiago*. Parte II. Instrumentos Económicos de Cantidad para el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana. Santiago. 2000.
16. CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Ed. Imprenta Cervantes. Santiago. Chile. 1930.
17. Código Civil de la República de Chile. Introducción y Notas de Pedro Lira Urquieta. Ed. Ministerio de Educación Caracas. Venezuela. 1954.
18. Comisión Europea. *Conjugar Nuestras Necesidades y Nuestras Responsabilidades: integración de las cuestiones medioambientales en la política económica*. (COM (200) 576. Bruselas, 20 de septiembre, de 2000.
19. Comisión Europea. *Libro Verde sobre el Comercio de los Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero en la Unión Europea*. COM (2000) 87. Bruselas, 8 de marzo, de 2000.
20. Comisión Europea. *Sexto Programa. Medio Ambiente 2010: El futuro está en nuestras manos*. [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)
21. Comisión Nacional del Medio Ambiente. *Permisos de Emisión Transables. Propuesta de Sistema para Aire y Agua*. Documento de Trabajo N° 3. Serie Economía Ambiental. 1996.
22. Comisión Nacional del Medio Ambiente. *Repertorio de Instrumentos Económicos para la Gestión Ambiental*. Conceptos y Casos. Documento de Trabajo N° 4. Serie economía Ambiental. 1997.
23. DEL FÁVERO Valdés, Gabriel. *Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente*. Revista Estudios Públicos. N° 54. Otoño. 1994.
24. DESDENTADO DAROCA, Eva. *El Precario Administrativo*. Ed. Aranzadi. Pamplona. España. 1999.
25. DOMPER FERRANDO, Javier. *El Medio Ambiente y la Intervención Administrativa en las Actividades Clasificadas*. Ed. Civitas. Madrid. 1992.
26. EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1999. Tres Tomos.
27. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Derecho Constitucional Económico*. Ed. Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile. 2001.
28. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2001.
29. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas. Madrid. 1992.
30. GARCÍA LLOVET, Enrique. *El Régimen Jurídico de la Radiodifusión*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1991.
31. GARCÍA PÉREZ, Marta. *La Utilización del Dominio Público Marítimo-Terrestre*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1995.
32. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1962.
33. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *La Titularidad de los Bienes del Dominio Público*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998.

34. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*. Ed. de la Universidad de Chile. Santiago. Chile. 1982.
35. JIMÉNEZ HERRERO, Luis. *Desarrollo Sostenible y Economía Ecológica*. Ed. Síntesis. Madrid. 1996.
36. LAVÍN VALDÉS, Julio. *Legislación Restrictiva de Derechos y Libertades para Proteger el Medio Ambiente*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 25, N° 1. Sección Estudios. 1998.
37. LÓPEZ PELLICER, José A. *Uso y Aprovechamiento del Dominio Público Local*. En Obra Colectiva Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí. Coordinador Rafael Gómez-Ferrer Morant. Ed. Civitas. Madrid. 1989.
38. LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Régimen Jurídico de la Protección del Aire*. En Derecho del Ambiente y Administración Local. Coordinador José Esteve Pardo. Ed. Civitas. Madrid. 1996.
39. MACERA, Bernard-Frank. *El Deber Industrial de Respetar el Ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho Público*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998.
40. MARIENHOFF, Miguel S. *Permiso Especial de Uso de Bienes del Dominio Público*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996.
41. MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. Ed. Trivium. Madrid. 1995.
42. MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Trivium. Madrid. 1992. Tres volúmenes.
43. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. *La Regulación Económica en España*. En obra colectiva. El Nuevo Servicio Público. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1997.
44. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico*. Ed. La Ley. Madrid. 1988. Dos Tomos.
45. MONTERO, SÁNCHEZ y KATZ. *Análisis del Mercado de Emisiones de Material Particulado en Santiago*. Revista Estudios Público. N° 81. Verano. 2001.
46. MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Aranzadi. Pamplona. España. 1996.
47. MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. *Dominio Público*. Ed. Trivium. 1992
48. Obras Completas de don Andrés Bello. Proyecto de Código Civil de 1853. Santiago. Chile. 1888.
49. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. *Economic Instruments for Pollution Control and Natural Resources management in OECD Countries: a survey*. Octubre-1999.
50. PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Ed. Marcial Pons. 1995.
51. PAREJO Gamir y RODRÍGUEZ Oliver. *Lecciones de Dominio Público*. Ed. Instituto Católico de Artes e Industrias (ICAI). Madrid. 1976.
52. PEARCE, David W. y TURNER, R. Kerry. *Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente*. Colegio de Economistas de Madrid-Celeste Ediciones. Madrid. 1995.
53. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los Bienes. La Propiedad y Otros Derechos Reales*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2000.
54. PERELLÓ SIVERA, Juan. *Economía Ambiental*. Ed. Universidad de Alicante, Secretariado de Publicaciones. 1996.
55. PÉREZ FERNÁNDEZ, José Manuel. *Urbanismo Comercial y Libertad de Empresa*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998.
56. PÉREZ, Clemente. *Permisos de Emisión Transables y el Control de la Descontaminación Atmosférica en Santiago*. Revista de Derecho Administrativo Económico. Vol. II N° 2. Julio-diciembre. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2000.
57. PIÑANES LEAL, Javier. *Régimen Jurídico del Transporte por Carretera*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1993.
58. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. *Control de la Lluvia Ácida en Europa mediante Permisos Transferibles*. Ed. Tecnos. Madrid. 1999.
59. ROSEMBUJ, Tulio. *Tributos y la Protección del Medio Ambiente*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1995.

60. ROZAS VIAL, Fernando. *Derecho Civil. Los Bienes*. Ed. Distribuidora Forense. Santiago. Chile. 1984
61. SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. *Economía*. Ed. McGraw-Hill. Decimoquinta edición. Madrid. 1996.
62. STOBER, Rolf. *Derecho Administrativo Económico*. Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid. 1992.
63. TIETENBERG, Tom. *Control de la Contaminación Atmosférica en Santiago: Aplicación del sistema de emisiones transables. Lecciones que brinda la experiencia de los Estados Unidos*. Revista Estudios Públicos N° 61. Verano 1996.
64. TOLEDO TAPIA, Fernando. *Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Historia Fidedigna y concordancias internas*. CONAMA. Santiago. Chile. 1996.
65. URRUTIA, Leopoldo. *Carácter y Extensión del Derecho de Uso que se tiene en Bienes Nacionales de Usos Público*. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XII. Sección Derecho.
66. VALENZUELA F., Rafael. *Nociones acerca del Principio el que Contamina Paga*. En *Memorias del Seminario Nacional del Derecho Ambiental*. Editado por Eduardo Astorga y Gonzalo Cubillos. CEPAL-Fundación Friedrich Ebert. 1994
67. VERA JURADO, Diego. *La Disciplina Ambiental de las Actividades Industriales*. Ed. Tecnos. Madrid. 1994.
68. VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA. *Derecho Constitucional*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1994. Dos tomos.
69. VERGARA BLANCO, Alejandro. *Derecho de Aguas*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1998. Dos Tomos.
70. VERGARA BLANCO, Alejandro. *Informe Constitucional N° 141*. Santiago. Chile. 1991.
71. VERGARA BLANCO, Alejandro. *Naturaleza Jurídica de los Bienes Nacionales de Uso Público*. En "Bienes de la Nación: Una Oportunidad para el Desarrollo y Calidad de Vida de la Ciudadanía". Ed. Ministerio de Bienes Nacionales y Honorable Cámara de Diputados. Chile. 1999.
72. VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistemas del Derecho Minero*. Estudio Histórico-Dogmático. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1992.
73. VODANOVIC H., Antonio. *Curso de Derecho Civil. Los Bienes y los Derechos Reales*. Ed. Nacimiento. Santiago. Chile. 1974.
74. World Resources Institute (WRI). *Guía de Recursos Mundiales 2000-2001*. Washington, D.C. 2000.
75. [www.conama.cl/gestion\\_ambiental/acuerdos\\_inter/agenda\\_21\\_A.htm](http://www.conama.cl/gestion_ambiental/acuerdos_inter/agenda_21_A.htm)
76. [www.europa.eu.int/eur-lex/es/treaties/dat/ec\\_cons\\_treaty\\_es.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/treaties/dat/ec_cons_treaty_es.pdf). Tratado de la Unión Europea y Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
77. [www.fao.org/sd./2001/en0301a.es.htm](http://www.fao.org/sd./2001/en0301a.es.htm)
78. [www.medioambiente.gov.ar/acuerdos/organismos/onu/onuorpalc.htm](http://www.medioambiente.gov.ar/acuerdos/organismos/onu/onuorpalc.htm)
79. [www.undp.org/hdro/s98over.htm](http://www.undp.org/hdro/s98over.htm). Sinopsis. Cambiar las pautas actuales del consumo, para el desarrollo humano del futuro.

## REVISTAS

- Revista de Derecho Industrial. 1992 (Argentina).  
Revista Chilena de Derecho. 1998.  
Revista de Estudios Públicos. 1992, 1994, 1998, 2001.  
Revista Ambiente y Desarrollo (CIPMA). 2000.  
Revista de Derecho Administrativo Económico. 2000.