

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



TITULO DE LA MEMORIA

**“ROYALTY A LA MINERÍA EN CHILE, ¿ES POSIBLE
EXTENDER SUS FUNDAMENTOS JURÍDICOS A UN
EVENTUAL ROYALTY A LA ACTIVIDAD ACUÍCOLA DEL
SALMÓN?”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

ALUMNO: Sebastián Acuña G.

PROFESOR PATROCINANTE: Ernesto Ravera H.

VALDIVIA, FEBRERO DE 2008

Santiago, 11 de Marzo de 2008.

Señor
Andrés Bordalí Salamanca
Director
Instituto de Derecho Público
Universidad Austral de Chile
Presente.

De mi consideración:

Por la presente me permito informar a usted el trabajo de memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, realizado por el alumno don Sebastián Acuña G., que aborda el tema del "Royalty a la minería en Chile. ¿Es posible extender sus fundamentos jurídicos a un eventual royalty a la actividad acuícola del salmón?"

El capítulo primero desarrolla, de manera resumida pero suficientemente acabada los diversos poderes del Estado y su papel en la explotación de los recursos naturales.

El capítulo segundo analiza, de un modo crítico y en forma sistemática y pormenorizada el Royalty a la minería en Chile.

El capítulo tercero aborda los derechos del Estado sobre los recursos Hídricos.

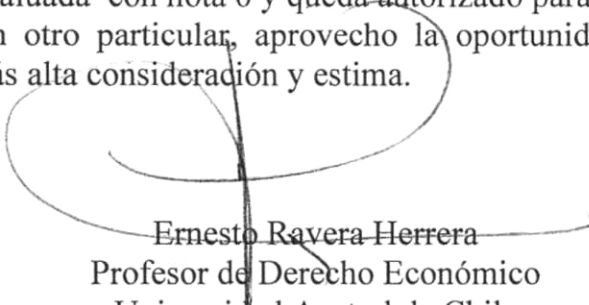
Finalmente, en el cuarto capítulo examina el Royalty a la actividad acuícola del Salmón, concluyendo que no es viable la imposición de un Royalty a la actividad acuícola del Salmón por daño ambiental como tampoco es posible extender los fundamentos jurídicos del Royalty a la minería a la actividad acuícola del Salmón.

Debo consignar que Sebastián realiza el trabajo con un estilo directo y un lenguaje adecuado. La técnica de investigación es apropiada y sistemática, dentro del contexto de un tema nuevo y no suficientemente desarrollado hasta la fecha por la doctrina nacional.

Cumplo con indicar a usted que el alumno cumplió su cometido dentro de un contexto de escasa bibliografía nacional, lo que hace más merecedor su trabajo.

Por todo lo expuesto anteriormente, estimo que la memoria informada debe ser evaluada con nota 6 y queda autorizado para empaste.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad de saludarlo con los sentimientos de mi más alta consideración y estima.



Ernesto Ravera Herrera
Profesor de Derecho Económico
Universidad Austral de Chile

*Te agradezco lo vivido,
la forma y los pasos que diste junto a mí
en todo este camino tan ancho y ajeno...*

Para ti, con todo mi cariño.

Índice

Introducción	3
CAPÍTULO I	5
“Los Poderes del Estado en la explotación de los recursos naturales”	5
1.1.- Los Recursos Naturales en Chile y el mundo.	5
1.2.- Recursos no renovables.	7
1.3.- Los derechos del Estado y los particulares.	8
CAPÍTULO II	12
“Royalty a la minería en Chile”	12
2.1.- Royalty, concepto y evolución histórica.	12
2.2.- Fundamentos Jurídicos del Royalty.	16
2.3.- Aplicación Jurídica del Royalty en Chile.	23
CAPÍTULO III	26
“Derechos del Estado sobre los recursos hídricos”	26
3.1.- Dominio Público de las aguas terrestres.	26
3.2.- Potestades del Estado y derechos sobre las aguas.	29
CAPÍTULO IV	36
“Royalty a la actividad acuícola del salmón”	36
4.1.- Actividad Acuícola en Chile, Evolución de la Industria y Producción en Cultivo.	36
4.2.- Royalty a la Actividad Acuícola del Salmón.	41
Conclusiones	49
Bibliografía	52

Introducción

A mediados del año 2005, la sociedad chilena vio con satisfacción la publicación de la ley 20.026 que establecía un impuesto a la actividad minera y creaba el denominado Fondo de Innovación para la Competitividad, compuesto por dineros provenientes de dicha tributación. De esta manera, culminaba un amplio debate en torno a la conveniencia de la medida, sus alcances políticos, sociales, económicos y acaso el más importante de ellos, su constitucionalidad desde la perspectiva de los más importantes juristas de nuestro país.

Como fundamento central para la aplicación de este Royalty a la minería del cobre, el parlamento estableció dos criterios de corte jurídico. El primero de ellos, dice relación con el Estado y su carácter de dueño patrimonial de los recursos minerales y el segundo, el ser los recursos mineros de carácter no renovable, lo que faculta al Estado a exigir una contraprestación como pago por su explotación.

Ya lejos de aquella discusión, en Chile se ha abierto un nuevo debate, ya que se ha planteado la posibilidad de aplicar un Royalty, ahora, a la actividad salmonera bajo los mismos fundamentos expuestos para la actividad minera, debido a una poca feliz redacción del proyecto de ley que ha señalado expresamente que en la aplicación de un eventual royalty a la actividad acuícola del salmón se tengan en cuenta los mismos fundamentos que se esgrimieron para el Royalty a la minería, es decir, el Estado tiene un dominio público de carácter patrimonial sobre los recursos hídricos y por lo tanto tiene el derecho de exigir una contraprestación monetaria por efectuar una actividad que implica una degradación del suelo marino y sus aguas, que la convierte en estado de recurso no renovable. De este modo, el senador Camilo Escalona junto a los diputados socialistas Clemira Pacheco, Fidel Espinoza y Alfonso De Urresti, presentaron el 21 de Marzo del año 2007 un Proyecto de Ley que establece un Impuesto Específico a la producción Acuícola del Salmón.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta que estamos en presencia de dos actividades diametralmente opuestas, en la cual una se basa en la explotación versus la producción, como lo es la actividad acuícola, el objetivo de la presente investigación consiste en determinar si es posible extender los fundamentos jurídicos tenidos en cuenta para la aplicación de un Royalty a la minería, a la actividad acuícola del salmón.

La hipótesis de la investigación, establece que no es posible extender dichos fundamentos ya que, si bien es cierto existe un dominio público sobre las aguas, debemos ser capaces de extender la mirada primitiva que se tiene sobre el medio en el cual se producen los salmones. Este sistema no puede ser otro que el denominado Medio Ambiente, sobre el cual

no existe un dominio público por parte del Estado. Aún así, tampoco es posible extender el concepto de recursos no renovables, toda vez que el agua y salmónes son de calificación contraria, es decir de carácter renovable.

Para afrontar de la mejor manera nuestra investigación, hemos desarrollado nuestro análisis de manera deductiva. En el Primer Capítulo exponemos el tema de los Recursos Naturales de manera general, con los consiguientes derechos que le asisten al Estado y a los particulares, junto con la evolución económica que ellos han tenido. Luego, en el Segundo Capítulo, presentamos un pequeño análisis sobre el Royalty minero, sus fundamentos y debate teórico, así como su evolución histórica para lograr comprender su real naturaleza. Adicionalmente, daremos tribuna a la exposición del primer fundamento jurídico para un eventual Royalty salmonero, que es denominado el Dominio Público. Posteriormente, en nuestro Tercer Capítulo, abordaremos los derechos del Estado sobre las aguas, especialmente como los particulares acceden a ellas y en concreto como es posible generar y comenzar una actividad acuícola en Chile. Para finalizar, en el Cuarto Capítulo, estableceremos lo que son las bases fundamentales para nuestras conclusiones, es decir presentaremos al lector los procesos acuícolas, pasando por su evolución en Chile y los distintos estados en cultivo, para concluir en el análisis del último de los fundamentos tenidos en cuenta para un eventual Royalty a la actividad acuícola, que como hemos señalado es el concepto de recurso no renovable aplicado a esta actividad.

CAPÍTULO I

“Los Poderes del Estado en la explotación de los recursos naturales”

1.1.- Los Recursos Naturales en Chile y el mundo.

Hasta años recientes, los límites de nuestro consumo y nuestro bienestar material, estaban fijados por la disponibilidad de recursos materiales. Los bienes de la naturaleza como tierras cultivables, minerales, agua y clima fueron las barreras al progreso económico para cualquier civilización a falta de conquista y expropiación de otros territorios. Ya en los siglos XIX y XX, la acumulación de capital y el progreso tecnológico se convirtieron en los determinantes más importantes de los aumentos del ingreso *per cápita* en abierta contradicción con lo que sucedía en tiempos más antiguos en donde los descubrimientos de minerales y otros recursos desempeñaron ese papel. Lo anterior explica que, antes de la revolución industrial y agrícola, los gobernantes dispuestos a aumentar su riqueza nacional pusieran sus ojos en territorios vecinos y en sus riquezas naturales.

El poder relativo de los monarcas solía medirse por la cantidad de oro y otros minerales preciosos más la cantidad de tierra bajo su control. Luego, vino la definición más amplia de riqueza introducida por ADAM SMITH que “(...) en el lenguaje común abarca mucho más que los activos de recursos naturales. Constituía toda la dotación de recursos de una nación, incluyendo todas las formas de capital físico y humano”.¹ De este modo, la relación necesaria entre recursos naturales, como un elemento de la riqueza de una nación, y capital físico y humano sumado a variables como la ciencia y la tecnología se desarrollan desde la perspectiva de cómo transformar cantidades existentes de materia, para liberar mayores cantidades de energía y producción.

En dicho orden de cosas, es fácil inferir el importante papel que cumplen los recursos naturales en nuestra historia y, de sobre manera, en la economía nacional. Dicho de otra forma, las naciones debieron “acomodar” siglos de evolución y aprendizaje en materia económica para llevarse una gran sorpresa al comprender que existía un eje común en este desarrollo. Los recursos naturales ya no fueron solo enmarcados como riqueza disponible sino como un elemento de la cadena productiva. Un ejemplo de lo anterior, lo constituye la escasez de recursos naturales y su repercusión en el mercado, ya que éstos constituyen un elemento

¹ DONALD A, NICHOLS Y CLARK W, REYNOLDS; “*Principios de Economía con enfoques Internacionales*”; Nueva Editorial Interamericana, México, 1972, Página 262.

importante en el intercambio de bienes y servicios como uno de los tres factores básicos de la producción (capital, mano de obra y tierra).

Los recursos naturales son similares a cualquier activo. El valor de las ganancias futuras de recursos naturales, constituye valor presente en el mercado. Pero, ¿qué es lo que hace que los recursos naturales difieran de otros activos? La respuesta es el hecho de que son “naturales”, y no producidos por el hombre. El capital físico y humano puede aumentarse, en su oferta, mediante el ahorro y la inversión. Es decir, el valor del capital humano y físico responde al precio. Pero, por definición, los recursos naturales no pueden seguir esta variable ya que su oferta es inelástica.

Luego de este planteamiento inicial desde el prisma de la economía para con los recursos naturales, parece necesario dotar de un contenido o significado a éstos.

En Chile, en virtud de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, por recursos naturales se entienden “los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos”.²

En general, en el ámbito teórico no existe gran controversia al intentar dotar de significado el concepto de recursos naturales. En este contexto, se ha señalado que los recursos naturales son “aquellos que se han originado sin esfuerzo humano”³. MORENO los define y asemeja a “productos básicos o a materias primas y al consecuente uso que el hombre hace de ellos”.⁴

Por otro lado, volvemos a encontrar el plano económico para los recursos naturales, toda vez que hay quienes los han definido desde esta perspectiva. Así, ORRIS ha señalado que los recursos naturales son “(...) una parte del acervo de capital de un país (...) mientras más recursos tenga un país y de mejor calidad, mejor será su situación.”⁵ Por otro lado, GÓMEZ LOBO señala que “(...) la depreciación de los recursos naturales se contabiliza como ingreso disponible, en circunstancias que constituye una pérdida de capital (...)”.⁶

² Artículo 2, letra r), Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de Marzo de 1994, en lo sucesivo LBMA.

³ HUSCH, BERTRÁN Y HORMAZABAL, CÉSAR; “*Nuestro Mundo cambiante, el hombre, los recursos naturales y el medio ambiente*”, Editorial Los Andes, Chile, 1996, Página 44.

⁴ MORENO, RAFAEL en OLTREMARI ARREGUI, JUAN; (Coord.) “*Gestión en Recursos Naturales. Un enfoque Integrado para el Desarrollo*”, página 21.

⁵ ORRIS C, HERFINDAHL, “*Los recursos naturales en el desarrollo económico*”, Editorial Universitaria, Chile, 1970, página 23.

⁶ GÓMEZ LOBO, ANDRÉS y HERNÁNDEZ, HÉCTOR, en OLTREMARI, ARREGUI, JUAN (Coord.) “*Gestión en Recursos Naturales. Un enfoque Integrado para el Desarrollo*”, página 21.

Con todo, la doctrina científica es unánime al constatar que dentro de estos recursos podemos distinguir nítidamente entre recursos renovables y no renovables. Así, los recursos renovables para RIERA son simplemente “aquellos que se regeneran por si mismos, por ejemplo las plantas o los animales dentro de un lapso de tiempo razonable para la escala humana”.⁷ Continúa RIERA señalando que “(...) la característica de renovable no evita que en ocasiones estos recursos se agoten (...) esto dependerá siempre de cómo se gestionen”.⁸ Por lo anterior, una de las preguntas fundamentales que se hace la disciplina económica es cuál es el ritmo óptimo de explotación de estos recursos. Un mal cálculo o una depreciación agresiva podría convertir estos recursos en posición de no renovables como lo son los minerales, entre otros. De este modo, la importancia de la presente tesis recaerá en este punto. La dicotomía entre recursos renovables y no renovables, hoy en día, han puesto el debate en cuanto a su protección, explotación y regalías por su utilización. En otras palabras, la discusión actual en cuanto si es posible, por un mal manejo de los recursos, causar un daño que sea capaz de transformar recursos renovables a un estado de no renovables será vital para el desarrollo de los próximos capítulos ya que, como se advertirá, es éste uno de los fundamentos para la aplicación de una regalía a la actividad acuícola del salmón en Chile.

1.2.- Recursos no renovables.

Se ha señalado que los recursos no renovables “son aquellos que si son usados o consumidos no tienen la habilidad de regenerarse o remplazarse a si mismos, con material de la misma característica”.⁹

GÓMEZ LOBO, hace nuevamente hincapié en el elevado carácter económico de este tipo de recursos. En efecto, expone que “(...) la explotación de un recurso no renovable, disminuye el stock de activos de un país y por ende parte de los retornos de la venta de ese recurso tiene que invertirse en otro tipo de capital para mantener inalterado el stock total”.¹⁰

Para medir hasta que punto se pueden agotar los recursos no renovables, se construyen medidas de escasez. Existen varias posibilidades para elaborar índices de escasez. Siguiendo a RIERA “(...) el cálculo se realiza combinando información sobre las cantidades existentes de los recursos y sobre la evolución de su demanda futura (...) si como cantidades se consideran

⁷ RIERA, PERE; GARCÍA, DOLORES; KRISTRÖM, BENGT Y BRÄNNLUND, RUNAR; “*Manual de Economía Ambiental y de los Recursos Naturales*”; Editorial Thomson Paraninfo, Madrid, 2005, Página 310.

⁸ *Ibid*; Página 310.

⁹ HUSCH, BERTRÁN y HORMAZABAL, CÉSAR; *Op. Cit*; página 48.

¹⁰ GÓMEZ LOBO, ANDRÉS y HERNÁNDEZ, HÉCTOR, *Op. Cit*; página 57.

aquellos recursos perfectamente localizados y cuya explotación sería hoy rentable, y se asume que obtendremos una demanda exponencial, tendremos un resultado”.¹¹

Aunque la utilización de un recurso no renovable va mermando su existencia, antes de que esto ocurra se producen cambios o reacciones que modifican la actuación de los agentes participantes en el mercado del recurso. RIERA, sostiene que “conforme se van extrayendo recursos, los stocks o depósitos de recursos disminuyen y aumentan los costes de su extracción. Estos mayores costes se trasladan parcialmente a los precios, por lo que cabe esperar una reducción en la cantidad de demanda del mismo”.¹²

Debido a lo anterior, las naciones han ido evolucionando en su tratamiento jurídico en cuanto a este tipo de recursos. No es difícil advertir que la explotación indiscriminada de este tipo de elementos trae consigo no solo la escasez sino también su potencial extinción. En este contexto, todos aquellos elementos naturales que sean necesarios de proteger y que por ende tienen un contenido económico más elevado, deben ser administrados por parte del Estado de una manera distinta. En efecto, el Estado chileno ha tomado el carácter de administrador de algunos recursos naturales no renovables. Así, se limita el goce de ellos solo a aquellos que cumplen con ciertos requisitos.

De este modo, se configura lo que en doctrina se ha denominado dominio público del Estado sobre determinados bienes, naciendo de este modo los derechos del Estado.

1.3.- Los derechos del Estado y los particulares.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la discusión en cuanto a los recursos naturales en el marco de las Naciones Unidas, giró en base a cuatro ejes conductores; Soberanía, los términos de intercambio, reparto de beneficios y la institucionalidad de los mercados mundiales.

La soberanía sobre los recursos naturales, pusieron en cuestión las modalidades de acceso. En efecto, la gran mayoría de los países en desarrollo fueron reivindicando para el Estado el ejercicio de dicha soberanía. Ya antes de la segunda mitad del siglo XX, empezaron a formularse políticas públicas que “vincularon el ejercicio de la soberanía a la explotación exclusiva por el Estado, propendiéndose, en algunos países, a la estatización de las explotaciones mientras que en otros se limitó el acceso de las empresas extranjeras, otorgando

¹¹ RIERA, PERE; GARCÍA, DOLORES; KRISTRÖM, BENGT Y BRÄNNLUND, RUNAR; *Op. Cit*; página 280.

¹² *Ibid*; página 281.

preferencia a las empresas nacionales y/o poniendo en marcha modalidades de asociación con el Estado”.¹³

Estos mecanismos, fueron dando origen a la aplicación de imposiciones por el uso mismo de los recursos naturales a través de cánones o regalías fijas o variables según los niveles de producción. En este sentido, las naciones fundamentaron dicho poder de imposición en cuanto ser estos recursos bienes demaniales sobre los cuales recaía lo que denominamos en el acápite anterior dominio público por parte del Estado.

En relación con lo anterior, y en palabras de VERGARA BLANCO, en el intento de tratar de explicar jurídicamente la intervención del Estado, podemos comprobar, a priori, que la intervención administrativa dice relación con el trasvase al ámbito público de ciertas actividades que al parecer son del ámbito privado. De este modo la administración invade el ámbito privado alterando su statu quo por medio de una técnica denominada *publicatio* o publicación.¹⁴

El Código Civil en su artículo 589, señala que los bienes nacionales son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación.¹⁵ Aquellos bienes que su uso no pertenece a los habitantes se llaman bienes del estado o bienes fiscales.

SILVA CIMMA, establece que el hecho de que estos bienes nacionales pertenezcan a la nación toda produce que ellos queden fuera del comercio humano y, por lo tanto, no son susceptibles de apropiación por los particulares de modo alguno. Si bien es cierto el carácter de intransferible no ha sido regulado en forma explícita en nuestro ordenamiento, ésta se desprende de la invariable doctrina administrativa y la jurisprudencia de la Corte Suprema.¹⁶

Una consecuencia de las anteriores características, es que estos bienes no pueden quedar sujetos a ninguna prohibición o gravamen de aquellos que contemple el Derecho Privado como embargos, hipotecas, etcétera. Tampoco pueden ser expropiados de acuerdo a las normas legales del Derecho Público ya que, como consigna SILVA CIMMA, la expropiación significa, a la postre, una transferencia del dominio.¹⁷

¹³ SÁNCHEZ ALBAVERA, FERNANDO; “*Bases Conceptuales para la elaboración de una nueva agenda sobre los recursos naturales*”, Publicación de las Naciones Unidas, CEPAL, Chile, 2005, página 40.

¹⁴ VERGARA BLANCO, ALEJANDRO; *Principios y Sistemas del Derecho Minero. Estudio Histórico y Dogmático*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1992, página 375.

¹⁵ v.gr. Calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, etcétera.

¹⁶ Cfr. SILVA CIMMA, ENRIQUE; “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1995, página 272.

¹⁷ *Ibid*, página 273.

Por último, los bienes nacionales de uso público son imprescriptibles según se desprende del artículo 2498 del Código Civil. En efecto, la citada disposición señala que con la prescripción se gana el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y los bienes nacionales como ya hemos señalado no se encuentran en dicha clasificación.

Todas estas características subsisten mientras estos bienes sean considerados como tales. Desaparece esta calidad por vía de una ley expresa de desafectación.

A pesar de que estos bienes no formen parte del comercio humano, no impide que ellos puedan ser objeto de permisos o concesiones con arreglo a las normas de Derecho Público. Estos permisos y concesiones, están subordinados a que no se menoscabe el destino de estos bienes.

El fundamento de estas instituciones incide en que siendo los bienes nacionales de uso público, por su naturaleza, susceptibles de ser usados por los particulares en general, no existiría razón para que esta ocupación no pudiese transformarse en uso y goce.¹⁸

De este modo, los bienes públicos pueden ocuparse a través de dos formas: los permisos y las concesiones, que conforman los dos principales derechos de los particulares frente a ciertos tipos de recursos que han sido afectados al dominio público.

Una característica esencial de estos permisos y concesiones es su temporalidad. El fundamento de lo anterior tiene que ver con el carácter de dominio público y el posible uso que pertenece a la nación en su conjunto, derecho que se vería gravemente afectado con la entrega de una concesión de carácter perpetuo.

No siendo el objeto de esta investigación entrar en una discusión teórica en cuanto a la naturaleza y concepto de los permisos y concesiones, podemos señalar de manera somera que entre permisos y concesiones no existe una diferencia tajante, sino que más bien son distintas facetas de una misma situación jurídica. Un permiso se asemeja a una concesión en cuanto ambos otorgan el derecho a un particular para ocupar temporalmente un bien público, sin embargo, el segundo otorga derechos que benefician tanto al concesionario como al público en general.

¹⁸ *Ibid*; página 281.

En cuanto a la extinción de estos, el Estado tiene el derecho de caducar o revocar de forma unilateral las facultades concedidas. Unido a esto, también puede extinguirse mediante el transcurso del plazo por el cual fueron concedidos.

En definitiva, los particulares pueden participar del uso y goce de ciertos recursos que, en principio, no están a disposición general. Por lo anterior, recursos no renovables como los minerales en Chile, pueden ser explotados a través de un sistema de concesión minera. De esta forma, Chile ha gozado de una bonanza cuprífera, toda vez que empresas nacionales e internacionales han pujado por el desarrollo y producción a gran escala. Con todo, el precio actual del cobre nos da una luz de alerta en cuanto a la necesidad de crear mejores y eficaces vías de producción, crecimiento y conocimiento tecnológico. Las barreras, ya sean comerciales o jurídicas, en cuanto a estos tres pilares expresados no son buenas para ninguna nación que se jacte de crecimiento económico y buen trato al inversor extranjero. Más allá del cobre, existen otras cadenas productivas que en la actualidad nos hacen mirar el futuro con optimismo. El sector forestal, pesquero y acuícola no pueden quedar ajenos al enfoque anterior. La experiencia nos ha demostrado que las variables en la producción o explotación de un recurso son cada vez más sensibles. Por lo anterior, es de gran importancia proteger dichas actividades y potenciarlas. Los límites y encauces estarán otorgados por las propias normas jurídicas que deben estar impregnadas de un sentido más expedito en cuanto a obtener los mayores réditos económicos y comerciales.

Finalmente, para concluir este capítulo, es necesario señalar que la imposición de cánones o regalías en favor del estado no son la forma de protección de dichos recursos. El hecho de ser recursos no renovables es sólo el nombre que se ha dado para una clasificación determinada. Recordemos que una depreciación agresiva de recursos puede incluso acabar con recursos renovables, por lo que parece sensato guiar la discusión en este tema a otras justificaciones de carácter jurídico y económico. Sumado a lo anterior, pensemos en la gran cantidad de recursos no renovables que encontramos en actual explotación o utilización en cadenas productivas de difícil apreciación. Dicho de otra forma, el pago de regalías no puede ser una práctica generalizada.

Los recursos naturales son importantes para la economía y el medio ambiente y deben ser protegidos. Sin embargo, esta protección del Estado debe responder a la creación de normas de carácter ambiental junto con mayor y mejores canales de fiscalización, sumado a la imposición de las responsabilidades pertinentes. Sólo de este modo, Chile seguirá siendo por largos años más un país generador de inversiones en el ámbito de la explotación de recursos naturales y no uno generador de desconfianzas o especulaciones.

CAPÍTULO II

“Royalty a la minería en Chile”

2.1.- Royalty, concepto y evolución histórica.

Como es sabido, desde el mes de Junio del año 2005, mediante ley número 20.026 Chile goza de un Royalty minero. El texto, en resumen, establece el pago de una contraprestación monetaria para las empresas mineras que tengan ventas anuales superiores a 12 mil toneladas métricas de cobre fino, que se cobrará en forma escalonada y que tomará como base la renta imponible operacional del explotador minero.

La imposición de un Royalty no es un tema nuevo en países de tradición minera. En todos ellos el debate ha girado en torno a su naturaleza y a la conveniencia económica en su creación, toda vez que la gran mayoría estima que su imposición se condice con el pago de un impuesto.

En Chile, los argumentos a favor del cobro decían que, desde sus inicios en el medioevo, el royalty siempre ha sido considerado un derecho por parte de quien lo cobra y no un tributo o impuesto a la actividad minera. El concepto de que es un derecho, estaría además respaldado por la naturaleza no renovable del recurso minero y que el Estado, al ser el dueño exclusivo de todas las reservas de minerales, debe cobrar por la explotación de sus recursos naturales. A esto hay que sumar que, según los impulsores de la idea, la política tributaria chilena era excesivamente complaciente con las empresas mineras extranjeras, quienes utilizaban recursos legales para pagar pocos o nulos impuestos por su actividad.

Por el contrario, quienes se oponían, argumentaban que son justamente las facilidades tributarias las que habían atraído a una gran cantidad de inversionistas extranjeros, y que un cobro adicional, considerado un impuesto, alejaría los capitales de estos inversores, lo que redundaría en un daño para la economía chilena. Además, negaron que las empresas mineras privadas evadan el pago de impuestos. Pero quizás la mayor razón para negarse a la aprobación de un royalty fue que se consideraba inconstitucional, al ser un tributo creado específicamente para gravar al sector minero, lo que se veía como discriminatorio.

Sin embargo, más allá del debate inicial, es innegable su fundamento histórico. Su presencia, hoy en día, es el restablecimiento de una singular forma de protección y pago por la

explotación de las riquezas de una nación. Es lo que en la época moderna se conoce como teoría de la reductividad marginal en competencia.

El término *royalty* es una palabra de origen inglés cuya traducción literal significa “regalía”. Los textos castellanos, si bien nos dan un significado, nos remontan inexorablemente a su origen.

Siguiendo al Diccionario de la Real Academia Española, el vocablo *regalía* consiste en una “Preeminencia, prerrogativa o excepción particular y privativa que en virtud de suprema potestad ejerce un soberano en su reino o Estado; p. Ej., el batir moneda. (...) 5. Econ. Participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo. (...)”¹⁹.

La palabra *regalía* proviene del latín *regalis* y ha tenido diferentes acepciones. En la Edad Media se le consideró como un derecho económico sobre determinados bienes privativos de la corona. Luego, al extenderse el régimen feudal se concedió a los señores su percepción y el aprovechamiento de las rentas que provenían de él. Siguiendo la tradición *romano visigoda*, el derecho castellano especificaba todos aquellos bienes que pertenecían al patrimonio real y se les denominaba *regalía*. Entre ellas encontrábamos las tierras yermas y sin dueño, las aguas, montes, prados y bosques. Estos bienes, fueron entregados a los municipios con el carácter de bienes comunales pero con la obligación de pagar tributo por su utilización. Posteriormente, en la Baja Edad Media, las *regalías* aumentaron como manifestación del poder real en relación con los derechos señoriales. De este modo, se estimaron como *regalías* ciertas atribuciones privativas del soberano en materias de gobierno como por ejemplo la acuñación de moneda, administración de justicia, etcétera.

Ya en los estados *hispanocristianos* de la Edad Media, nace el sistema del *Quinto real*. Tanto la propiedad como la explotación de las minas se reservaron a la corona, quien percibía dos tercios de la producción. Una vez descubierta América, y a modo de estimular la producción, la corona redujo sus derechos a la mitad de la producción, pronto a un tercio y finalmente, como consecuencia de las dificultades que ofrecía la explotación, concedía la explotación de las minas a cambio del pago de un derecho que consistía en un quinto de la producción durante diez años que en ocasiones se redujo a un noveno o incluso a un veinteavo de la producción.

¹⁹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española; Vigésima Segunda Edición, Tomo 8, 2001, página 1308.

Como señalamos anteriormente, y pese al eminente corte histórico del royalty y su innegable nacimiento como un derecho de carácter real, hay quienes afirman, que su naturaleza ha evolucionado hasta equipararla hoy con lo que entendemos por un impuesto que cobra el Estado frente a una determinada actividad económica. OSSA BULNES, en su momento, se explayó en el sentido que un royalty es un impuesto de carácter “ciego”. Al respecto establece que “Hay diversos tipos de royalties. El más extendido es aquel que consiste en un gravamen que afecta porcentualmente el valor bruto, real o presunto, de los minerales extraídos. Se trata, pues, de un impuesto ad valorem que se impone sobre la producción y no sobre las utilidades. Es por ello un impuesto “ciego” que no toma en cuenta los márgenes entre costos y precios posibles de obtener en el mercado. La idea del royalty es tentadora para cualquier gobierno, porque –en teoría, al menos– no es discrecional, su aplicación no debería ser excesivamente compleja y genera recursos para el fisco incluso cuando las empresas no obtienen utilidades”²⁰. Frente al carácter histórico del royalty y su naturaleza de derecho, OSSA BULNES es enfático al señalar que este sistema nació en tiempos en que los sistemas tributarios eran rudimentarios y cuando para los gobiernos de la época era imprescindible conseguir ingresos. En este sentido, la modernización de los sistemas tributarios con la aplicación del impuesto a la renta dejó al royalty sin fundamento práctico. Con lo anterior, OSSA BULNES desestima la naturaleza de un derecho al royalty estimando que este se acerca a un tributo establecido por el Estado chileno a la explotación mineral del cobre. Siguió esta posición en su momento AXEL BUCHHEISTER, abogado y asesor legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo y HERNÁN HOCHSCHILD, Presidente de SONAMI.

Como es posible apreciar, el vocablo royalty encierra en sí mismo un rico contenido en cuanto a su naturaleza, historia y significado. Con todo, y recordando que no es el objetivo de la presente investigación dilucidar en cuanto a su origen y real naturaleza, nos parece adecuado señalar que creemos existen fundamentos contundentes en cuanto a sostener que el royalty a la minería en Chile responde a la constatación y cobro de un derecho por parte del Estado chileno. En primer lugar, es imposible soslayar el carácter histórico del vocablo. Su presencia, no sólo es perceptible en Europa sino que también en América como pago o contraprestación a la corona, puesto que estos recursos eran bienes reales. Ya en nuestros días, el hecho de ser los minerales recursos no renovables, nos acerca aún más a nuestra postura en cuanto los Estados dueños de estas riquezas tienen el derecho de recibir un pago por la explotación de recursos por los cuales no obtendrán beneficios económicos directos y que ciertamente tiene un tiempo y vida útil limitado. De este modo, nos adherimos a las palabras expuestas por el ex Ministro de Hacienda don NICOLÁS EYZAGUIRRE en la sesión de discusión y votación del proyecto de ley que establecía la imposición del royalty. En efecto, EYZAGUIRRE GUZMÁN planteó que el motivo por el cual la explotación de un recurso no

²⁰ OSSA BULNES, JUAN LUIS; en “*Boletín Minero*”; Número 1170, Junio, Chile, 2003, Artículo 11.

renovable debe ser pagada es tan antiguo como la teoría económica y que corresponde más bien a la tradición neoclásica el establecer que el recurso escaso, particularmente la tierra y los recursos no renovables, tienen derecho a una remuneración. La teoría económica enseña que cuando un recurso tiene un valor económico positivo, como sin duda alguna es el caso del recurso no renovable minero, y el propietario no cobra por él, como ocurría en nuestro país, se está ante lo que se llama “subsidiar una actividad”. Sería lo mismo que cobrar un valor económico por ese recurso y después devolverlo mediante un subsidio. La teoría económica establece que hay razones que justifican el subsidio a una actividad, pero que éste sólo tiene mérito cuando la actividad posee una externalidad positiva que no es captada directamente por quien la desarrolla.²¹ De esta manera, la discusión debe decantar en el sentido obvio de su naturaleza, es decir, el Royalty es siempre un derecho. La forma en como se cobre o configure, será tema de la técnica legislativa utilizada. En el caso chileno, este derecho, fue estructurado como un impuesto, pero de ninguna manera afectara la naturaleza del Royalty.

Además, hay quienes siguiendo esta línea han apostado por manifestar que el royalty es un precio siguiendo la teoría de la renta económica de los recursos naturales. Esta teoría, establece la existencia de un valor intrínseco para los recursos y, por lo tanto, su utilización genera una renta que debe ser percibida por el dueño del recurso. La utilización de los minerales produce una renta económica no percibida por el Estado. Bajo este prisma puramente económico, el royalty es concebido como el precio que se cobra para recibir las rentas que produce la minería. Sin embargo, la captura de la rentas de los minerales, por parte del Estado, es un proceso extremadamente difícil ya que no es posible valorar la renta del mineral de manera certera antes que el recurso sea extraído. Si fuese posible hacer eso, el Estado tendría que valorar los yacimientos y luego venderlos a un precio que corresponda al potencial geológico de la mina. Como esto no es posible, se han buscado otros mecanismos, dentro de los cuales el royalty es el más aceptado. Finalmente, la confusión nace al mezclar la metodología del cobro con su carácter, como ciertamente lo hemos expuesto anteriormente. Esto se debe a las formas propuestas para cobrar el royalty, que tienen una estructura similar a la de cualquier impuesto vale decir, porcentajes sobre la extracción, sobre los beneficios contables o sobre las utilidades.

En segundo lugar, creemos que el royalty no tiene el carácter de tributo. En este sentido, hacemos eco de las palabras expuestas por los autores VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA y NAUDÓN DEL RIO, en el sentido de manifestar que “(...) las regalías y los impuestos son figuras diversas, pues las primeras son compensaciones que se cancelan por la explotación de los recursos no renovables de propiedad de la nación (...) los impuestos son

²¹ *Cfr.*; EYZAGUIRRE GUZMÁN, NICOLÁS; en intervención ante el Congreso Nacional de Chile, Discusión y votación del proyecto del ley que crea un Royalty minero; Sesión 19ª, Miércoles 21 de Julio del 2004.

cargas económicas que se imponen a los particulares con el fin de financiar los gastos generales del Estado, por lo cual estas obligaciones surgen del poder impositivo del mismo”.²² Continúan señalando que, si bien es cierto las *regalías* son ingresos públicos, éstas no tienen una naturaleza jurídica de tributo ya que no son imposiciones del Estado sino compensaciones por la explotación de un recurso no renovable.²³

Finalmente, y a modo de enriquecer el debate, VALDERRAMA HOYL, manifiesta que algunos autores han señalado que quien paga un royalty adquiere un derecho real. De este modo, se refieren al derecho de usufructo que se encuentra definido en nuestro Código Civil, Libro Segundo, Título IX artículo 764 como “(...) un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible” agregando que los yacimientos minerales son no renovables o bienes no fungibles.

De este modo, es naturalmente claro que al intentar dotar de un contenido o significado al vocablo royalty nos encontramos ante las dificultades propias de una palabra ambigua. Así, nos ha parecido pertinente plasmar de manera somera en las líneas anteriores los distintos puntos de vista y enfoques que se han dado en cuanto a su significado y real alcance o naturaleza. Además, se ha dejado claro que sin ser el objetivo de esta presente investigación determinar el verdadero sentido y alcance de este vocablo, nos parece claro que el royalty es la constatación de un derecho del Estado en cuanto al cobro por la explotación de un recurso no renovable y de manera alguna la imposición de un tributo.

2.2.- Fundamentos Jurídicos del Royalty.

Como expusimos en el acápite anterior de este capítulo, los fundamentos tenidos en cuenta por nuestro representante legislativo para la imposición de un royalty a las empresas mineras, fueron principalmente la débil política tributaria chilena para con estas empresas mineras extranjeras que traía como consecuencia que a través de recursos legales éstas pagaran pocos o casi nulos impuestos.

²² VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO y NAUDÓN DEL RIO, ALBERTO; “*Análisis Constitucional del Proyecto Ley que establece una Regalía Minera Ad-valorem y crea un Fondo de Innovación para la Competitividad*”; Informe en Derecho, Santiago, 2004, Página 71-72.

²³ Cfr; *Ibid*; página 72.

Además, el poder legislativo se apoyó en dos ejes centrales que dieron aún mayor fuerza y contenido a la creación de este royalty minero. Estos dos pilares, fueron de carácter jurídico y son:

- a) el dominio público de los recursos minerales en Chile.
- b) el derecho del Estado de cobrar por la explotación de un recurso no renovable.

Si bien es cierto, estas dos figuras pueden ser tratadas como dos elementos inconexos, nos parece que dicha apreciación es errada, ya que para efectos del estudio y comprensión de dicho royalty es necesario señalar que ambos elementos son, en lenguaje coloquial, caras de una misma moneda.

En efecto, como esbozamos en líneas anteriores, desde una perspectiva histórica el royalty nace como un derecho de la corona, fruto de ser estos recursos de alto valor económico, limitados, de difícil explotación y de carácter no renovables. Estas últimas características, justifican entonces que las monarquías, y luego los Estados, incluyeran en su patrimonio este tipo de recursos, tan preciados y de alto valor comercial, lo que se conoció en la teoría moderna como publicación o intervención administrativa. De este modo, el derecho de cobrar una contraprestación monetaria por la explotación mineral, no proviene directamente de ser estos bienes de dominio público, sino más bien, se da un efecto en sentido contrario en el cual el derecho nace por la evidente necesidad de cobrar por un mineral que a priori no es posible de calcular en su renta bruta, es limitado o escaso y no renovable. Así, es razonable que el Estado no sólo cobre un derecho sino también saque estos bienes del comercio libre y humano y disponga de (ellos) estos bienes como un propietario y administrador haciendo de estos recursos, bienes de dominio público.

Como lo hemos anticipado, Chile goza de un dominio público en cuanto a los recursos minerales. Sin embargo, y a pesar de la fuerza con que nuestra Carta Fundamental se expresa, lo cierto es que se ha discutido, incluso, el carácter de este dominio mineral. Por ejemplo, LIRA OVALLE ha señalado que este dominio es de carácter especial²⁴ y OSSA BULNES de corte *sui generis*²⁵, llegando, incluso, a poner en duda el dominio estatal sobre las riquezas mineras.

Empero, y sin desconocer la importancia de estas dos opiniones, debemos señalar, en la búsqueda del real carácter de este dominio, que desde el punto de vista de la historia fidedigna de la ley se presentaron, en un primer momento, dos posturas en cuanto al dominio estatal sobre las minas. Una primera de ellas, que fue promovida por la Comisión de Estudios

²⁴ LIRA OVALLE, SAMUEL; “Curso de Derecho de Minería”; Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Chile, 1998, página 45 y ss.

²⁵ OSSA BULNES, JUAN LUIS; “Derecho de Minería”; Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Chile, 1992, página 32.

de la Nueva Constitución²⁶ y planteaba la tesis de un dominio *eminente* por parte del Estado y sus recursos minerales. El dominio eminente, consiste en una potestad del Estado. Es decir, no existe aquí un dominio patrimonial sino una suerte de administración de estos bienes en los cuales el Estado sólo ejerce un de carácter de fiscalizador en cuanto a determinar si se cumplen o no los requisitos legales para la vigencia de la concesión.

Luego, una segunda postura promovida por la Junta de Gobierno, se matizó la propuesta entregada por la CENC de manera sustancial. En efecto, se planteó de manera definitiva, el establecimiento de un dominio absoluto por parte del Estado de los recursos minerales, apegándose de este modo a la tesis de dominio absoluto de las minas por parte del Estado, siguiendo razones de interés y seguridad nacional. Esta tesis fue plasmada en la Constitución de la República de Chile en su artículo 19 número 24 en su inciso sexto al señalar: "El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...)". De esta forma, podemos concluir entonces, que el Estado detenta de un dominio regalista o patrimonial con todas las facultades propias de un dueño, pudiendo por consiguiente desprenderse de algunos de sus atributos como el de apropiarse de dichos bienes una vez que lo extraigan del yacimiento en las formas y bajo las condiciones que establezca la ley.

Además, creemos que es necesario señalar que la fuerza con que el constituyente se expresó en cuanto al dominio de estos recursos minerales, nos lleva inequívocamente a concluir que, si bien es cierto la Constitución distingue entre sustancias concesibles y no concesibles, esta diferencia no es fruto de la intención de configurar un dominio absoluto y pleno para las sustancias no concesibles y otro de carácter imperfecto o incompleto sobre sustancias concesibles como lo son, por cierto, los recursos minerales cupríferos. Dicha aseveración, es inaceptable desde la actual perspectiva constitucional. Así lo establecen los autores VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA y NAUDÓN DEL RIO, en cuanto sostienen que esta afirmación no resultaría admisible por incidir ésta sobre bienes del Estado. Las normas que así lo establecen, deben ser interpretadas de manera restrictiva y con la debida sujeción a las demás disposiciones de la Carta Fundamental. En efecto, el artículo 19 número 23 de la Constitución señala que la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes no alcanza a aquellos que la propia Constitución señala tienen dueño, como es el caso de las minas.²⁷

²⁶ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política creada por Decreto Supremo N° 1064, de 25 de Octubre de 1973, del Ministerio de Justicia, la cual contribuyó a elaborar las Actas Constitucionales que fueron dictadas el año 1976 con carácter provisional. En lo sucesivo, CENC.

²⁷ Cfr; VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO y NAUDÓN DEL RIO, ALBERTO; "Análisis Constitucional del Proyecto Ley que establece una Regalía Minera Ad-valorem y crea un Fondo de Innovación para la Competitividad"; Informe en Derecho, Santiago, 2004, página 35.

Finalmente, y siguiendo a OSSA BULNES, la propiedad minera estatal, como lo establece de manera expresa nuestra Carta Fundamental, tiene los caracteres de: a) Absoluta, en cuanto se trata de un dominio independiente y que no está sujeto a limitaciones o gravámenes; b) Exclusiva, porque excluye a cualquier otro titular; c) Inalienable, ya que no es susceptible de enajenación, y d) Imprescriptible, por cuanto ni siquiera por el goce o posesión inmemorial podría privarse de él al Estado por la vía de la prescripción adquisitiva. Todas estas características señaladas por la misma Carta Fundamental.

Continuando con este análisis, y a modo de enfrentar de mejor manera el objetivo principal de esta investigación, es necesario establecer, de manera somera, la evolución histórica y el estado actual de la doctrina del dominio público en Europa y nuestro país.

En la doctrina moderna, más que conceptos sobre Dominio Público, existen varias doctrinas. La primera de ellas la estableció VÍCTOR PROUDHON que, siguiendo a GONZÁLEZ GARCÍA, afirmó que existe una radical diferencia entre el dominio público y el derecho privado del Estado. Existen, prosigue, bienes que por su naturaleza propia e intrínseca producen la indisponibilidad para el Estado por sobre otros bienes sobre los cuales éste si tiene un derecho de propiedad.²⁸ Como consecuencia, dicho poder es de mera vigilancia o de policía. Existe un dominio público sólo donde exista un poder especialmente encargado de dirigir y administrar las cosas que han sido, por las leyes, afectadas al uso de todos y sobre los cuales no cabe propiedad de ninguno.²⁹

Posteriormente, MAURICE HAURIUO reacciona contra esta escuela liderada por PROUDHON. Señala que el dominio público constituye el objeto de una propiedad administrativa e inequívoca.³⁰ De este modo, HAURIUO, construye una concepción en que niega que la relación de los bienes que constituyen el dominio público con el Estado provenga de una relación de soberanía ya que este concepto sólo sirve para lo relativo a las relaciones internacionales. Finalmente, establece una relación de propiedad sobre estos bienes y el Estado en donde la propiedad ya no debe ser entendida como el concepto de dominio burgués del Código Napoleónico. La propiedad es multiforme, y al fin y al cabo “la diferencia no es de naturaleza sino de contenido”.³¹

²⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO; *“La titularidad de los bienes del Dominio Público”*; Marcial Pons, Madrid, 1998, página 37.

²⁹ *Ibid*; página 39.

³⁰ *Ibid*; página 39-40.

³¹ MORENO OCAÑA, LUIS; *“Apuntes de Derecho Administrativo”*; Universidad Complutense, Madrid, 1989, página 13; citado por MONTT OYARZÚN, SANTIAGO; *“El Dominio Público, Estudio de su Régimen especial de Protección y Utilización”*; Editorial Jurídica Conosur; Chile, 2002, página 112.

Sin embargo, el mayor aporte de HAURIU es, en definitiva, el de construir una relación demanial en la afectación de la cosa a un fin o utilidad pública, ya sea de uso o servicio público.³²

Pese a lo contundente que pueden sonar las palabras de HAURIU, VILLAR PALASÍ también reaccionó frente a esta postura creando la denominada teoría funcionalista del dominio público.

PALASÍ, se fundamenta en dos ejes. El primero, consiste en desprenderse del concepto de cosa en que generalmente es entendido en el Derecho Civil. El segundo, remplazar el concepto de dominio público por el de potestad.³³ A partir de estas dos premisas, PALASÍ sostiene que el objeto del dominio público es “sacarlo de los derechos subjetivos de los particulares para sustraerlo a las potestades de la administración”³⁴.

Siguiendo estas ideas, edifica un concepto enmarcado, ahora, en las riveras del Derecho Público. Es así como crea su teoría de dominio público entendiéndolo como un título causal de *intervención*. Este título permite a la administración estar en posición de regular y controlar la conducta de los usuarios sobre estos bienes.³⁵

Con todo, en la actualidad resalta la figura del autor español PAREJO ALFONSO quien arranca su teoría desde la óptica de la cosa pública. Ésta, consiste en una relación jurídica que nace para la administración desde el momento en que esta se auto vincula por un acto propio a la creación y mantenimiento de una determinada prestación. Para este mantenimiento, requiere un soporte físico, una cosa o medio con relación al fin público determinado. En virtud de la especial conexión de éstos con el fin público, quedan sustraídos del orden jurídico privado que los regula.³⁶ De este modo, para PAREJO ALFONSO, “el dominio público tiene como elemento característico el deber de mantenimiento de las mismas a cargo de la Administración correspondiente”.³⁷

Ya en Chile, el tema del dominio público no ha dejado de ser controvertido. En general la doctrina ha divagado en la determinación de qué bienes conforman el dominio público y cuáles son las características esenciales de este dominio.

³² *Ibid*; página 113.

³³ *Cfr*; MONTT OYARZÚN, SANTIAGO; “*El Dominio Público, Estudio de su Régimen especial de Protección y Utilización*”; Editorial Jurídica Conosur; Chile, 2002, página 117.

³⁴ *Cfr*; PAREJO GAMIR, ROBERTO y RODRIGUEZ OLIVER, JOSÉ MARÍA; “*Lecciones de Dominio Público*”; Ediciones ICAI, Madrid, 1975, página 9; citado por MONTT OYARZÚN, SANTIAGO; *Op. Cit.* Página 117.

³⁵ *Cfr*; MONTT OYARZÚN, SANTIAGO; *Op. Cit.* Página 118.

³⁶ PAREJO ALFONSO, LUCIANO; “Dominio Público: Un ensayo de reconstrucción de su teoría general” en “*Revista de Administración Pública*” 100-102, Madrid, 1983, página 2409; citado por MONTT OYARZÚN, SANTIAGO; *Op. Cit.* Página 123.

³⁷ *Ibid*; página 123.

En primer lugar, para la doctrina civilista, el tema del dominio público se decanta en determinar que bienes lo conforman. CLARO SOLAR, señala que los bienes cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales. Es decir, todos los bienes que no hayan sido afectados al dominio público del Estado, forman parte del dominio privado de éste.³⁸ Es decir, se ha estimado que los bienes afectos al uso público son de dominio público y que los bienes afectos a los servicios públicos son bienes patrimoniales del Estado. Siguen esta opinión concordante los autores ALESSANDRI y SOMARRIVA.³⁹

En el ámbito del Derecho Administrativo, la posición es prácticamente la misma. Adhieren a esta posición los autores VARAS CONTRERAS⁴⁰, MERINO⁴¹, JARA CRISTI⁴², SILVA CIMMA⁴³ y, como consigna MONTT OYARZÚN, obras menores de NARANJO MUÑOZ, ÁLVAREZ BARROS, ARMAS CRUZ y GARRIDO.⁴⁴

Sin embargo, otra corriente de autores ha propuesto una nueva concepción al respecto. En efecto, AYLWIN AZOCAR se aparta de esta concepción señalando que los bienes afectos a un servicio público son de dominio público mientras ellos no sean desafectados al uso público por ley o decreto.⁴⁵ Siguen esta doctrina, REYES RIVEROS⁴⁶ además de MONTT OYARZÚN.⁴⁷

Por otro lado, y como ya lo hemos anticipado, el segundo de los Fundamentos jurídicos esgrimidos por el Poder Legislativo en cuanto a la creación y aplicación de un royalty a las empresas mineras en Chile, ha sido el carácter de recurso no renovable que tienen innegablemente dichos bienes minerales. Sin tener la intención de extendernos en este punto, debemos señalar que esta situación no es fruto de un deseo antojadizo de nuestros representantes. En efecto, y como ya lo hemos señalado, la explotación de un recurso tan preciado y eje fundamental de nuestras arcas públicas como lo son los minerales en Chile no debe dejar indiferente a nadie, toda vez que estos bienes gozan de un alto valor e impacto económico que, como veíamos en nuestro primer capítulo, proviene justamente del hecho de

³⁸ CLARO SOLAR, LUIS; *“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”*; Tomo VI, Editora Nacional Gabriela Mistral, Chile, 1979, páginas 170 y ss.

³⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL; *“Curso de Derecho Civil. De los Bienes.”*; Editorial Nacimiento, Chile, 1957, Tomo II, página 137.

⁴⁰ VARAS CONTRERAS, GUILLERMO; *“Derecho Administrativo”*; Editorial Nacimiento, Chile, 1948, página 183.

⁴¹ MERINO, ERNESTO; *“Derecho Administrativo”*; Imprenta Universitaria, Chile, 1936, página 262.

⁴² JARA CRISTI, MANUEL; *“Derecho Administrativo”*; Impresores N. Avaria e Hijo Ltda., Chile, 1943, página 177.

⁴³ SILVA CIMMA, ENRIQUE; *“Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos contratos y bienes.”*; Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1995, página 273.

⁴⁴ MONTT OYARZÚN, SANTIAGO; *“El Dominio Público, Estudio de su Régimen especial de Protección y Utilización”*; Editorial Jurídica Conosur; Chile, 2002, página 244.

⁴⁵ AYLWIN AZOCAR, PATRICIO; *“Derecho Administrativo”*; Tomo I, Editorial Universitaria, Chile, 1960-1961, páginas 110-111.

⁴⁶ REYES RIVEROS, JORGE; *“Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público”*; Editorial Jurídica, Chile, 1960, página 25.

⁴⁷ MONTT OYARZÚN, SANTIAGO; *Op. Cit.* Páginas 255- 261.

ser estos recursos naturales, es decir, creados sin intervención humana. Si a esto, le agregamos la característica de ser no renovable su valor económico es razonablemente mayor.

Sin embargo, y dejando de lado políticas de Estado como medios de protección y mecanismos de reivindicación soberana, creemos que en Chile el debate en cuanto la aplicación de un Royalty a este tipo de recursos minerales, tiene su origen desde el punto de vista netamente legal y específicamente de la concesión minera ya constituida, indistintamente si esta ha sido otorgada para su explotación o exploración, como ciertamente lo advierte FUENTEALBA MOENA.⁴⁸

FUENTEALBA MOENA, realiza una interesante concatenación de disposiciones legales que reflejan el verdadero contenido del debate en cuanto a la explotación de recursos no renovables. En efecto, el artículo 3° de la Ley de Concesiones Mineras⁴⁹ establece que “Las facultades conferidas por las concesiones mineras se ejercen sobre el objeto constituido por las sustancias minerales concesibles que existen en la extensión territorial que determine el Código de Minería (...)”. Luego, y ratificando el precepto constitucional, la misma ley dispone en su artículo 6° que “El titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía del número 24° del artículo 19 de la Constitución Política.” Posteriormente, al igual que los artículos 10 y 11 de la LCM, el Código de Minería⁵⁰ en su artículo 116 establece que el concesionario tiene derecho exclusivo de hacer suyo todas las sustancias minerales que extraiga dentro de los límites de su pertenencia. Su inciso tercero, agrega que se entiende extraída la sustancia mineral desde su separación del depósito natural del que formaban parte o desde su aprehensión.

Pues bien, siguiendo esta relación lógica de artículos, FUENTEALBA MOENA destaca que la pugna por estos recursos minerales no renovables nace sin duda por su especial característica y, principalmente, porque la transferencia de dominio de las sustancias minerales es absolutamente gratuita, es decir, el Estado chileno no percibía ningún tipo de beneficio económico. De esta manera, el royalty vendría a generar una legítima compensación por el valor de los minerales transferidos. El pago de patentes o impuestos a la renta no son excusas en desmedro del royalty ya que, por una parte, las patentes son una de las condiciones que ha impuesto el Estado administrador por el otorgamiento de una concesión y, por otro lado, los impuestos a la renta son de pago general por lo que las empresas mineras no deberían omitir su pago. Además, advierte que estas empresas explotan una materia prima que

⁴⁸FUENTEALBA MOENA, RENÁN; “*Royalty: Perfectamente Constitucional y necesario*” en www.asuntospublicos.org; Sección Economía, Informe número 409, Chile, Julio, 2004.

⁴⁹ Ley Número 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, publicada en el Diario Oficial con fecha 21 de Enero del año 1982, en adelante LCM.

⁵⁰ Ley Número 18.248, Código de Minería, publicada por el Diario Oficial con fecha 14 de Octubre del año 1983.

el Estado aporta gratuitamente al patrimonio de éstas, lo que es, a los ojos del citado autor, inaceptable.⁵¹

Finalmente, si agregamos el especial carácter y valor económico de estos recursos, sumado al dominio público sobre estos recursos, que señalamos con anterioridad, el pago por la explotación de estos bienes minerales, pareció ser una forma de compensación justa y necesaria para nuestro legislador de la época, fundamentando de esta manera una de las reformas más bulladas y discutidas de los últimos tiempos, nació así el Royalty minero.

2.3.- Aplicación Jurídica del Royalty en Chile.

Siguiendo en este acápite las palabras del autor MORALES CARRASCO, en el segundo proyecto inicial de Royalty,⁵² que se presentó el 14 de Diciembre del año 2004, se propuso modificar la Ley sobre Impuesto a la Renta⁵³ y el Estatuto de Inversión Extranjera.⁵⁴ Además, introducir un nuevo artículo 34 ter a la Ley sobre Impuesto a la Renta que habría establecido un impuesto del 5% sobre el ingreso operacional de la actividad minera. Además, se permitirían algunas deducciones generales a fin de determinar la base imponible, excluyéndose también la deducción de ciertos gastos en forma expresa como intereses, pérdidas, y gastos de depreciación acelerada.⁵⁵ Quedaban exentos de este impuesto los empresario mineros cuyas ventas anuales fueran inferiores a 8000 Unidades Tributarias Mensuales y aquellas cuya relación entre la renta imponible operacional y los ingresos totales obtenidos de la venta de productos mineros fuera inferior a un 8%.

Finalmente, en la discusión parlamentaria, se introdujeron modificaciones a la Ley sobre Impuesto a la Renta, Estatuto de la Inversión extranjera y se estableció un régimen transitorio.

En cuanto a la LIR, la ley 20.026 introdujo un nuevo Título IV bis. El artículo 64 bis es el núcleo del nuevo impuesto que grava el ingreso operacional de las actividades mineras

⁵¹ *Cfr.*; FUENTEALBA MOENA, RENÁN; *Op. Cit.*; página 4.

⁵² Debemos recordar y hacer presente que la Ley 20.026 es fruto de un segundo Proyecto de Ley presentado ante el Congreso. El primero, presentado en Julio de 2004 por el Presidente de la República, contemplaba la modificación de la Ley 18.097 introduciendo un royalty del 3% que afectaría las ventas anuales de minerales metálicos y un royalty de un 1% que afectaría la venta de minerales no metálicos. Los pequeños productores estarían exentos. Este proyecto, fue finalmente rechazado por el Congreso el 10 de Agosto de 2004, a pesar de la insistencia presidencial.

⁵³ Decreto Ley Número 824; sobre Impuesto a la Renta; publicada en el Diario Oficial con fecha 31 de Diciembre del año 1974; en adelante LIR.

⁵⁴ Decreto Ley Número 600 del año 1974; Texto Refundido Coordinado y Sistematizado por DFL 523; publicado en el Diario Oficial con fecha 3 de Septiembre del año 1993.

⁵⁵ *Cfr.*; MORALES CARRASCO, OMAR; “Sobre el Impuesto a la Minería (Royalty Minero)” en “*Revista de Derecho Universidad de Concepción*”; Volumen 72; N° 215-216; Chile; 2004, página 73-82.

de un explotador minero. Así, los contribuyentes son gravados sobre la base de las ventas anuales calculadas sobre el valor de toneladas métricas de cobre fino.

La tasa varía de 0 a 5 %. De este modo, los contribuyentes que excedan las 50.000 toneladas métricas de cobre fino están afectos a una tasa de 5%. Por otro lado, aquellos contribuyentes con ventas anuales sean equivalentes entre 12.000 y 50.000 toneladas están afectos a una escala que se calcula sobre la base del promedio por tonelada. Aquellos contribuyentes que tengan ventas inferiores en valor a 12.000 toneladas métricas de cobre fino quedan exentos del impuesto.

A objeto del establecimiento de la renta neta operacional, la ley permite ciertas deducciones, mientras que otras están completamente prohibidas. Además, este impuesto es deducible como gasto para efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto de Primera Categoría.

Finalmente, los contribuyentes de este impuesto están obligados a entregar pagos provisionales mensuales.

En relación al Estatuto de Inversión Extranjera, la Ley 20.026 expresa la posibilidad a inversionistas extranjeros de concluir contratos con el Gobierno con el objeto de asegurar las condiciones para sus inversiones. Uno de los aspectos más relevantes para estos contratos es la posibilidad que estos inversionistas tienen de obtener un régimen de invariabilidad tributaria por un plazo de 10 años con una tasa de Impuesto a la Renta del 42%.

Por otro lado, el nuevo impuesto no se considerará para fines de determinar la carga tributaria total que deban soportar los inversionistas extranjeros. Además, las inversiones por un monto superior a US\$ 50.000.000 en el sector minero pueden obtener condiciones por un plazo de 15 años como mantener el régimen de invariabilidad tributaria del Impuesto a la Minería, prohibición de establecer nuevos impuestos que afecten la renta proveniente de actividades mineras o cargos de las patentes mineras.

Finalmente, se establece un régimen transitorio que regula tres situaciones diferentes. En primer lugar, en cuanto a los contratos de inversión suscritos antes del primero de Diciembre de 2004, los inversionistas podían gozar de ventajas del régimen de depreciación acelerada hasta el 31 de Diciembre de 2007. El período de invariabilidad tributaria tendrá una extensión de 12 años y la tasa aplicable será de un 4%.

En segundo lugar, los contratos de inversión suscritos después del 1 de Diciembre de 2004 y antes del primero de Enero de 2006, los inversionistas podrían haber solicitado la aplicación del régimen permanente por un plazo de 15 años a una tasa del 5%.

En tercer y último lugar, en cuanto a empresas no reguladas por el Estatuto de Inversión Extranjera, éstas podían solicitar la aplicación del régimen previsto para inversionistas extranjeros por un plazo de 12 años a una tasa del 4% anual si sus ventas registradas durante el año 2004 superan el valor equivalente a 12.000 toneladas de cobre fino y el proyecto minero tiene una data anterior al primero de Diciembre de 2004 y se encontraba en funcionamiento a esa fecha.

Para concluir, es necesario señalar que en el caso de venta de minerales entre partes relacionadas residentes o domiciliadas en Chile, el Servicio de Impuestos Internos puede impugnar el precio utilizado en estas transacciones a fin de establecer la base imponible, de acuerdo a las normas generales de precio de transferencia de la Ley de Impuesto a la Renta.

CAPÍTULO III

“Derechos del Estado sobre los recursos hídricos”

3.1.- Dominio Público de las aguas terrestres.

Como ya lo hemos expuesto en líneas anteriores, un eventual royalty a la actividad acuícola del salmón estará fundamentado en cuestiones tanto de índole económico, ambiental y jurídico. En este último aspecto es en cuanto ha desembarcado nuestra investigación, ya que producto de una poca feliz redacción del proyecto de ley ingresado al Congreso nacional se ha expresado la necesidad de imponer un royalty a las empresas salmoneras tomando los mismos fundamentos tenidos en cuenta para la creación del royalty a la minería. En este contexto, si los fundamentos de corte económico y ambiental son distintos, no queda otro camino que un análisis de los de carácter jurídico que son el Dominio Público y el carácter de recurso no renovable.

Así, este acápite tendrá como objetivo el análisis del primero de los fundamentos jurídicos, que es el dominio público de las aguas terrestres para dar paso luego a un pequeño análisis de los derechos que este dominio otorga al Estado. El segundo de los fundamentos, será objeto de análisis en el último de nuestros capítulos, para de este modo, conseguir un desarrollo ordenado de nuestras ideas y consideraciones finales.

En cuanto a las aguas terrestres, es innegable que ellas están afectas al sistema de dominio público. Siguiendo palabras de ZÚÑIGA URBINA, existe un dominio público de carácter *implícito*. Lo anterior, ya que nuestra Constitución en su artículo 19 número 24 reconoce la propiedad sobre los *derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos en conformidad a la ley*, por lo que las aguas terrestres son bienes dominicales cuyo uso especial, disfrute y provecho lo otorga el Estado por vía concesional.⁵⁶

Este especial carácter, es fruto de la reforma constitucional de 1967, que dispuso en su artículo 10 número 10 que “La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular (...)”⁵⁷. En virtud de lo anterior, la ley número 16.640 de Reforma Agraria estableció el hecho de que todas las aguas del territorio nacional son bienes

⁵⁶ ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO; “Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres)” en Revista “*Ius et Praxis*”, Volumen 11, Número 2, Talca, 2005, página 20.

⁵⁷ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE; “*Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile*” Editorial Jurídica, Santiago, 1967, página 376.

nacionales de uso público. Por tal efecto, las incorporó al dominio público disponiendo la utilidad pública de dicho recurso expropiando todas las aguas que a la fecha de vigencia de esa ley eran de dominio particular, disponiendo además que sus dueños continuarían usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento. ZÚÑIGA URBINA cita el Informe de la CENC señalando que “con anterioridad a este régimen estaban vigentes las disposiciones del Código Civil y del Código de Aguas primitivo, que reconocían al propietario un verdadero derecho real de aprovechamiento que se inscribía en el Registro de Propiedad de aguas del Conservador de Bienes Raíces y que tenía las características del dominio. Además las aguas que nacían y morían en una misma heredad y los lagos navegables por buques de menos de 100 toneladas eran de dominio privado, con lo cual los embalses que se construían dentro de un predio pasaban también a tener este carácter”.⁵⁸

En conclusión, nuestro Código de Aguas establece, a través de un reconocimiento implícito, que las aguas son bienes de dominio público pertenecientes a la nación en su conjunto.

Nos encontramos pues, ante la auténtica presencia de lo que nuestro Código Civil denominó bienes nacionales de uso público. En cuanto a estos bienes, las aguas terrestres gozan de los caracteres de imprescriptibles, inenajenables, inembargables y no susceptibles de hipotecas y otros gravámenes propios del derecho común, tal como lo han reconocido la jurisprudencia y la doctrina nacional.

En relación a su carácter de bien de dominio público, hemos visto con anterioridad, la evolución histórica en Europa y nuestro país, en cuanto concepto de derecho público. Así, hemos avanzado desde la perspectiva de la propiedad por parte de PROUDHON, la afectación a un fin determinado de HAURIU, la teoría funcionalista y el título causal de intervención de VILLAR PALASÍ, hasta Chile con AYLWIN AZÓCAR y su teoría sobre la afectación al uso público.

Toda esta evolución, implica responder a la real naturaleza del dominio público y respecto de que bienes lo conforman. Sin embargo, hemos dejado una discusión al margen en cuanto involucra especialmente a las aguas terrestres y su carácter de bienes nacionales de uso público. Dicha discusión, se genera al intentar dilucidar si estos bienes demaniales son susceptibles de un derecho de dominio por parte del Estado, a diferencia de los bienes fiscales o patrimoniales cuyo uso no pertenece a la nación toda. De no ser así, para el Estado sólo quedaría una especial atribución en cuanto administrador a través de los distintos organismos encargados de esta función, que comprende su tuición, cuidado y la facultad de otorgar las

⁵⁸ ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO; *Op Cit*; página 27.

concesiones y permisos de que pueden ser objeto estos bienes. Esta idea es sostenida entre otros por SILVA CIMMA, como bien lo expresa ZÚÑIGA URBINA.⁵⁹ La posición contraria, estima lo que ya hemos adelantado, en cuanto a que en estos bienes existe lo que denominamos un dominio público con sus distintos matices.

En busca de la respuesta, resalta la opinión de GARRIDO FALLA quien establece como elementos del dominio público: a) un elemento subjetivo; que estaría dado por los diferentes organismos o entidades que componen el Derecho Público y que son los titulares del dominio; b) un elemento objetivo; que lo comprenden las cosas que son susceptibles de dominio público; c) un elemento teleológico; consistente en la afectación de ciertos bienes a un fin determinado y; d) un elemento normativo; consistente en el régimen jurídico especial del dominio público.⁶⁰ Siguiendo esto último, y aunque nuestro Código Civil no utiliza explícitamente la expresión “dominio público”, creemos existen en nuestro Ordenamiento Jurídico elementos suficientes en cuanto señalar que los bienes que conforman el demanio son también aquellos que nuestro Código Civil ha denominado “bienes nacionales de uso público”.

En concreto, las aguas terrestres son bienes demaniales que gozan, en nuestro ordenamiento, del título de bienes nacionales de uso público. A su vez, como recurso de carácter demanial posee ciertas características que lo hacen diferente al dominio privado. En consecuencia, si bien es cierto el dominio de ellas pertenece a la nación toda, nadie puede disponer de ellas ni gravarlas, a menos que éstas hayan sido desafectadas de su fin público.

Por otro lado, su uso corresponde en forma general y continua a todos los habitantes de la República, lo que se desprende del propio artículo 589 del Código Civil. Esta característica ha sido constatada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt al establecer que los bienes nacionales de uso público “son usados indistintamente por todos los habitantes, sin que puedan atribuirse los beneficios que ellos reportan a nadie en particular, sino a toda la comunidad.”⁶¹

Además de estar fuera del comercio humano, los bienes nacionales de uso público permiten su utilización privada ya que el artículo 598 del Código Civil autoriza el uso y goce de ellos para objetos lícitos de los particulares, sujetándose a las disposiciones del Código y a las ordenanzas generales y locales sobre la materia.

⁵⁹ *Ibid*; página 21.

⁶⁰ Citado por ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO; *Op Cit*; página 23.

⁶¹ Cisternas Ulloa, Alejandro con Servicio Nacional de Obras Sanitarias y/o Municipalidad de Puerto Montt y/o Servicio Regional de Vivienda y Urbanismo X Región, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Recurso de Protección, 6 de noviembre de 1987, confirmado por la Corte Suprema el 26 de Noviembre del año 1987, Rol N° 11.599, RDJ, T. 84, 1987, Secc. 5ª, página 318, considerando 10º.

A modo de conclusión, es indiscutible que las aguas en Chile gozan de un dominio público. Este carácter, ha sido desvirtuado en cierta medida por no contener nuestro Ordenamiento Jurídico contemplada dicha expresión, sustituyéndola, inocentemente, por la de bien nacional de uso público. Es así como se produjo una confusión en cuanto si este recurso era parte de este tipo de bienes señalados por el Código Civil, pasando, en su defecto, a ser bienes que gozan de una simple administración por parte del Estado. Dicha situación, como hemos visto ha sido zanjada, toda vez que al poseer características absolutamente diferentes a las del dominio privado, no queda más que concluir que este tipo de recursos se encuentran recogidos por nuestro Código Civil y que ha denominado bienes nacionales de uso público.

3.2.- Potestades del Estado y derechos sobre las aguas.

Parece casi asentada la idea en la actualidad, que la concesión de derechos se produce por un acto unilateral y potestativo de la autoridad pública, versus la que señala que ésta se produciría por una suerte de contrato entre el Estado y el concesionario. Lo cierto es, que este acto estatal es creador de derechos para el concesionario, ya sea que este sea de carácter constitutivo o translativo, según existan o no un traspaso de poderes propios del concedente o éstos nazcan precisamente para el particular en virtud de la concesión. Esta posición, tiene cabida especialmente dentro de la doctrina alemana que por su ya conocida visión autoritaria e impositiva de la administración, reniega la posibilidad de que la administración celebre contratos, tanto civiles como administrativos, estableciendo, en términos generales, que se trataría de un acto exclusivo de Derecho Público. Así, FLEINER señala “(...) que, si bien puede crear derechos para el concesionario (...) en manera alguna puede coartar al Estado, o a la autoridad que lo representa (...)”.⁶² La concesión sería entonces un “acto de imperio” con un límite en la ley, a lo que podemos agregar las limitaciones constitucionales, pero jamás la voluntad del particular. Esta doctrina, ha sido férreamente criticada por considerarse una vulneración a los derechos de los particulares, estableciendo una relación confrontacional entre ciudadano-estado, relación en que el Estado siempre sale airoso y el particular sino menoscabado al menos sometido a la autoridad.

En cuanto al término concesión, podemos señalar que éste no es un concepto unívoco sino que de carácter multívoco. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua señala que por concesión se entenderá: “La acción y efecto de conceder.” A su vez conceder significa “Dar, otorgar, hacer merced y gracia de una cosa”.⁶³

⁶² FLEINER, FRITZ; “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, Editorial Labor, Madrid, 1933, página 278.

⁶³ Diccionario de la Real Academia Española, XIX Edición, Editorial Espasa-Caple, Madrid, 1970.

En este sentido se puede decir que concesión se entiende por “Todo acto de la autoridad que otorgue a favor de los particulares derechos como el uso, goce o disposición, sobre la cosa o servicios del dominio público.”⁶⁴

Por otro lado, el autor MARIENHOFF señala que el uso especial, al contrario de lo que ocurra con el uso común, como es el caso de la concesión dominical o demanial, no tiene por objeto principal e inmediato satisfacer necesidades físicas indispensables para la vida misma ni permitir el desarrollo de la personalidad humana con referencia al ámbito de la libertad, sino aumentar la esfera de acción y el poder económico del individuo.⁶⁵ Tal uso especial tiene su origen en un acto expreso del Estado, como son permiso y concesión; pero para que se pueda hablar de concesión, y no de un mero permiso, es necesario que el acto pertinente tenga por objeto crear un derecho subjetivo sobre la dependencia dominical a favor de la persona a cuyo nombre aparece otorgado el acto.⁶⁶

Las concesiones, además, tienen las características de ser un acto unilateral del poder público, en las que el Administrador se reserva implícitamente el ejercicio de ciertas facultades como las de reglamentación, modificación, fiscalización, sanción e incluso de sustitución del concesionario. Por otro lado, las concesiones son de carácter temporal y precarias, en cuanto pueden extinguirse en cualquier momento por decisión de la autoridad y, en todo caso, están sujetas a plazos en su duración, sin perjuicio de la posibilidad de renovarse.

Sin embargo, y luego de este somero análisis, cabe señalar que aún en doctrina caben dudas sobre la calificación jurídica del derecho de aprovechamiento de aguas terrestres que nace de un acto administrativo de tipo concesional. Lo anterior no es un tema baladí, toda vez que en los procesos de producción acuícola, una de las etapas en el crecimiento del salmón se da en aguas continentales como lo son lagos o ríos. De este modo, las empresas acuícolas deben cumplir con las exigencias legales y, en algunos casos como lo son las pisciculturas, solicitar derechos de aprovechamiento de aguas, debiendo siempre tener presente que para los casos de concesiones el derecho de aprovechamiento es implícito.

Como bien lo explica ZÚÑIGA URBINA, citando a FLEINER, “la vieja doctrina del Derecho administrativo reconocía que las leyes tienden a favorecer el aprovechamiento económico de las aguas de dominio público, con la limitante de que tal aprovechamiento no debe resultar perjudicial o anular su uso público. FLEINER junto con reconocer la potestad de

⁶⁴ VARGAS FRITZ, JOSÉ FERNANDO; “*La concesión de Obras Públicas*”; Ediciones Jurídicas La Ley; página 19.

⁶⁵ MARIENHOFF, MIGUEL; “*Tratado del Dominio Público*”, Editorial TEA, Buenos Aires, 1960, página 319 citado por ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO; “Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres)” en Revista “*Ius et Praxis*”, Volumen 11, Número 2, Talca, 2005, Página 20.

⁶⁶ *Ibid*; página 345.

policía de las aguas de dominio público, reconoce entidad a los *derechos de aprovechamientos especiales sobre cosas de uso público*, entidad derivada de las antiguas iura regalía o simplemente de leyes de dominio público. *El derecho especial -concluye FLEINER- se otorga por la autoridad a cuyo cargo se haya la policía de uso público, mediante un acto administrativo unilateral de soberanía*. Tal derecho de aprovechamiento para FLEINER es una verdadera concesión que confiere al particular un derecho público subjetivo, sujeto a plazo sobre la cosa pública, sin que origine derecho real”.⁶⁷

Ahora bien, para intentar explicar la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de aguas es necesario echar mano a la doctrina de los derechos reales administrativos, variante de la doctrina de los derechos públicos subjetivos.

Siguiendo a GARRIDO FALLA, los derechos reales administrativos pueden ser derechos reales de la Administración de carácter administrativo, de carácter civil y derechos reales administrativos de los particulares.

La estructura conceptual de estos derechos reales administrativos cuyo objeto son cosas de dominio público, se basa en los elementos siguientes: a) Derecho subjetivo: consistente en un poder jurídico concreto reconocido a un sujeto, existiendo aquí un doble valor de la titularidad. Por un lado, un poder sobre una situación jurídica que consistiría en la facultad de disposición y por otro el ser lícitos sus actos dentro de la esfera concedida. Lo anterior, permite diferenciar el derecho subjetivo que confiere un uso o goce especial exclusivo del bien nacional de uso público, del uso ordinario o común por parte de los administrados; b) Derecho real: referido a cosas, lo que permite excluir de esta categoría los derechos subjetivos frente a la Administración; c) Un derecho sobre un bien de dominio público: donde se incluyen en esta categoría los bienes nacionales de uso público.

Estos derechos, tienen su origen en la ley, una concesión o prescripción. En estas tres formas mencionadas, presenta especial importancia la concesión administrativa, ya que es el acto de Derecho Público de que se sirve la Administración del Estado para transferir un poder jurídico, específicamente, sobre aguas terrestres. El derecho real administrativo, se incorpora al comercio jurídico dando origen a un verdadero mercado de derechos de aprovechamiento de aguas. MARIENHOFF, expresa que del acto concesional que autoriza un uso especial, nace un derecho perfecto de carácter patrimonial, un derecho público subjetivo del concesionario que integra el concepto de propiedad.⁶⁸

⁶⁷ ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO; *Op cit*; página 25. La cursiva es nuestra.

⁶⁸ MARIENHOFF, MIGUEL; “*Tratado del Dominio Público*”, Editorial TEA, Buenos Aires, 1960, página 360-362 citado por ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO; “Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres)” en Revista “*Ius et Praxis*”, Volumen 11, Número 2, Talca, 2005, página 20.

A modo de enriquecer el debate, es necesario expresar que el autor español GARCÍA DE ENTRERRÍA, define los derechos públicos subjetivos como “derechos privados de explotación de una actividad mediante la técnica concesional”. La atribución de derechos, es una forma de delimitación administrativa de derechos privados propia de las intervenciones administrativas. En estos casos, la libertad económica es sustituida por la concesión administrativa, toda vez que estos bienes han sido sacados de la esfera privada como recursos apropiables libremente.⁶⁹

En cuanto a la materia específica que nos ocupa en esta investigación, las concesiones acuícolas están contenidas en la Ley número 18.892, general de Pesca y Acuicultura.⁷⁰

En ella, se especifica que la acuicultura es una actividad desarrollada por el hombre y que tiene por objeto la producción de recursos hidrobiológicos, la cual puede ser desarrollada en el mar, playas, lagos y ríos, navegables o no.⁷¹

Para el desarrollo de esta actividad se contemplan tres formas de permiso, los cuales se diferencian atendiendo a la autoridad que lo otorga, los derechos y obligaciones que concede, y la zona para la cual se solicita dicho permiso. Las formas de permiso de las que hablamos se denominan “autorización”, “concesión” y “registro”.

Los titulares de autorizaciones o concesiones de acuicultura y también aquellos que no requieran de estos dos permisos, deben inscribirse en el Registro Nacional de Acuicultura, que es una nómina nacional de titulares de concesiones y autorizaciones de acuicultura habilitados. Dicha inscripción constituye una formalidad habilitante para el desarrollo de los derechos inherentes a los permisos concedidos.

En cuanto a la concesión de acuicultura, podemos definirla como “el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional otorga a una persona los derechos de uso y goce, por tiempo indefinido sobre determinados bienes nacionales, para que ésta realice en ellos actividades de acuicultura”.⁷² Lo anterior consiste en la producción de recursos hidrobiológicos en las áreas de playa de mar, terrenos de playas fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas dentro y fuera de las bahías, y en los ríos y lagos que sean navegables por buques de más de cien toneladas de registro grueso, fijadas como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, lo cual es determinado mediante decreto supremo expedido por el Ministerio de Defensa Nacional. También se otorga concesión en los casos de ríos no

⁶⁹ GARCÍA DE ENTRERRÍA, EDUARDO; “*Curso de Derecho Administrativo*”; Editorial Civitas S.A, Madrid, 1992, Vol. II, página 148-150.

⁷⁰ Ley N.º 18.892, general de Pesca y Acuicultura, publicada en el Diario Oficial con fecha 15 de Noviembre del año 1983. En adelante LPA.

⁷¹ Artículo 2 número 3, Ley 18.892.

⁷² Artículo 2 número 13, Ley 18.982.

navegables por buques de más de cien toneladas de registro grueso, pero solo sobre la extensión en que estén afectados por las mareas.

De este modo, las concesiones que se otorgan son las siguientes: de playa, de terrenos de playa, de porción de agua y fondo y de rocas.

La concesión de acuicultura tienen por objeto la realización de actividades de cultivo en el área concedida y respecto de la especie o grupo de especies hidrobiológicas indicadas en la resolución. Lo cual permite a sus titulares realizar sus actividades, sin más limitaciones que las expresamente establecidas en la ley y reglamentos.

Por otro lado, los derechos del concesionario son transferibles y susceptibles de negocios jurídicos, pero la cesión, traspaso o arriendo de la concesión debe ser aprobado por la misma autoridad que la concedió.

Finalmente, el titular de una concesión tiene la posibilidad de solicitar la modificación de ésta, para la inclusión de una o más especies distintas de las concedidas inicialmente. El ente competente de conocer esta solicitud es la Subsecretaría de Marina, la cual previo informe técnico realizado por la misma Subsecretaría, podrá dar su autorización mediante una resolución. Además esta modificación deberá, al igual que la concesión propiamente tal, ser inscrita en el Registro Nacional de Acuicultura.

Ahora bien, el artículo 71 de la LPA establece que solo podrán optar a desarrollar actividades de acuicultura y solicitar concesiones y autorizaciones: a) Las personas naturales, que sean chilenas, o extranjeras que dispongan de permanencia definitiva en Chile; b) Personas jurídicas que sean chilenas constituidas según las leyes Patrias (Sindicatos, Asociaciones Gremiales); c) Las personas que soliciten “autorización” para desarrollar actividades de acuicultura en ríos y lagos que correspondan al ámbito de competencia de la Dirección General de Aguas, deberán acreditar el hecho de ser titulares de los correspondientes derechos de aprovechamiento, o el hecho de encontrarse en trámite de adquisición o regularización de éstos, conforme a lo dispuesto por el Código de Aguas. Además la Dirección de Aguas deberá preferir a la persona que acredite la calidad de acuicultor, en el caso de oposición por dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, o cuando en una solicitud se pida parte o el total de ellas, y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos; d) La solicitud de concesión o autorización de acuicultura y los “Registros” de los decretos de concedan o autoricen el desarrollo de la actividad acuícola, deberán indicar las áreas, y el cultivo de especie o grupo de especies hidrobiológicas, los cuerpos o cursos de aguas fluviales y los cuerpos de agua situados en propiedad privada conforme al código de Aguas; e) Una vez decretada la concesión u

otorgada la autorización de acuicultura, los titulares, así como también las personas autorizadas, deberán inscribir sus respectivas concesiones y autorizaciones en el Registro Nacional de Pesca, en forma previa al inicio de sus actividades.

En cuanto a su tramitación, Las personas que deseen obtener concesiones o autorizaciones de acuicultura de cualquier clase en las áreas fijadas en territorio marítimo o en territorio de ríos y lagos menores, deberán solicitarlo por escrito a la Subsecretaría de Pesca, acompañando un proyecto técnico. Una vez que la Subsecretaría recibe la solicitud, deberá verificar, previo informe técnico del Servicio Nacional de Pesca, si el solicitante ha tomado las medidas de protección del medio ambiente a fin de compatibilizar la explotación acuícola, con las capacidades de los cuerpos lacustres, fluviales y marítimos. Además deberá verificar si la solicitud se sobrepone, en forma total o parcial a una o más concesiones ya otorgadas, o si hay alguna solicitud en trámite respecto de las áreas solicitadas. Si esto ocurriere, es decir, si la solicitud recayere en un área ya concesionada, o ya existe en trámite una solicitud, la Subsecretaría de Pesca devolverá a los solicitantes los antecedentes dictando una resolución denegatoria, de la cual se publicará un extracto en el Diario Oficial. En caso contrario, en ausencia de superposición y cumpliéndose con todos los requisitos, la Subsecretaría de Pesca remitirá los antecedentes, en el plazo de 30 días, al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, con el correspondiente informe técnico fundado, para que ésta se pronuncie en un plazo de 90 días sobre la solicitud de “concesión de acuicultura”, mediante la dictación de una resolución. De esta resolución se envía una copia a la Subsecretaría de Pesca y al Servicio Nacional de Pesca, publicando además un extracto en el Diario Oficial. Cumplida esta tramitación, el titular de la concesión o autorización queda habilitado para iniciar sus actividades en el plazo de un año contado desde la entrega material de la misma.

Por otro lado, las concesiones de acuicultura deben estar localizadas en macro zonas previamente definidas por la autoridad como “Áreas Aptas para la Acuicultura” conocidas coloquialmente como triple “A” (AAAs). Estas áreas, son espacios marinos que han sido expresamente autorizados mediante Decreto Supremo de la Subsecretaría de Marina para ser utilizados con fines acuícolas. A diferencia de otras actividades productivas, tales como la agricultura o la industria, que se realizan en cualquier locación, excepto donde esté expresamente prohibido o restringido. En las regiones salmoneras, X y XI, existen AAAs con una superficie de 860.500 hectáreas, donde el cultivo de salmón ocupa sólo 10.200 hectáreas. Es decir, la industria del salmón usa el 1,2% de la superficie total autorizada para la acuicultura.⁷³

⁷³ Informe Económico Salmonicultura 2006; Salmón Chile, Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. página 79.

Importante nos parece agregar, que como parte de la tramitación de una concesión de acuicultura, es necesario contar con una aprobación ambiental favorable. Este requisito que data del año 1997 cuando entró en vigencia el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establece que los proyectos de acuicultura asociados a una solicitud de concesión acuícola deben presentar una Evaluación o Declaración de Impacto Ambiental y obtener una resolución de Calificación Ambiental favorable para poder operar. Así también están sujetos a esta Evaluación los proyectos de piscicultura o plantas de procesamiento.

La resolución de Calificación Ambiental, es constantemente fiscalizada por organismos públicos con competencias ambientales bajo coordinación de la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA). Dichos organismos deben velar por el cumplimiento de todas las normativas sectoriales y otorgar los permisos ambientales correspondientes.

CAPÍTULO IV

“Royalty a la actividad acuícola del salmón”

4.1.- Actividad Acuícola en Chile, Evolución de la Industria y Producción en Cultivo.

La introducción de salmónidos en Chile comenzó en el año 1905 con la importación de 400.000 ovas del salmón del Atlántico (Salmón salar), trucha café y trucha arcoiris, desde Hamburgo en Alemania. Para su incubación y desarrollo se instaló una piscicultura en Río Blanco, ubicada a doscientos kilómetros de Santiago.

Ya en 1914, se instala la piscicultura de Lautaro, en la provincia de Cautín, con el objeto de cultivar truchas y salmones. En las próximas cincuenta décadas, el desarrollo de la industria pasa por la adquisición de nuevas ovas y la introducción de nuevas especies, junto con el nacimiento de nuevas pisciculturas, propiedad del Estado y administradas por la división de Pesca y Caza del Servicio Agrícola y Ganadero.

En la década del setenta comienza el desarrollo de la empresa privada en el cultivo de salmones. Destaca en el año 1975 la primera piscicultura comercial, ubicada en el río Pescado.

En 1977, se inician las primeras experiencias en cultivo de circuito abierto denominadas “Ocean Ranching”, con las especies de salmón Coho y Chinook, por la empresa norteamericana Domsea Farm, con su filial Domsea Pesquera Chile Ltda.

El cultivo de salmones en jaula se inicia en 1979 con operaciones de la empresa chilena Mytilus y la empresa japonesa Nichito Chile, en la X Región.

Entre los años 1981 y 1984, la Secretaría Regional de Planificación de la XI Región, en conjunto con la Fundación Chile, realizan una serie de experiencias con el objeto de determinar la factibilidad técnica y económica del cultivo en cautiverio de algunas especies de salmónidos en la zona. De esta experiencia se concluyó que el salmón Coho era la especie que presentaba mejores condiciones para ser cultivada, por sus tasas de crecimiento, resistencia a enfermedades, alto valor y buenas perspectivas de comercialización. Para el cultivo intenso en el mar, se adaptaron técnicas utilizadas en Estados Unidos y países escandinavos.

Desde su nacimiento hasta nuestros días, el crecimiento de la industria ha sido exponencial, evidenciado tanto en el volumen de sus exportaciones, como en el valor de estas. Para el año 2003 Chile se había convertido en el primer productor de truchas y segundo productor de salmones. En la última década la industria se expandió a una tasa promedio anual de 22%. De 159 millones de dólares exportados en 1991 se llegó a 973 millones de dólares en el 2002. Para el año 2003 Estados Unidos se posicionó como el mayor consumidor de salmón chileno siendo el segundo mercado de destino, demandando el 41% de la producción nacional. En el mismo año, Japón representó el primer mercado de destino con el 41,7% de la producción.

En la actualidad, para Chile, Estados Unidos y Japón son los principales mercados a los que está dirigida la producción de salmones y truchas. Demandan más del 80% de la producción y son los mercados con mayor potencial de crecimiento en las exportaciones, debido a que son consumidores de altos ingresos per cápita y conocedores de este producto.

En cuanto a su producción, el salmón es un pez típicamente migratorio, crece y se hace adulto en el mar, y retorna para reproducirse en el río, recibiendo por ello la denominación de pez anádromo. La trucha, sin embargo es una especie anádroma facultativa, que puede o no cumplir la fase de agua de mar. El peso usual de la especie es del orden de 4 a 6 Kg, conociéndose de un caso publicado de 46,8 Kg. Su longevidad máxima publicada es de 13 años.⁷⁴

Los ciclos productivos en cultivo en Chile, son manejados con la finalidad de lograr producción durante el año completo, generando una continuidad en la oferta. Para ello, se recurre al manejo de los tiempos de eclosión de ovas (ovas adelantadas o enfriadas) y de los reproductores. En la aplicación de estos manejos, se han utilizado tecnologías tales como el fotoperíodo (manejo de la luminosidad), termoperíodo (manejo de temperaturas) y el manejo de las salinidades.⁷⁵

En cuanto a la tecnología y prácticas por etapa, encontramos el siguiente ciclo productivo en cultivo; a) Obtención de Ovas: Tanto especies importadas como producción nacional, que es la gran mayoría de los casos; b) Alevinaje: Período comprendido desde la primera alimentación hasta que los peces han alcanzado 20 grs de peso; c) Smoltificación: Comprende una serie de cambios fisiológicos, el pez comienza a conformar una batería

⁷⁴ CASAS-CORDERO RECALÉ, ESTHERANA; “*Exploración de indicadores del desempeño ambiental de la Industria del Salmón en centros de engorda en el Sur de Chile*”; Tesis presentada como parte de los requisitos para optar al grado de Licenciado en Ciencias Ambientales y al título de Ingeniero en Medio Ambiente y Recursos Naturales; Universidad de Viña del Mar, Chile, 2004, página 12.

⁷⁵ *Ibid*; página 14.

enzimática y excretora a fin de eliminar el exceso de sales que ingresan a él cuando se encuentre en el mar; d) Ingreso de salmones a los centros de mar: El ciclo productivo de un centro de engorda comienza con la recepción de los smolts, donde se asegura su buena calidad sanitaria y una buena aclimatación a las condiciones marinas. El paso de agua dulce a salada provoca una fuerte deshidratación, lo cual puede desencadenar la muerte en peces mal adaptados; e) Engorda: El cultivo se efectúa en estructuras flotantes denominadas balsas jaulas, las cuales son ubicadas en canales, fiordos y bahías. El origen glacial de las costas insulares del sur de Chile, ha permitido la formación de lugares muy protegidos y de buena profundidad, factores de gran importancia para las primeras instalaciones de esta industria; f) Cosecha: Los grupos de peces que han alcanzado como peso promedio 3.5 Kg en Salmón del Atlántico y 2.5 Kg en Salmón Coho y Trucha Arcoíris, son ubicados en jaulas especialmente habilitadas para la cosecha. Esta actividad debe ser realizada en sectores alejados de las balsas jaula de engorda, por razones sanitarias; g) Planta de proceso: Usualmente, una vez que el pescado ha sido desangrado, es trasladado a una planta de proceso, donde es faenado, empacado y despachado a los diversos mercados, siguiendo líneas diferentes, según el producto de que se trate.⁷⁶

Los salmónidos tienen requerimientos ambientales diferentes según su fase de desarrollo y de la especie de que se trate. En cultivo, la insatisfacción de estas condiciones puede ocasionar problemas en las diversas etapas, como las que se observan en la fisiología reproductiva de reproductores.

Respecto a las condiciones ambientales para la producción óptima del salmón, podemos señalar lo siguiente; a) Temperatura del agua: Los peces siempre buscan temperaturas óptimas para su ciclo de desarrollo, desplazándose entre masas de agua más frías o más calientes. El desarrollo de ovas fecundadas hasta su fase de eclosión y el posterior crecimiento del alevín emergente hasta su etapa de smolt, se encuentra fuertemente influenciado por este factor, afectando la velocidad de estos procesos; b) pH: La concentración de iones de hidrógeno es una indicación de la acidez o alcalinidad del agua y depende en gran parte de otros constituyentes como gases, ácidos, álcalis y metales, que se encuentran presentes en la columna de agua. Valores de pH entre 6,0 y 8,0 son comunes en las aguas naturales y aceptables para el cultivo del salmón; c) Gases en disolución: El agua de mar puede contener una mezcla compleja de gases en disolución, la cual puede variar debido a las propias condiciones de cultivo. Algunos de estos gases son perjudiciales para los salmónidos, como el Dióxido de Carbono (CO₂), Amoníaco (NH₃), y Sulfuro de Hidrógeno (H₂S), cuya presencia está asociada a la disminución de la concentración de oxígeno disuelto en la columna de agua; d) Sólidos en suspensión: La existencia de sólidos en suspensión tales

⁷⁶ *Ibid*; página 51-56.

como detritos y glaciares implican un alto riesgo para ovas en incubación, ya que pueden producir su muerte por sofocación; e) Salinidad: No todos los salmónidos son anádromos obligados, lo cual determina que presenten diferencias respecto de su requerimiento de ambientes salinos en su fase adulta. Así, los salmónes del Atlántico y Coho, una vez esmoltificados requieren de condiciones marinas para continuar su desarrollo. Sin embargo, la Trucha Arcoíris podría continuar su desarrollo completo en agua dulce, siendo por tanto una especie anádroma facultativa u oportunista; f) Insecticidas y herbicidas: Estos pueden ser incorporados por los salmónes a partir de aguas continentales que provienen de zonas agrícolas con cultivos intensivos o áreas de explotación forestal. Constituyen un riesgo para los salmónes, de carácter inmediato o de corto plazo si las concentraciones son altas. Si las concentraciones son bajas o sub letales, pero sostenidas, pueden causar efectos tóxicos que causan mortalidad o lesiones severas de tipo fisiológico, o efectos acumulativos, de tipo genético, cancerígenos o teratogénicos. En estas circunstancias, podría haber efecto incluso para los seres humanos por incorporación de estos contaminantes a través de la ingesta de los peces.⁷⁷

La anterior exposición de los estados de producción no han sido expuestos para meros fines ilustrativos. Creemos es necesario señalar, que este somero análisis de las etapas en comento nos vienen a mostrar el especial carácter que juegan en esta actividad un sin número de variables, muchas de ellas controladas, que escapan del conocimiento popular. En concreto, creemos es importante advertir que los procesos de actividad acuícola, no se generan por la sola interacción del salmón con el agua, sino que son necesarios otros agentes ambientales que hacen de procedimiento una operación de equilibrio y marcado desarrollo tecnológico.

En definitiva, nos encontramos ante lo que denominamos Medio Ambiente, compuesto por elementos tanto bióticos como abióticos y que nuestra Ley número 19.300 lo define en su artículo 2 letra II) como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.⁷⁸

Esta postura, nos lleva a retrotraernos en nuestra investigación y nos obliga a recordar que el primer fundamento analizado para el eventual Royalty salmonero es el de tener el Estado un Dominio Público sobre las aguas. En este contexto, debemos preguntarnos si esta

⁷⁷ AA.VV.; “*Salmonicultura en Chile*”; Fundación Chile, página 26-28.

⁷⁸ Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de Marzo del año 1994. En lo sucesivo, LBMA.

nueva configuración en cuanto al ambiente de producción de los salmones afecta este argumento.

En nuestra opinión creemos que esto en efecto ocurre. Nos parece claro que para la producción acuícola no podemos hablar sólo de recursos hídricos sobre los cuales se genera esta actividad. Hemos expuesto en forma clara que este elemento está compuesto por diferentes factores y que incluso algunos de carácter externos como la temperatura son posibles de afectar la producción. Es por esto que creemos que la discusión debe enfocarse a un posible Dominio Público del Estado sobre el Medio Ambiente. Más aún, cuando debemos enfocar dicha discusión, primero, desde el prisma del dominio público minero. Lo anterior, ya que en esta actividad se reconoce la interacción del actor minero con el Medio Ambiente y sus efectos sobre éste. Sin embargo, existe disposición expresa en cuanto al dominio del Estado sobre los recursos minerales. En consecuencia, y como lo hemos expuesto anteriormente, las empresas mineras se hacen dueñas del mineral, luego que han sido separadas de las entrañas de la tierra. En la vereda contraria, los acuicultores no explotan o intervienen un Medio Ambiente para acceder a un bien en particular, toda vez que los salmones son producidos, en forma controlada y sostenida. Esto, trae como consecuencia que no podamos estipular, en forma tajante, que exista un dominio público alterado o incluso intervenido. Es por esto que debemos extender nuestro horizonte de búsqueda, a un Dominio Público integrador, complejo y extenso y esto no puede ser menos que el Medio Ambiente.

Al respecto, GUZMÁN ROSEN resalta el gran desafío en torno a determinar la naturaleza jurídica del Medio Ambiente ya que es complejo alejarse del concepto de propiedad. Esto, porque gran parte de los elementos que lo componen son parte del tráfico jurídico habitual y, por otro lado, porque existen otros factores que están dentro del patrimonio de ciertos sujetos de Derecho, ya sean privados o públicos.⁷⁹ Continúa señalando que, de la redacción del artículo 19 número 8 y 20 de la Constitución, queda claro que existe un derecho en orden a disfrutar de un Medio Ambiente adecuado o sano y que es, además, exigible jurisdiccionalmente. Con este enfoque, se sustrae el concepto tradicional de determinar el dominio público o privado proveniente de establecer la naturaleza jurídica como una universalidad, patrimonio o comunidad.⁸⁰

Por otro lado, BRAÑAS BALLESTERO declara que la noción de patrimonio supera la del concepto de dominio entre Nación y esos Bienes. Por lo tanto, existiría una potestad sobre esos bienes "(...) que les permite regular el uso y disposición de los mismos, incluso en los

⁷⁹ Cfr. GUZMÁN ROSEN, RODRIGO; *"La regulación Constitucional del Medio Ambiente en Chile. Historia, Doctrina y Jurisprudencia"* Editorial Lexis Nexis, Chile, 2005, página 56.

⁸⁰ *Ibid*; página 57.

casos en que ellos son civilmente de propiedad de personas específicas o morales distintas de la nación.”⁸¹

Creemos que de este modo se reafirma la imposibilidad de considerar que existe un dominio público sobre el Medio Ambiente y, aunque BRAÑAS BALLESTEROS pareciere deslizar tal posibilidad, pensamos que sus dichos están expresados en orden a reconocer al Estado como un sujeto con facultades propias e inherentes de fiscalizar y garantizar el correcto cuidado y desarrollo de éste debido a su especial carácter.

4.2.- Royalty a la Actividad Acuícola del Salmón.

Como lo hemos expresado en capítulos anteriores, existe en Chile un incipiente debate jurídico en cuanto a la aplicación de un Royalty a la actividad Acuícola del Salmón. Además, hemos adelantado que uno de sus pilares argumentativos es el dominio público que el estado detenta sobre las aguas, lo que implica un derecho a exigir una contraprestación monetaria en cuanto la explotación de este recurso por parte de particulares sin recibir de manera directa los dividendos o beneficios que esta activada trae aparejada.

Sin embargo, hemos dejado para el final de esta investigación la exposición de la segunda línea argumentativa de la cuestión planteada. De este modo, desarrollaremos el que creemos es el más controvertido de ellos, tanto por su configuración como por sus intrincada concatenación de ideas conexas que, sin duda alguna, elevan el ámbito del debate. En efecto, el argumento de los recursos no renovables como fundamento propio de todo Royalty, nos eleva a la necesidad de retrotraernos a conceptos utilizados y analizados en el primero de nuestros capítulos, función esencial para un acabado análisis de la discusión y posteriores conclusiones.

El tema de los recursos no renovables, ha sido ampliamente debatido en el desarrollo de la teoría económica. Lo anterior se debe a su alto valor en cuanto ser un bien incapaz de auto regenerarse, es decir no tienen la habilidad de remplazarse a si mismos, con material de la misma característica.

⁸¹ BRAÑAS BALLESTEROS, RAÚL; “Manual de Derecho Ambiental Mexicano”, Fondo de Cultura Económico, México, 1994; citado por GUZMÁN ROSEN, RODRIGO; “*La regulación Constitucional del Medio Ambiente en Chile. Historia, Doctrina y Jurisprudencia*” Editorial Lexis Nexis, Chile, 2005, Página 56.

De este modo, la pregunta que nace por si sola es si los recursos utilizados en la producción de salmónes tiene este especial carácter, es decir si es posible manifestar que estos son de carácter no renovables.

Creemos que existen dos líneas a seguir para intentar contestar esta pregunta. En primer lugar, la sola definición que hemos entregado de recursos no renovables hace imposible la comprensión de dicho elemento en esta especial calificación. En efecto, es ampliamente conocido el ciclo natural del agua, desde su evaporación hasta caer en forma de lluvia, un ciclo de carácter constante y perfecto que denota la facultad que tiene el agua de regenerarse, incluso una vez evaporada o, incluso, consumida. En este mismo orden de ideas se manifiesta RAÚL ARTEAGA, Gerente y Representante de Salmón Chile para la Décima y Undécima regiones, al señalar que “el royalty es para productos finitos como los de la minería, pero en la salmonicultura se está frente a un producto renovable”⁸².

Reafirma lo anterior, nuestra propia legislación en la ley número 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente⁸³ que en su artículo 11 señala que: “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: letra b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire.”

Como vemos, es el propio legislador quien ha denotado el carácter de recurso renovable de las aguas. Incluso, a nuestro entender, el vocablo “incluidos” es fruto de la intención de dejar fuera de dudas su calificación, toda vez que es conocida la interpretación extensiva que se pueden hacer de ciertas palabras, elementos o requisitos.

En esta situación, nace una nueva interrogante en cuanto a como vincular este especial carácter a la actividad acuícola. En nuestro parecer, creemos que la única forma de poder relacionar dichos elementos es a través de una concatenación de ideas.

En la actualidad, las empresas acuícolas han sido duramente cuestionadas por los duros efectos medio ambientales que se producen en el desarrollo de su actividad. Debemos mencionar, que esta crítica es fruto de investigaciones recientes que, en gran medida, han demostrado los efectos nocivos que esta actividad genera en el medio ambiente. Puesto que estos daños son de alto impacto, se ha estimado que por esta vía sería posible extender el concepto de recursos no renovables a la actividad acuícola. En concreto, el alto impacto ambiental sobre recursos marinos como el agua, lecho marino, entre otros, ha producido que

⁸² ARTEAGA, RAÚL; “*El Royalty no se justifica*”, Revista NOS, Marzo, Chile, 2007, página 53.

⁸³ Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de Marzo del año 1994.

estos elementos queden en estado de indisponibilidad para futuras producciones. Así, desde esta perspectiva y por la gran cantidad de años que se necesitan para que puedan renovarse en forma natural, la doctrina ha estimado que estos recursos, luego de ser utilizados por la acuicultura, quedan en un estado de no renovables.

Sin duda, esta interpretación puede adolecer de ser demasiado extensiva. Creemos que estirar la adaptabilidad de ciertos conceptos que contienen un sustrato o contenido inherente e invariablemente reconocidos en el tiempo, no es más que un intento de adaptar formas y constatar situaciones que nada tienen que ver con el desarrollo teórico de una institución tan sensible como lo es la aplicación de un Royalty.

Sin embargo, esta opinión es claramente parte de un contexto teórico y perteneciente al mundo de las ideas. En consecuencia, en nada implica que no seamos capaces de atender este argumento desde su origen pues, es absolutamente conocido y respaldado que el Medio Ambiente hoy en día es un tópico imposible de soslayar.

En Julio del año 2000, se publicó un estudio llevado a cabo por la Fundación Terram, en que se presentaron conclusiones que fueron tajantes. En efecto, en su resumen ejecutivo se señala como conclusión general lo siguiente: “No existen hoy bases sólidas para fundar un desarrollo sustentable en la industria acuícola del país.”⁸⁴ Continúan señalando que “debido a la salmonicultura, cuatro de cinco lagos de Chiloé utilizados para su desarrollo se encuentran gravemente contaminados. Igualmente, alerta sobre la tendencia creciente que registra el volumen de importaciones de ovas, lo cual eleva el riesgo de introducción y transmisión de enfermedades. Por otro lado, recuerda que “(...) los costos ambientales, producto de las emisiones de nutrientes al ambiente, no son asumidos por la industria acuícola (...)”.⁸⁵

En cuanto a estos daños ambientales, existe numerosa información publicada. En particular, destacan las investigaciones efectuadas por la Dra. DORIS SOTO que ya en el año 2000 también advertía, fruto de un riguroso trabajo de investigación, sobre los efectos en el medio ambiente.⁸⁶ Por otro lado, se sumaban declaraciones efectuadas a los medios de

⁸⁴ CLAUDE, MARCEL y OPORTO, JORGE (Edit.); “*La ineficiencia de la salmonicultura en Chile, Aspectos Sociales, Económicos y Ambientales*”; Fundación Terram, Registro de Problemas Públicos, Informe N° 1, Chile, 2000, página 3.

⁸⁵ *Ibid*; página 3.

⁸⁶ SOTO, DORIS; “*Situación actual de los Efectos ambientales de la salmonicultura en el Mundo y en Chile*”; Laboratorio de Ecología Acuática, Instituto de Acuicultura, Facultad de Pesquería y Oceanografía, Universidad Austral de Chile, Puerto Montt, Chile, 2000.

comunicación por el señor DOUGLAS TOMPKINS para la revista *Salmonicultura*⁸⁷ y MARCEL CLAUDE para el mismo medio.⁸⁸

En cuanto a los principales problemas ambientales podemos señalar, entre otros, los siguientes:

a) Impactos por alimentación de salmones en cautiverio: Alimentar salmones para su producción se ha convertido en un problema de seguridad alimentaria mundial ya que por cada kilo de salmón se requiere entre 2,5 y 5 kilos de pescado como alimento. El alimento no consumido y no asimilado por los peces en cautiverio genera contaminación en forma de sedimentos y fecas respectivamente. Los sedimentos son de carácter anóxico y sulfurado lo que deteriora la calidad del agua, acelerando el proceso de eutroficación en las mismas.⁸⁹ Este proceso consiste en “el aumento de la biomasa de microalgas generado por el incremento de Fósforo y Nitrógeno en el mar”.⁹⁰ Los nutrientes en los alimentos de los peces exceden los requerimientos de los peces cultivados, y si bien normalmente los ambientes acuáticos pueden metabolizar estos residuos orgánicos y reciclar nutrientes con un aumento proporcional de la productividad biológica, como resultado se produce un agotamiento del oxígeno en el agua, un excesivo florecimiento de algas y una acumulación de sedimentos anóxicos y sulfurosos entre las balsas jaula o en el fondo de los estanques, los cuales son finalmente transportados a los ríos o mares que las contienen.⁹¹

b) Impactos del escape del salmón cultivado: A la fecha del año 2000 se contabilizaron cuatro millones de salmones que han escapado de sus jaulas en los centros de cultivo y que ahora habitan en los mares australes. Estos salmones generan un fuerte impacto sobre la fauna local ya que se compite por alimento común y espacio, alteran la solidez genética y producen enfermedades en los salmones silvestres. Se trata de una situación de extremo peligro para la fauna nativa de Chiloé y Aysén.⁹² Lo anterior no era nuevo, ya que en el año 1994 se había producido un gran escape de salmones. Ello generó un conflicto entre salmoneros y pescadores artesanales quienes solicitaban a la autoridad autorización para abrir una pesquería de salmones reclamando el daño que ellos generaban en sus recursos pesqueros. Tal litigio, generó en la autoridad la necesidad de realizar un estudio para verificar la abundancia y distribución de los salmones escapados. El estudio arrojó que sólo en ese año

⁸⁷ TOMPKINS, DOUGLAS; Entrevista otorgada a Revista “*Salmonicultura, El mundo del Salmón*”; Octubre, Chile, 2005, páginas 34-37.

⁸⁸ CLAUDE, MARCEL; Entrevista otorgada a Revista “*Salmonicultura, El mundo del Salmón*”; Febrero, Chile 2006, páginas 25-27.

⁸⁹ CLAUDE, MARCEL y OPORTO, JORGE (Edit.); *Op Cit*; página 15.

⁹⁰ CASAS-CORDERO RECALÉ, ESTHERANA; “*Exploración de indicadores del desempeño ambiental de la Industria del Salmón en centros de engorda en el Sur de Chile*”; Tesis presentada como parte de los requisitos para optar al grado de Licenciado en Ciencias Ambientales y al título de Ingeniero en Medio Ambiente y Recursos Naturales; Universidad de Viña del Mar, Chile, 2004, página 144.

⁹¹ CLAUDE, MARCEL y OPORTO, JORGE (Edit.); *Op Cit*; página 15.

⁹² *Ibid*; página 15.

fueron de alrededor de seis millones de individuos. Esto produjo la impresionante cifra de captura en la orilla para el año 1995 de 55 individuos por día.⁹³ Durante el estudio efectuado por la Dra. Doris Soto, se pudo determinar que la especie con mayor impacto potencial sobre la fauna nativa es el salmón Coho, puesto que tiene una alimentación diversa con mayor frecuencia de peces en la dieta.⁹⁴

c) Uso de biocidas y antibióticos: Desde sus inicios, la industria salmonera nacional ha registrado un aumento sostenido del uso de antibióticos para prevenir enfermedades. En comparación con Noruega, los niveles de uso son notablemente superiores. Existe un serio problema por la administración de estos antibióticos ya que no solo llega a los peces enfermos sino que también a los sanos, creando resistencia a futuros medicamentos para atacar las enfermedades cotidianas.⁹⁵ De estas sustancias, a las que se reconoce un mayor efecto sobre el ambiente por sus niveles de uso son los anti incrustantes y los quimioterápicos.⁹⁶

d) Importación de ovas: Desde la llegada de las primera ovas a nuestro país, se han introducido varias enfermedades exóticas que afectan principalmente a las especies salmonídeas y que eventualmente pueden traspasarse a la ictiofauna local. Al importar ovas se introducen especies ajenas a nuestros hábitats, con resistencia a cierto tipo de enfermedades y debilidad ante otras. Inclusive, por falta de control sanitario estas ovas han portado bacterias y virus que al enfrentarse con un ambiente diferente al originario pueden multiplicarse con rapidez.⁹⁷

e) Transformación del paisaje: Ha sido ampliamente discutida en Noruega, teniendo relación con el uso compartido de la zona costera, el cual es un objetivo de las autoridades tanto marítimas como ambientales en Escocia, Noruega y Canadá. En el marco legal no se establecen bases que fomenten el equilibrio entre el turismo y la acuicultura, siendo el turismo una de las actividades que recibe un mayor impacto por la transformación del paisaje derivado de la acuicultura. En orden a construir un clima de mayor confianza y de generar externalidades positivas, se han formado alianzas estratégicas entre operadores de turismo y las empresas de cultivo, ofreciendo tours a visitantes y turistas en donde pueden conocer in situ las diferentes etapas en la producción de salmones en Chile.⁹⁸

⁹³ SOTO, DORIS; “*Situación actual de los Efectos ambientales de la salmonicultura en el Mundo y en Chile*”; Laboratorio de Ecología Acuática, Instituto de Acuicultura, Facultad de Pesquería y Oceanografía, Universidad Austral de Chile, Puerto Montt, Chile, 2000, página 56.

⁹⁴ *Ibid*; página 57.

⁹⁵ CLAUDE, MARCEL y OPORTO, JORGE (Edit.); *Op Cit*; página 16.

⁹⁶ CASAS-CORDERO RECALÉ, ESTHERANA; *Op Cit*; página 152.

⁹⁷ CLAUDE, MARCEL y OPORTO, JORGE (Edit.); *Op Cit*; página 20.

⁹⁸ CASAS-CORDERO RECALÉ, ESTHERANA; *Op Cit*; página 161-162.

f) Interacción con la fauna marina: Para los cultivos, tanto las aves como los mamíferos marinos representan un potencial riesgo, debido a que intentan introducirse dentro de las jaulas en búsqueda de un alimento que se les presenta como de fácil obtención y con una alta disponibilidad. Para un cultivo, el hecho de que un lobo intente obtener alimento de las balsas, significa daños en los peces, produciendo hematomas y desgarros en los músculos del pez alterando la calidad en la carne, y ocasionando rasguños por donde pueden ingresar patógenos.⁹⁹

Pese a lo contundente de las afirmaciones anteriores, el gremio salmonero ha iniciado desde hace unos años una fuerte política de defensa en cuanto a estas acusaciones, basados en estudios propios y actuaciones conjuntas de buena fe en torno a la integración de nuevas actitudes ambientales y en la búsqueda de soluciones y mitigación.

En primer lugar, RAÚL ARTEAGA, Gerente y Representante de Salmón Chile para la Décima y Undécima regiones señaló, en entrevista realizada para Revista NOS, que el Royalty a la actividad acuícola del salmón no se justifica, aún cuando esta sea aplicada por el daño medio ambiental que provocan. En este sentido, señaló que “(...) aunque suene duro de oír, toda actividad humana genera algún grado de contaminación y que si se piensa en esa lógica debiera aplicarse un impuesto especial a todas las actividades productivas”¹⁰⁰

En segundo lugar, creemos importante señalar que la Subsecretaría de Pesca destacó en su primer Informe Ambiental de la Acuicultura, publicado en Febrero de 2006, que “existe un alto grado de cumplimiento de las exigencias ambientales establecidas en la regulación vigente”¹⁰¹. El documento, contenía el análisis de los primeros Informes Ambientales, que cada año deben entregar los titulares de cada concesión acuícola y que consigna el estado ambiental de los centros en sus momentos de carga. En este caso se trataba de los correspondientes al período comprendido entre Febrero de 2003 y Diciembre de 2004 junto con las fiscalizaciones efectuadas por el Servicio Nacional de Pesca. Según el documento, el 95% de los centros evaluados, de los cuales 52% aproximadamente correspondía a salmónidos, se encontraba en situación de aerobia, es decir en buen estado ambiental y sólo el 5% presentaba condiciones de anaerobia.¹⁰²

⁹⁹ *Ibid*; página 163.

¹⁰⁰ ARTEAGA, RAÚL; “*El Royalty no se justifica*”, Revista NOS, Marzo, Chile, 2007, página 54.

¹⁰¹ Memoria Anual Salmonicultura en Chile; Salmón Chile, Asociación de de la Industria del Salmón de Chile A.G, página 77.

¹⁰² *Ibid*; página 77.

Además, el 26 de Abril de este año un segundo grupo de empresas de la Industria del Salmón se certificó en la Norma Chilena 2807 de Producción Limpia. El cumplimiento de las tareas incluidas en el acuerdo voluntario fue verificado previamente por auditores externos y validados por el Servicio Nacional de Pesca, la Subsecretaría de Salud Pública, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la Comisión Nacional del Medio Ambiente y el Consejo Regional de Producción Limpia. Cabe hacer presente, que este acuerdo salmonero fue firmado en 2002 por el Gobierno de Chile y 48 Empresas del sector, que representan el 81% del total de las exportaciones del salmón y trucha.

Adicionalmente, debemos señalar que no existe sector productivo que sea más regulado en términos medioambientales que la salmonicultura. El sector se rige principalmente por las disposiciones ambientales de la Ley General de Pesca y Acuicultura, Ley de Navegación y Ley de Bases del Medioambiente, junto con sus respectivos reglamentos. En forma conjunta, se debe informar anualmente acerca del estado de cada instalación.

Sumado a lo anterior, las principales disposiciones del marco regulatorio específico tienen como objetivo: a) La mantención de fondos marinos en condiciones aeróbicas: Esto es de vital importancia ya que si bien es cierto, las empresas acuícolas han sido indicadas como las principales culpables del fenómeno de la eutroficación, creemos necesario señalar que a juicio de la Dra. DORIS SOTO, la información de la capacidad de carga crítica para recibir nitrógeno antes de comenzar a desarrollar problemas de eutroficación se desconoce. Las proposiciones no tienen asidero científico técnico a menos que se realicen estudios de capacidad de carga por área o sub área.¹⁰³ De este modo, es responsabilidad de los propios actores regular y limitar todo impacto o fenómeno extra ambiental, toda vez que nuestra legislación impide la intervención del lecho marino, incluso con carácter científico. Por otro lado, la Ley N.º 18.892 en su artículo 74 inciso tercero señala que “La mantención de la limpieza y del equilibrio ecológico de la zona concedida, cuya alteración tenga como causa la actividad acuícola será de responsabilidad del concesionario, de conformidad con los reglamentos que se dicten”¹⁰⁴; b) Restricción al uso de sustancias antiincrustantes que contengan elementos tóxicos no degradables o bioacumulables; c) Manejo adecuado de residuos; d) El alimento sustentado a los peces debe ser de alta digestibilidad; e) Se requiere de un plan de prevención y recaptura de peces en caso de escape de salmones.

¹⁰³ Dra. SOTO, DORIS; “*Situación actual de los Efectos ambientales de la salmonicultura en el Mundo y en Chile*”; Laboratorio de Ecología Acuática, Instituto de Acuicultura, Facultad de Pesquería y Oceanografía, Universidad Austral de Chile, Puerto Montt, Chile, 2000, página 49.

¹⁰⁴ Ley N.º 18.892, General de Pesca y Acuicultura, publicada en el Diario Oficial con fecha 15 de Noviembre del año 1983.

En cuanto al uso específico de antibióticos, Salmón Chile ha indicado que se utilizan sólo fármacos autorizados, por expresa disposición del Reglamento Sanitario. Además, se verifica el cumplimiento de los límites máximos de residuos para consumo humano, según el fármaco de que se trate. Por otro lado, se adoptan las medidas y programas en forma voluntaria para prevenir enfermedades y el uso adecuado de productos farmacéuticos.¹⁰⁵

Finalmente, en relación al escape de peces debemos señalar que en la actualidad la probabilidad de que se produzca un escape accidental e involuntario de salmones es muy baja. Lo anterior, es debido a la seguridad y eficiencia en las operaciones y es el resultado de innovaciones en las redes para jaulas rígidas. Además, existen estudios, como los hechos en Canadá por el Departamento de Pesca y Oceanografía del Gobierno, que señala que los riesgos Ecológicos del salmón de cultivo escapado para la fauna nativa son mínimos. Lo anterior, sumado a que en Chile el salmón puede ser considerado una especie nativa por su ya lejana introducción a las aguas chilenas, hace necesario pensar que su impacto, en la actualidad, no genera efectos nocivos absolutos.¹⁰⁶

De esta manera, creemos haber expuesto de manera fidedigna toda la información suficiente como para formarnos un juicio acertado y contundente en cuanto a si es posible extender los fundamentos jurídicos del Royalty a la minería a un eventual Royalty a la actividad acuícola del salmón. Nuestras opiniones y consideraciones finales serán fruto de nuestras conclusiones que a continuación se expresarán.

¹⁰⁵ Informe Económico Salmonicultura 2006; Salmón Chile, Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. página 87.

¹⁰⁶ *Ibid*; página 89.

Conclusiones

1.- Chile es propietario de un gran número de riquezas naturales propias de nuestra geografía y factores ambientales únicos en el mundo. Por lo tanto, debemos ser capaces de comprender que estos bienes son de un alto valor agregado por el hecho de ser naturales. Si a esto le agregamos un fuerte contenido y protección Medioambiental, que se cumpla en forma certera y apropiada, creemos no existen fundamentos a priori para la imposición de cánones o regalías en favor del Estado ya que ésta no es la forma de protección de dichos recursos. Si bien es cierto, luego de la Segunda Guerra Mundial la discusión de los Estado en cuanto a los recursos naturales giro, en uno de sus puntos, en la soberanía de dichos recursos, no debemos alejarnos de que estas ideas proteccionistas nacieron como métodos de reivindicación estatal o nacional, frente a la explotación de actores que en muchos casos eran extranjeros. En consecuencia, la imposición de cánones por daño ambiental debe dejarse fuera de discusión, ya que se ha demostrado que existen mecanismos apropiados para el manejo y desarrollo sustentable de recursos, tarea que obviamente está en manos del Estado.

2.- En cuanto al primero de los fundamentos jurídicos tenidos en cuenta para la aplicación de un Royalty a la actividad acuícola del salmón, es necesario precisar su contenido y extensión. Hemos expuesto de manera clara y concisa en cuanto a los diferentes factores que intervienen en la producción de salmones. Esto trae como consecuencia, que sea imposible limitar un posible dominio público a las aguas, sin comprender en ellas factores, incluso externos, como la temperatura, salinidad, gases disueltos, entre otros. De esta manera, debemos concluir que la producción de salmones esta afecta a un equilibrio o sistema que no podemos denominar de otra manera que Medio Ambiente. En consecuencia, la mirada debe ser dirigida, ahora, a un posible dominio público Medioambiental. Al respecto, creemos que es imposible sostener hoy en día dicha situación, ya que como señala BRAÑAS BALLESTEROS la noción de patrimonio supera la del concepto de dominio entre Nación y esos Bienes. Por lo tanto, existiría una potestad sobre esos bienes “(...) que les permite regular el uso y disposición de los mismos, incluso en los casos en que ellos son civilmente de propiedad de personas específicas o morales distintas de la nación”, de este modo, sólo queda reconocer al Estado su carácter de garante, con facultades, derechos y obligaciones. Si comprendiéramos que existe un dominio sobre éste, dejaríamos abierta la posibilidad de que el Estado pudiera desprenderse o disponer de su administración, lo que resulta inadmisibles. Además, el dominio público debatido en el Royalty a la minería tuvo que ver en cuanto al recurso que se explota y se comercializa. En la actividad acuícola, el producto que se produce son salmones sobre los cuales tampoco existe un dominio público.

3.- Por otro lado, también resulta inadmisibles la extensión del concepto de recurso no renovable utilizado para la actividad minera y propia de la institución de las regalías, toda vez que en la acuicultura se utilizan recursos renovables, como lo son el agua y los propios salmones. Lo anterior, es fundamentado desde la perspectiva de los conceptos utilizados para recursos no renovables y refrendados por nuestra propia legislación, al establecer en forma expresa, en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, que el agua es un recurso renovable.

4.- Unido a lo anterior, la única forma de extender este carácter de no renovable es mediante la idea de sostener que el daño medio ambiental producido por las salmoneras deja a los recursos utilizados en su producción en estados de no renovables por su incapacidad de renovarse por sí solo en tiempos razonables. Sin embargo, creemos que esta extensión de ideas es antojadiza y adolece de real fundamento teórico y práctico, toda vez que se intenta expandir los fundamentos de un Royalty aplicado a una actividad que desde su origen es distinta a la acuicultura, es decir, hablamos de actividades extractivas versus las productivas como lo son la minera y acuícola respectivamente.

5.- Sin embargo, nos parece que deben ser atendibles las alertas sobre daños ambientales. No es menor que una actividad tan importante para la economía nacional produzca daños a recursos que como hemos visto tiene un alto valor agregado y son parte del capital o acervo del Estado. Empero, también deben ser reconocidos y valoradas las actitudes medioambientales y el firme compromiso por mejorar las técnicas utilizadas para aminorar los daños ambientales, muchas veces auto impuestas por las empresas del sector.

6.- Fruto de lo anterior, no es viable la imposición de un Royalty a esta actividad por daño ambiental. Nos sumamos a las palabras de don Raúl Arteaga, en cuanto señala que existen en toda actividad intensiva un efecto negativo sobre nuestro entorno. Por lo tanto deberíamos aplicar un Royalty a toda actividad y cadenas productivas lo que es francamente impensado. Además, debemos rescatar el hecho de que la actividad acuícola es la única que tiene un reglamento ambiental propio, no existe otra actividad en Chile que tenga mayor reglamentación. Lo anterior, unido al Acuerdo de Producción Limpia, junto con la obligación de someterse el proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y las eventuales responsabilidades por daño ambiental establecidas en la propia ley sobre concesiones acuícolas, nos hacen sostener que un Royalty a esta actividad por los daños que producen es, a lo menos, excesivo.

7.- Aún cuando esta conclusión sea pasada por alto y se llegara a aplicar en un tiempo futuro un Royalty a las actividades acuícolas, creemos que todas estas obligaciones antes mencionadas perderían de toda finalidad práctica. Lo anterior, ya que eventualmente las empresas acuícolas, al ser interpeladas por acciones de responsabilidad ambiental, podrían aducir que ellas ya han pagado su compensación en forma invariable e inalterada por el pago de un Royalty. De este modo, el Estado chileno estaría creando un nuevo derecho para estas empresas que sería el derecho a contaminar.

8.- No es posible extender los fundamentos jurídicos del Royalty de la minería a la actividad acuícola del salmón. Si bien es cierto, existe un dominio público sobre las aguas, como hemos señalado, debemos ser capaces de extender la mirada primitiva que se tiene sobre el medio en el cual se producen los salmones. Este sistema no puede ser otro que el denominado Medio Ambiente, sobre el cual no existe un dominio público por parte del Estado. Aún así, tampoco es posible extender el concepto de recursos no renovables, toda vez que el agua y salmones son de calificación contraria, es decir de carácter renovable, hecho que ha sido establecido de manera categórica en líneas anteriores.

Bibliografía

- AA.VV.; “*Estado de la situación y perspectivas de la acuicultura en Chile*”; Instituto de Fomento Pesquero, IFOP.
- AA.VV.; “*Salmonicultura en Chile*”; Fundación Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO Y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL; “*Curso de Derecho Civil. De los Bienes.*”; Editorial Nacimiento, Tomo II, Chile, 1957.
- ARTEAGA, RAÚL; “*El Royalty no se justifica*”; Revista NOS, Marzo, Chile, 2007.
- AYLWIN AZOCAR, PATRICIO; “*Derecho Administrativo*”; Editorial Universitaria, Tomo I, Chile, 1960-1961.
- BRAÑAS BALLESTEROS, RAÚL; “*Manual de Derecho Ambiental Mexicano*”; Fondo de Cultura Económico, México, 1994.
- CASAS-CORDERO RECALÉ, ESTHERANA; “*Exploración de indicadores del desempeño ambiental de la Industria del Salmón en centros de engorda en el Sur de Chile*”; Tesis presentada como parte de los requisitos para optar al grado de Licenciado en Ciencias Ambientales y al título de Ingeniero en Medio Ambiente y Recursos Naturales; Universidad de Viña del Mar, Chile, 2004.
- CLAUDE, MARCEL y OPORTO, JORGE (Edit.); “*La ineficiencia de la salmonicultura en Chile, Aspectos Sociales, Económicos y Ambientales*”; Fundación Terram, Registro de Problemas Públicos, Informe N° 1, Chile, 2000.
- CLAUDE, MARCEL; Entrevista otorgada a Revista “*Salmonicultura, El mundo del Salmón*”; Febrero, Chile 2006.
- CLARO SOLAR, LUIS; “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*”; Editora Nacional Gabriela Mistral, Tomo VI, Chile, 1979.
- DONALD A, NICHOLS Y CLARK W, REYNOLDS; “*Principios de Economía con enfoques Internacionales*”; Nueva Editorial Interamericana, México, 1972.

- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE; *“Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile”*; Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1967.
- FLEINER, FRITZ; *“Instituciones de Derecho Administrativo”*; Editorial Labor, Madrid, 1933.
- FUENTEALBA MOENA, RENÁN; *“Royalty: Perfectamente Constitucional y necesario”* en www.asuntospublicos.org; Sección Economía, Informe número 409, Chile, Julio, 2004.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, EDUARDO; *“Curso de Derecho Administrativo”*; Editorial Civitas S.A, Madrid, 1992, Vol. II.
- GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO; *“La titularidad de los bienes del Dominio Público”*; Marcial Pons, Madrid, 1998.
- GÓMEZ LOBO, ANDRÉS y HERNÁNDEZ HÉCTOR en OLTREMARI, ARREGUI (Coord.) *“Gestión en Recursos Naturales. Un enfoque Integrado para el Desarrollo”*.
- GUZMÁN ROSEN, RODRIGO; *“La regulación Constitucional del Medio Ambiente en Chile. Historia, Doctrina y Jurisprudencia”*; Editorial Lexis Nexis, Chile, 2005.
- HUSCH, BERTRÁN y HORMAZABAL, CÉSAR; *“Nuestro Mundo cambiante, el hombre, los recursos naturales y el medio ambiente”*; Editorial Los Andes; Chile; 1996.
- Informe Económico Salmonicultura 2006; Salmón Chile, Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G.
- JARA CRISTI, MANUEL; *“Derecho Administrativo”*; Impresores N. Avaria e Hijo Ltda., Chile, 1943.
- LIRA OVALLE, SAMUEL; *“Curso de Derecho de Minería”*; Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Chile, 1998.
- MARIENHOFF, MIGUEL; *“Tratado del Dominio Público”*; Editorial TEA, Argentina, 1960.
- MARTINO MENDILUCE, FERNANDO; *“Diccionario de conceptos económicos y financieros”*; Editorial Andrés Bello, Chile, 2001.
- Memoria Anual Salmonicultura en Chile; Salmón Chile, Asociación de de la Industria del Salmón de Chile A.G., 2006.

- MENA VERGARA, VÍCTOR y CHARAD DAHÚD, EMILIO; “*Manual de Derecho Financiero*”; Editorial Jurídica, Tomo I, Chile, 1954.
- MERINO, ERNESTO; “*Derecho Administrativo*”; Imprenta Universitaria, Chile, 1936.
- MOLINA GUAITA, HERNÁN; “*Derecho Constitucional*”; Universidad de Concepción, Cuarta Edición, 1998.
- MONTT OYARZUN, SANTIAGO; “*El Dominio Público, Estudio de su Régimen especial de Protección y Utilización*”; Editorial Jurídica Conosur; Chile, 2002.
- MORALES CARRASCO, OMAR; “Sobre el Impuesto a la Minería (Royalty Minero)” en “*Revista de Derecho Universidad de Concepción*”; Volumen 72; Nº 215-216; Chile; 2004, página 73-82.
- MORENO, RAFAEL en OLTREMARI ARREGUI, JUAN; (Coord.) “*Gestión en Recursos Naturales. Un enfoque Integrado para el Desarrollo*”.
- ORRIS C, HERFINDAHL, “*Los recursos naturales en el desarrollo económico*”; Editorial Universitaria, Chile, 1970.
- OSSA BULENES, JUAN LUIS; “*Derecho de Minería*”; Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Chile, 1992.
- OSSA BULENES, JUAN LUIS; “*Boletín Minero*”; Número 1170, Junio, Chile, 2003, Artículo 11.
- PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, “*Manual de Derecho Constitucional*”; Tomo I, Editorial Ediar Conosur, Segunda Edición, Chile, 1987.
- REYES RIVEROS, JORGE; “*Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público*”; Editorial Jurídica, Chile, 1960.
- RIERA, PERE; GARCÍA, DOLORES; KRISTRÖM, BENGT Y BRÄNNLUND, RUNAR; “*Manual de Economía Ambiental y de los Recursos Naturales*”; Editorial Thomson Paraninfo, Madrid, 2005.

- SÁNCHEZ ALBAVERA, FERNANDO; “*Bases Conceptuales para la elaboración de una nueva agenda sobre los recursos naturales*”; Publicación de las Naciones Unidas, CEPAL, Chile, 2005.

- SILVA CIMMA, ENRIQUE; “*Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes.*”; Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1995.

- SOTO, DORIS; “*Situación actual de los Efectos ambientales de la salmonicultura en el Mundo y en Chile*”; Laboratorio de Ecología Acuática, Instituto de Acuicultura, Facultad de Pesquería y Oceanografía, Universidad Austral de Chile, Puerto Montt, Chile, 2000.

- TOMPKINS, DOUGLAS; Entrevista otorgada a Revista “*Salmonicultra, El mundo del Salmón*”; Octubre, Chile, 2005.

- VALDERRAMA HOYL, PABLO; “*En torno al debate sobre la aplicación de un Royalty o renta minera a la minería del cobre*”; Serie Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Extensión, Estudios y Publicaciones; Chile, Año 8 N° 280.

- VARAS CONTRERAS, GUILLERMO; “*Derecho Administrativo*”; Editorial Nacimiento, Chile, 1948.

- VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO y NOGUEIRA ALCALÁ; HUMBERTO; “*Derecho Constitucional*”; Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Chile, 1999.

- VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO y NAUDÓN DEL RIO, ALBERTO; “*Análisis Constitucional del Proyecto Ley que establece una Regalía Minera Ad-valorem y crea un Fondo de Innovación para la Competitividad*”; Informe en Derecho, Santiago, 2004.

- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO; “*Principios y Sistemas del Derecho Minero. Estudio Histórico y Dogmático*”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1992.

- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO; “*Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres)*” en Revista “*Ius et Praxis*”, Volumen 11, Número 2, Talca, 2005.

Textos Legales.

- Ley Número 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, publicada en el Diario Oficial con fecha 21 de Enero del año 1982.

- Ley N.º 18.892, general de Pesca y Acuicultura, publicada en el Diario Oficial con fecha 15 de Noviembre del año 1983.
- Ley Número 18.248, Código de Minería, publicada por el Diario Oficial con fecha 14 de Octubre del año 1983.
- Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de Marzo de 1994.
- Decreto Ley Número 600 del año 1974; Texto Refundido Coordinado y Sistematizado por DFL 523; publicado en el Diario Oficial con fecha 3 de Septiembre del año 1993.
- Decreto Ley Número 824; sobre Impuesto a la Renta; publicada en el Diario Oficial con fecha 31 de Diciembre del año 1974.