

La doctrina del *public trust* en EEUU en el contexto constitucional en Chile

Carl Bauer, Ph.D., Universidad de Arizona, EEUU

Universidad de Chile, Jornadas de Derecho de Agua

Santiago, Chile, 2 de sept de 2020

Muchas gracias a la Facultad de Derecho y al Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile por la invitación y la oportunidad de compartir con ustedes.

En mi conferencia hoy quiero dar cuenta de un proyecto colaborativo todavía en proceso, en el cual soy solo uno de muchos/as colegas. El *Public Trust Project* es un proyecto del Consejo Chile California y del Chile California Conservation Exchange, organizaciones que han trabajado temas de la zona costera en ambos países en los últimos años, junto con la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. En este caso, un grupo de 5-6 abogados/as norteamericanos, todos especialistas en el tema del *public trust*, se han reunido varias veces por zoom en los últimos meses, con un grupo de 10-12 abogados chilenos, conocidos especialistas en derecho ambiental, trabajando en universidades o en ONGs en Chile. Varios están presentes en estas Jornadas. Agradezco a Ralph Benson, Tomás McKay y David Tecklin por haberme invitado al equipo.

En el corto plazo debe estar disponible un informe (white paper) sobre la temática, en castellano, escrito por un grupo de los participantes en el proyecto. El informe presenta la doctrina del *public trust* en EEUU (y algunos otros países) y la analiza en el contexto constitucional y legal en Chile. El plan es publicitar ese informe y organizar una serie de reuniones y eventos públicos en Chile para conversarlo durante los meses que vienen, por zoom por supuesto. Nuestro ánimo es fomentar discusión de los pros y contras de la doctrina del *public trust* como un aporte al debate constitucional en Chile, reconociendo todas las diferencias de los contextos. Es bueno comparar y contrastar experiencias históricas.

Mis comentarios hoy no pretenden representar el análisis de este informe porque aún está en proceso. Espero animar al público aquí en estas Jornadas a estar atento y a participar en las reuniones públicas que se organicen en los meses que vienen. Mi objetivo hoy es solo introducir el tema en Chile con algunos antecedentes de EEUU que creo que serán útiles. Mi conferencia es un aperitivo.

La doctrina jurídica del *public trust*

En primer lugar, hay que definir la palabra *trust* en inglés en su sentido jurídico, no en su sentido común, el que se traduce normalmente como “confianza.” En el contexto legal, *trust* significa una estructura triangular del derecho privado, muy vieja y conocida en EEUU. Un *private trust* tiene tres componentes relacionados:

- ⇒ Los activos (alguna forma de valor económico, por ej. dinero, capital o tierra)
- ⇒ El *trustee* (quien tiene el deber fiduciario de administrar y cuidar los activos en beneficio del beneficiario, según las reglas establecidas en un caso determinado)
- ⇒ El beneficiario (quien recibe los beneficios de los activos sin poder administrarlos)

Tengo entendido que en el derecho chileno no existe tal mecanismo legal, por lo que no hay traducción fácil de la palabra “trust,” aunque seguramente hay maneras de hacer algo parecido...?

La idea del *public trust* es parecida:

- ⇒ Los activos son ciertos recursos naturales (tradicionalmente aguas navegables y las tierras asociadas)
- ⇒ El *trustee* es el gobierno (quien tiene el deber fiduciario)
- ⇒ El beneficiario es el público en general (quien tiene el derecho)

Según la doctrina, a grandes rasgos, el gobierno tiene el deber irrenunciable de administrar y cuidar ciertos recursos para el beneficio del público en general. Se suele citar el Código de Justiniano del derecho romano (año 535?):

“Estas cosas son comunes a la humanidad: el aire, el agua corriente, el mar y por tanto la orilla del mar.”

Históricamente en EEUU, es decir desde el Siglo XVII al Siglo XX, el tema principal del *public trust* era mantener y cuidar la navegabilidad de las aguas, sean ríos, lagos, o el borde costero, para fines del transporte y del comercio.¹

En EEUU, la doctrina del *public trust* fue rescatada de los archivos por un joven abogado ambientalista y profesor de derecho (Joseph Sax), en un artículo en una revista de derecho publicado en 1970. Fue durante el movimiento ciudadano ambientalista de los 1960 y justo al comienzo del auge de la nueva y moderna legislación ambiental, tanto al nivel de muchos estados como sobre todo al nivel del gobierno federal (nacional).

¹ Ver Carol Rose (1986) “The comedy of the commons: Commerce, custom, and inherently public property,” *Univ of Chicago Law Review* Vol.53, pp.711-781.

En el fondo el Prof. Sax argumentaba a favor de una revisión o control judicial más riguroso de la actuación de organismos administrativos así como también legislativos, como manera de reconocer y fortalecer los intereses públicos difusos en temas ambientales. Sax pensaba que los tribunales sabrían presionar a la legislatura y a las agencias del Ejecutivo para que abordaran los problemas y conflictos de manera más eficaz. En su artículo Sax hablaba del medio ambiente y recursos naturales en general, pero él era famoso también como experto en derecho de aguas. En los 1970-1980, la doctrina del *public trust* se hizo muy conocida, además de controvertida.

[Sax enfatizó un fallo hito de la Corte Suprema de EEUU en 1892, sobre el puerto de la ciudad de Chicago en el gran Lago Michigan. A pesar que el gobierno del Estado de Illinois le otorgó un terreno al lado del lago a una gran empresa privada de ferrocarriles, la Corte Suprema dijo que la transferencia no era válida. El fallo fue escrito por un juez famoso por intentar conciliar los intereses del gran sector privado y del gobierno. El *trust*:

“requiere que el gobierno del Estado preserve dichas aguas [navegables] para el uso del público. El *trust*...no puede ser renunciado a causa de una transferencia de la propiedad. El control del Estado para propósitos del *trust* no se puede perder nunca.”²]

Quiero señalar dos puntos antes de comentar el caso de California con más detalle.

- ⇒ Uno es que ha habido críticas a la doctrina del *public trust* por debilitar o vulnerar los derechos de propiedad privada...críticas a las que los partidarios de la doctrina deben responder;
- ⇒ El otro punto es que también es discutible si la doctrina del *public trust* implica una forma de propiedad pública (o dominio público), versus soberanía...

Habrá que volver a estos dos puntos.

En esta conferencia no me corresponde profundizar en el análisis comparado de las áreas del derecho chileno que tienen alguna similitud con el *public trust*: por ej., ciertos derechos constitucionales y la doctrina del dominio público. Mucha gente aquí presente conoce esta materia mejor que yo. Felizmente tengo colegas chilenos/as en este proyecto que son más expertos/as que yo en estas áreas y como grupo nos haremos cargo de estos temas en el informe y los eventos públicos a seguir....

² *Illinois Central Railroad v. Illinois* (1892), 146 U.S. 387. Dice el fallo: “The State can no more abdicate its trust over property in which the whole people are interested, like navigable waters and soils under them, ... than it can abdicate its police powers in the administration of government and the preservation of the peace.”

El caso de California

Quiero resumir dos fallos claves en la historia del derecho constitucional de aguas en California en el Siglo XX...creo que su relevancia para el derecho de aguas en Chile es evidente.

1. *Herminghaus v. Southern California Edison* (1926) y la Constitución de California (1928)

En 1926 la Corte Suprema de California falló en el caso de *Herminghaus v. Southern California Edison*, un conflicto entre distintos derechos de agua según la doctrina ribereña. Ustedes probablemente saben que en California y algunos otros estados hubo y hay dos doctrinas jurídicas de derechos de aguas, llamados derechos ribereños y derechos de apropiación, los que se interactúan de manera muy complicada (felizmente para la profesión de abogados). En este caso, sin embargo, se trataba solamente de derechos ribereños, según los cuales el dueño de terreno ribereño podía usar las aguas que fluyeran naturalmente por su propiedad.

En la cuenca superior del Río San Joaquín en la Sierra Nevada, la gran cordillera de California **[ver mapa]**, *Herminghaus* era dueño de terrenos ribereños y quería seguir su costumbre de ocupar sus aguas para regar pasto por inundación, de manera tradicional e ineficiente. *Southern California Edison* era una empresa eléctrica privada (la más grande del sur de California) que había firmado contratos con otros dueños de derechos ribereños de aguas en el mismo río, contratos que permitían que la empresa construyera obras para modificar los flujos para generar hidroelectricidad.

A pesar de argumentos de política pública a favor del uso hidroeléctrico, la Corte falló a favor de *Herminghaus* con el argumento que sus *derechos adquiridos no podían ser limitados sin su acuerdo*. Esta interpretación estricta provocó una reacción de protesta por parte tanto del establishment (incluyendo el U.S. Bureau of Reclamation) como de la opinión pública. Dos años después (1928), a través de un referéndum, el público aprobó una enmienda a la Constitución del Estado. La enmienda dice, en el fondo, que *no hay derecho adquirido a un uso de agua no razonable*. La cláusula constitucional sigue vigente en el día de hoy, y requiere que el uso de agua sea “razonable y beneficioso...en el interés del público y para el bien estar público.”³

³ “...the general welfare requires that the water resources of the State be put to beneficial use to the fullest extent of which they are capable, and that the waste or unreasonable use or unreasonable method of use of water be prevented, and that the conservation of such waters is to be exercised with a view to *the reasonable and beneficial use thereof in the interest of the people and for the public welfare*. *The right to water... is and shall be limited to such water as shall be reasonably required for the beneficial use to be served*, and such right does not and shall not extend to the waste or unreasonable use or unreasonable method of use or unreasonable method of diversion of water.” (California Constitution, Article 10, Section 2)

Lo que es “razonable” cambia en el tiempo y con las condiciones sociales. En 1928 los usos ambientales no eran considerados todavía, pero eso cambió más adelante.

2. *National Audubon Society v. Superior Court of Alpine County* (1983)

(fallo conocido popularmente como *Mono Lake*)

El segundo caso fue el fallo más importante sobre la doctrina del *public trust*. El caso tenía que ver con el sistema del Acueducto de la Ciudad de Los Angeles, el que trae agua desde el lado oriental de la Sierra Nevada, el Valle del Río Owens, a la Ciudad, una distancia de más de unos 300 km – [ver mapa]. El Acueducto original se construyó en los 1910s y desde entonces se han exportado aguas del Valle Owens a la Ciudad. (Hay una versión semi-verdadera de la historia en la película *Chinatown*, con Jack Nicholson y Faye Dunaway.) Más adelante, Los Angeles Department of Water and Power (LADWP) compró derechos ribereños de aguas en cuatro afluentes al lago y en 1940 solicitó derechos de apropiación adicionales a la *State Water Board*, agencia análoga a la Dirección General de Aguas en Chile. La *Water Board* advirtió de los impactos previsibles en el nivel del Lago Mono, pero dijo que la ley fijó el uso doméstico como la prioridad superior, y por tanto se otorgaron los derechos. Dijo la *Water Board*:

“Es lamentable que los planes de la Ciudad vayan a resultar en reducir las ventajas estéticas de la Cuenca Mono pero al parecer no hay nada que esta oficina pueda hacer para impedirlo.”⁴

La exportación de agua del Valle Owens aumentó en los 1970 después que Los Angeles construyó otro tubo del Acueducto y empezó a desviar los cuatro afluentes. Los impactos ambientales en el Lago Mono no se dejaron esperar, al caerse su nivel, y un grupo de ONGs ambientalistas fueron a los tribunales, tanto estatales como federales, en 1979-1980. En este caso, una Corte Federal le consultó a la Corte Suprema de California sobre la ley del Estado (la que controla los derechos de aguas).

La pregunta era, ¿qué es la relación entre el sistema de apropiación de derechos de aguas y la doctrina del *public trust*? Bajo el supuesto que eran contradictorios, ¿cuál de los dos domina al otro si entran en conflicto?

⁴ “This office therefore has no alternative but to dismiss all protests based upon the possible lowering of the water level in Mono Lake and the effect that the diversion of water from these streams may have upon the aesthetic and recreational value of the Basin.”

Fue notable la argumentación de la Corte. Primero, resumió tres elementos de la doctrina del *public trust*:

- ⇒ Propósito: Sus propósitos han cambiado en el tiempo...históricamente fueron navegación, comercio, pesca...ahora incluyen recreación y ecología;
- ⇒ Alcance: Al proteger las aguas navegables, el *public trust* afecta también las aguas no navegables que están conectadas;
- ⇒ El Estado tiene tanto la potestad como el deber de proteger las aguas navegables.

“El *public trust* es más que una afirmación del poder del estado a ocupar la propiedad pública para propósitos públicos. Es una afirmación del deber del estado a proteger la herencia común del pueblo en cuerpos de agua...”

Segundo, la Corte resumió el sistema de derechos de apropiación de aguas, el que fue establecido en California en el Siglo XIX y después codificado en la Ley de Aguas de 1913, la que estableció la *Water Board* (*Water Commission Act*). La Corte subrayó la importancia de la enmienda constitucional de 1928 mencionada arriba, la que “establece la política hídrica del Estado. Todos los usos de agua, incluyendo los usos del *public trust*, deben ahora conformarse al estándar de *uso razonable*.” La Corte agregó que las potestades y responsabilidades de la *Water Board* se habían incrementado gradualmente en el período desde 1940, cambios aprobados por el gobierno y por los tribunales.

Al final la Corte se negó a elegir entre las dos doctrinas, concluyendo que ambas tienen elementos esenciales para la planificación y asignación de aguas y que son compatibles, no contradictorias. Se trataba de “*buscar una acomodación*” entre las reglas y principios de ambas doctrinas, de manera equilibrada y pragmática. Por un lado,

“El Estado como soberano retiene el control de supervisión sobre sus aguas navegables y las tierras debajo de esas aguas. Este principio, fundamental al concepto del *public trust*...impide que alguien pueda adquirir un derecho adquirido de apropiar agua de manera perjudicial a los intereses protegidos por el *public trust*.”

Por otro lado, la Corte no cuestionaba la mantención de la tremenda infraestructura hídrica del Estado, con trasvases de larga distancia autorizadas legalmente por el sistema de derechos de apropiación, a pesar de sus innegables impactos ambientales negativos.

“Como asunto de necesidad histórica y actual, la Legislatura ...tiene la potestad de otorgar concesiones de uso para sacar aguas y usarlas en un lugar distante, aun cuando pueda perjudicar inevitablemente los usos del *trust* en la fuente...”

Al final la acomodación a la que llegó la Corte sirvió para flexibilizar el sistema y fortalecer una perspectiva histórica de más largo plazo.

“Al ejercer su potestad soberana de asignar los recursos hídricos de acuerdo al interés público, *el estado no está restringido a las decisiones de asignación del pasado, las que pueden ser incorrectas a la luz del conocimiento actual, o inconsecuentes con las necesidades actuales....*

“Está claro que algún ente responsable debería reconsiderar la asignación de las aguas de la Cuenca Mono.”

“Los usos humanos y ambientales del Lago Mono – usos protegidos por la doctrina del *public trust* – merecen ser tomados en cuenta. *Dichos usos no deberían ser destruidos porque el estado pensó erróneamente que carecía del poder para protegerlos.*”

Agradezco al Prof. Michael Blumm, quien es parte del equipo norteamericano de este proyecto y quien ha aportado mucho al informe en proceso, su paper de 2010 [ver ppt]. Su argumento es que la doctrina del *public trust* no atenta contra la propiedad privada en general, sino que busca acomodar la relación entre derechos privados y derechos públicos con respecto a determinados recursos, incluyendo las aguas.

?Que pasó después del fallo? Es una larga historia, pero el cuento corto es que varias agencias del gobierno estatal han hecho suya la interpretación de la Corte y la han intentado implementar en sus diversas áreas de jurisdicción (por ej., Coastal Commission, State Lands Commission, Water Board, State Resources Agency). La LADWP ha tenido que modificar sus operaciones del Acueducto por razones ecológicas, reduciendo el volumen de agua exportada del Río Owens al nivel de los 1960, antes del segundo tubo. Desde luego, el aumento de regulaciones ambientales de todo tipo a partir de los 1970 se debía a factores más allá de este fallo de 1983. El tema de cómo las agencias administrativas han implementado el *public trust* en California se va a abordar en reuniones futuras del Proyecto Public Trust.

Finalmente, hay que destacar que hay una historia esencial de pueblos indígenas en el Valle Owens la que suele ser olvidada, a pesar de la fama del caso. Estos pueblos están involucrados en conflictos de tierras y de aguas que datan del Siglo XIX y que han surgido con nueva fuerza social en años recientes. Ver la disertación doctoral de Sophia Borgias, aprobada en agosto de 2020.⁵

⁵ Sophia Borgias (2020) *Where water flows: Public interest, indigenous rights, and the Los Angeles Aqueduct*, Ph.D. dissertation, Geography, University of Arizona.

Derecho constitucional de aguas en Chile

Quiero terminar esta conferencia con una breve reflexión sobre el derecho de aguas en Chile. La doctrina del *public trust* en California comparte elementos y temas con la doctrina de bienes nacionales de uso público en Chile. En ambos casos se trata de acomodar los intereses privados y públicos en el aprovechamiento de recursos públicos. Yo sé que es un viejo tema jurídico en Chile, pero soy de quienes discrepamos de la interpretación actual del statu quo en el caso de aguas, según la cual los bienes nacionales de uso público pueden ser privatizados y comercializados *de hecho* a través del Código de Aguas, respaldado por el artilugio del último inciso del Artículo 19, N.24 de la Constitución de 1980. Yo sé que ese el sistema actual, pero creo que refleja una teoría económica más que legal.

No pienso que la Corte Suprema en Chile, ni menos el Tribunal Constitucional, vayan a actuar como la Corte Suprema en California. Pero creo que se entiende el razonamiento, y creo que es hora de reinterpretar algunos principios claves del derecho constitucional de aguas en Chile. Un tema fundamental será volver a pensar en la relación entre propiedad y soberanía, y su evolución en el tiempo. Esperamos que el Proyecto Public Trust aporte información y espacio para discutir esa relación en esta coyuntura histórica.