N° 9 | 20 de octubre 2023
Apuntes de política ambiental

FIMA
ONG - Desde 1998

Propuesta Constitucional 2023 y Medio Ambiente

El día miércoles 4 de octubre el Pleno del Consejo Constitucional, instancia soberana de toma de decisiones del proceso en curso, terminó las votaciones respectivas a temas ambientales para el nuevo texto constitucional.

A pesar de la última instancia para algunos de los artículos, de ser analizados en una comisión mixta entre consejeros constitucionales y expertos, ya se pueden dilucidar las implicancias que podría tener para las personas y los ecosistemas de nuestro país las disposiciones incorporadas en la propuesta constitucional.

En el presente documento[1] argumentamos por qué el texto no significaría un avance significativo en temas ambientales, donde incluso varios de los artículos propuestos por el Consejo Constitucional significan un retroceso, respecto del texto actual. Además, se da cuenta algunas técnicas legislativas que tienen un resultado contradictorio y potencialmente opuesto a la protección ambiental.

I. ¿Avances? y retrocesos en la discusión constitucional ambiental

1. Un medio ambiente para producir, no para vivir

Una primera gran dimensión del resultado del Consejo Constitucional en materia ambiental es una visión tensionada entre la protección ambiental y la dimensión económica. Observamos que el

1 Documento elaborado por Antonio Pulgar Martínez y Carolina Palma Correa, ONG FIMA, actualizado a lo votado por el Consejo Constitucional, previa discusión a Comisión Mixta.

texto presenta de manera transversal una idea sesgada y no concordante con el avance de la dogmática nacional, internacional y comparada en torno a la discusión ambiental.

Sobre el nombre del capítulo XIII "*Protección del Medio Ambiente, Sustentabilidad y Desarrollo*", si bien se podría considerar un avance el establecimiento de un capítulo específico de temas ambientales en la propuesta, su título da cuenta de un problema profundo sobre la idea de sustentabilidad y desarrollo, contrario a la evolución que temáticas como el "desarrollo sostenible" han tenido desde finales de la década de 1980.

La propuesta los aborda como elementos fragmentados o inclusive contrapuestos. Esto es contrario a la comprensión más generalizada en torno a la sustentabilidad, que refiere justamente a la promoción de realizar actividades productivas protegiendo, al mismo tiempo, la capacidad de carga de los sistemas naturales del planeta, de manera de no comprometerlos para las futuras generaciones.

Al estar plasmado a lo largo de todo el texto constitucional, da cuenta de las dificultades en la técnica legislativa empleada. Como se verá, esto también podría incorporar la dimensión del desarrollo económico en todas las acciones públicas de protección ambiental. La constitución actual, que emplea una fórmula imperfecta para la época, pero que aborda el problema de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, establece ese deber específico del Estado en la preservación ambiental, sin otro elemento a considerar.

Así, la propuesta construye la cuestión ambiental, considerando el desarrollo económico susceptible de delimitar el ámbito de protección de la garantía constitucional al medio ambiente libre de contaminación. No podemos olvidar que uno de los primeros elementos que el Consejo eliminó del anteproyecto de la Comisión Experta, fue la referencia a vivir en un medio ambiente "que permita la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones".

De tal manera, la noción de desarrollo empleada es ideológicamente cargada, ya que comprende como objetivo principal de la política pública ambiental al crecimiento económico. Una muestra de este desbalance es que la protección ambiental no se considera como un elemento a ponderar en la regulación del orden público económico.

Ejemplo de ello es que la propuesta del artículo 16.32, que regula el derecho de las personas a desarrollar actividades económicas se mantiene casi sin alteración al texto del artículo 19 N° 21 de la Constitución vigente. Inclusive, la propuesta solo se refiere a una consideración de la preservación ambiental, restringido a los deberes de Estado de promover la innovación y el emprendimiento.

Esto, en la práctica, es potenciar una visión que observa la preservación de la naturaleza como un "antagonista" de la discusión económica. Lo anterior, es un sesgo ideológico profundo, que da cuenta del objetivo político de dicha regulación, que observamos con cautela y preocupación. A continuación analizamos algunos ejemplos:

> **Artículo 11.** *Es deber del Estado la protección del medioambiente velando por el cuidado y conservación de la naturaleza, su biodiversidad y promoviendo la sustentabilidad y el desarrollo.*

Comentario: Esta disposición reitera el error de comprensión señalado previamente, respecto al tratamiento de la sustentabilidad y el desarrollo como aspectos fragmentados. Ahora bien, la disposición modifica algunos aspectos del actual artículo constitucional 19 N° 8, en lo que refiere a los deberes estatales.

Así, la propuesta del Consejo modifica la voz "tutelar la preservación de la naturaleza" por el "cuidado y conservación de la naturaleza, su biodiversidad". Pero a dicho deber, se le agrega un elemento de consideración importante, que se encuentra precedido, como ya hemos comentado, por una deficiencia en la comprensión de aspectos de economía y protección de la naturaleza. De tal manera, el deber de protección del Estado ya no se refiere únicamente al cuidado y conservación de los componentes ambientales, sino que a la consideración de la promoción del desarrollo.

Lo anterior genera un contrapeso para el desarrollo de las obligaciones públicas en torno a materias ambientales. De tal manera, la incorporación de esta disposición implicaría un retroceso del estado de cosas actual.

Artículo 16

21. El derecho a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, que permita la sustentabilidad y el desarrollo.

a) Es deber del Estado velar porque este derecho no sea afectado y tutelar por la preservación de la naturaleza y su biodiversidad.

b) La Ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

Comentario: Consideramos que la caracterización del ambiente como "sano", además de solo libre de contaminación constituyen un avance respecto a la formulación de la Constitución actual. Sin embargo, el objetivo de consagración propuesta por el Consejo Constitucional busca permitir el desarrollo, sin especificar de qué tipo, lo que podría postergar la satisfacción de este derecho fundamental, preponderando la explotación de ecosistemas para efectos de generar desarrollo económico en general, pero sin asegurar su distribución.

Por último, consideramos que este artículo en su disposición final significa un retroceso incluso a la situación constitucional actual, generando un texto contradictorio y abiertamente contrario a la protección ambiental.

Artículo 208. *Es deber del Estado y las personas proteger el medio ambiente y promover la sustentabilidad.*

La protección del medio ambiente comprende la conservación del patrimonio ambiental y la preservación de la naturaleza y su biodiversidad, de conformidad a la ley.

La sustentabilidad supone que el desarrollo económico requiere el mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.

En estas tareas el Estado promoverá la colaboración público-privada.

Comentario: Este artículo tiene grandes similitudes con el anteriormente comentado. Si bien no se considera negativo, sí podría generar un riesgo de "escape" el deber del Estado de promover la colaboración público-privada para asuntos ambientales, generando incertidumbres. Esto se observa en la posibilidad de que, en lo que dice relación con aspectos esenciales de la calidad y sistemas de vida de las personas, queden a disposición de la dependencia de la voluntad de colaboración y financiamiento por parte del sector privado.

Artículo 211. *Es deber del Estado la promoción de una matriz energética compatible con la protección del medio ambiente, la sustentabilidad y el desarrollo, así como de la gestión de los residuos, de conformidad a la ley.*

Comentario: Actualmente en el plano constitucional no existen disposiciones sobre la discusión energética. De este modo, pareciera algo positivo incorporar a las temáticas del derecho público esta discusión.

Ahora bien, este artículo busca equilibrar la protección ambiental con el desarrollo en torno a la transición energética. Tal como se ha comentado en los artículos anteriores, la incorporación de nuevos elementos de ponderación para la ejecución de este deber público, deja abierto a la interpretación de cada gobierno el desarrollo de esta política pública, sin apuntar a la generación de resiliencia y transición energética justa en los territorios.

Otro aspecto a considerar es la aparente consideración de las voces territoriales en esta discusión. Esto se cristaliza en la ausencia del reconocimiento de la dimensión social de la discusión sobre energía, referido al derecho de acceso a ésta, como condición esencial para el ejercicio de otros derechos humanos.

En tal sentido, la discusión sobre generación, distribución o almacenamiento a pequeña escala, enfocada en la satisfacción de las necesidades de la población local, que garantice el derecho al acceso a un servicio adecuado, no son recogidas en la discusión, y se mantienen enfocadas en la promoción de la inversión privada.

1.2. La mantención del status quo

El capítulo XIII, que aborda la protección del medio ambiente, sostenibilidad y desarrollo, omite disposiciones que aborden la regulación de bienes comunes naturales o bienes nacionales de uso público de origen natural, como las aguas de mar, el aire o la biodiversidad. La regulación de las reglas que conducen al uso o explotación de algunos de estos componentes ambientales, mantiene la misma lógica que la constitución vigente, ya que son reguladas bajo el alero del derecho de propiedad.

Esto exacerba el carácter meramente instrumental de la propuesta constitucional, de manera en que lo que prepondera es su lógica de producción y explotación de los recursos naturales y los territorios, dejando de lado toda comprensión de éstos como elementos de ecosistemas vitales para el ser humano y la naturaleza.

Por otro lado, la mayoría de los artículos que se encuentran en la propuesta constitucional no responderían siquiera a un avance en la protección ambiental de los componentes ambientales, a pesar de que hayan sido justamente integrados en ciertas materias ambientales.

Esto, toda vez que los artículos que analizaremos a continuación versan sobre temáticas que ya existen en nuestra legislación actual y compromisos internacionales de los que Chile es parte, no constituyendo una dirección distinta a la institucionalidad que ya tenemos.

Pareciera ser, más bien, que su objetivo es mantener el estado de cosas sin mayores cambios. Esto es complejo para los desafíos de justicia ambiental y climática que son manifiestos en nuestro país desde hace décadas. Esto es manifiesto en la mantención de la regulación de materias como concesiones mineras o derechos de aprovechamiento de agua, que se mantienen en la regulación del derecho de propiedad.

Por último, todo el capítulo referido a la protección del medio ambiente, sostenibilidad y desarrollo, tiene muy poca fuerza vinculante. El recurso de protección regulado en el artículo 26 de la propuesta, restringe su aplicación a lo regulado en el artículo 16 referido a garantías constitucionales. Esto quiere decir que los incumplimientos del capítulo específico no tienen instrumentos para hacerlos exigibles. Esto podría implicar que aspectos como la democracia ambiental -acceso a la información, a la participación pública y a la justicia-, los deberes de las personas en la preservación ambiental o los deberes públicos sobre mitigación y adaptación al cambio climático no tengan forma de ser justiciables.

Acá argumentamos con algunos ejemplos:

> **Artículo 16**
>
> *30. El derecho al acceso al agua y al saneamiento, de conformidad a la ley. Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras.*
>
> *Asimismo, es deber del Estado promover la seguridad hídrica, acorde a criterios de sustentabilidad. La legislación, regulación y gestión deberán incorporar todas las funciones de las aguas, priorizando el consumo humano y su uso doméstico de subsistencia.*

Comentario: Que el Consejo Constitucional reconozca el derecho al acceso al agua y al saneamiento es un avance respecto al ordenamiento constitucional actual, entendiendo que este estatus solo fue incorporado al Código de Aguas con la reforma de abril de 2022, por medio de la Ley N° 21.435, casi en términos idénticos.

Una obligación para el Estado, respecto de garantizar el derecho a las generaciones actuales y futuras, es una forma concreta de establecer los deberes públicos sobre la garantía de este derecho para las miles de personas que al día de hoy están privadas de ella en Chile. Ahora bien, y sin entrar en el análisis del artículo siguiente, queda abierto de contenido la referencia a "la seguridad hídrica, acorde a criterios de sustentabilidad", en razón de la problemática conceptualización de estas categorías a lo largo del texto.

> **Artículo 16.**
>
> *35. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*
>
> *a) Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella*

y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales y la seguridad de la Nación, la utilidad y la salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental.

g) Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos y, en caso de caducidad, el afectado podrá requerir a la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

i) El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este inciso.

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

k) Las aguas, en cualquiera de sus estados y en fuentes naturales u obras estatales de desarrollo del recurso, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenecen a la Nación toda. Sin perjuicio de aquello, podrán constituirse o reconocerse derechos de aprovechamiento de aguas, los que confieren a su titular el uso y goce de éstas, y le permiten disponer, transmitir y transferir tales derechos, en conformidad a la ley.

Comentario: Según el último literal de este artículo, el Consejo Constitucional mantiene el estado actual de distribución de poder en la gestión hídrica, por medio de la contitucionalización de todas las facultades del derecho de propiedad. Lo anterior busca mantener sin contrapesos el estado actual de la toma de decisiones en las cuencas, lo que sería posible por medio de la incorporación de los derechos de aprovechamiento a esta disposición.

Con esto, las garantías desarrolladas anteriormente sobre el acceso al agua y al saneamiento, quedan a merced de la mantención de la privatización en la gestión hídrica en Chile.

Se eleva a rango constitucional la incorporación de las garantías del derecho de propiedad sobre el título concesional, referido a las facultades de uso, goce y disposición, así como transmisión y transferencia. Con esto, se busca exacerbar la orientación actual, en la medida que se asegura la certeza jurídica de los actuales titulares, así como las facultades que estos derechos de aprovechamiento les otorgan.

Artículo 209. *La Constitución garantiza el derecho de acceso a la justicia, a la información y a la participación ciudadana, en materias ambientales, de conformidad a la ley.*

Comentario: Los derechos de acceso a la información, participación y justicia en materias ambientales son derechos ya reconocidos a nivel normativo y jurisprudencial dentro de nuestro país, donde el instrumento más reconocido es el Acuerdo de Escazú, del que Chile es parte. En ese sentido no implica un avance significativo, aunque sí es un artículo nuevo respecto a la propuesta original de la Comisión Experta.

Artículo 210. *El Estado promoverá la educación ambiental, de conformidad a la ley.*

Comentario: Este artículo implica una regresión respecto a la propuesta original de la Comisión Experta. Si bien resulta necesario que el Estado promueva la educación ambiental a nivel constitucional, la aprobación de este artículo implicó la exclusión del texto de una propuesta fundamental, que planteaba "la distribución de cargas y beneficios ambientales estará regida por criterios de equidad y participación ciudadana oportuna, de conformidad a la ley".

Esta frase responde a la definición del principio de justicia ambiental, y su inclusión al texto constitucional implicaba un avance significativo para nuestro ordenamiento jurídico. Esta podría haber tenido bajadas concretas para territorios que están sufriendo los embates de la inequidad a propósito del desarrollo económico, como lo son por ejemplo las llamadas zonas de sacrificio ambiental. Para el futuro, podría significar su uso para velar por el derecho de las personas a acceder a mínimos ambientales, como el agua o la alimentación.

De tal manera, la propuesta final reemplazó un avance real sobre la cuestión ambiental, y propuso la incorporación de un aspecto que se encuentra ya incorporado a nuestro sistema jurídico. Así, como se señaló, el desarrollo de esta disposición constitucional demuestra el retroceso en la discusión en el seno del Consejo.

> **Artículo 213.** *El Estado implementará medidas de mitigación y adaptación, de manera oportuna, racional y justa, ante los efectos del cambio climático. Asimismo, promoverá la cooperación internacional para la consecución de estos objetivos.*

Comentario: Es un avance que el Consejo Constitucional, que en su discusión en comisión propuso rechazar este artículo, haya claudicado y haya repuesto el reconocimiento del cambio climático en el texto constitucional. Sin embargo, llama la atención la disposición de la palabra “racional” para la implementación de medidas climáticas, pues es un potencial argumento para la inacción del Estado en temas climáticos. Ahora bien, este artículo no agrega mucho más que los compromisos internacionalmente suscritos por Chile a la fecha en materia climática.