

Debates sobre el borrador de la nueva Constitución: “Medio Ambiente y Modelo Económico”

Debaten: Pilar Moraga¹, María Teresa Ruiz-Tagle², Annie Dufey³, Ezio Costa⁴ y Ximena Insunza⁵

Modera: Guillermo Larraín⁶

07 de junio, 2022⁷

El principio de **constitución ecológica**, aplicado en el borrador de la nueva constitución, es el de una carta magna que plantea como **pilar fundamental la protección ambiental y de la naturaleza de manera transversal**. Esta transformación apunta a la transformación de un enfoque antropocéntrico a un enfoque concéntrico. En otras palabras, un proceso donde el ser humano deja de ser el actor principal y la naturaleza pasa a ser el centro.

Para lograr este objetivo, la propuesta se basa en tres elementos, novedosos en términos jurisprudentes: **los derechos humanos ambientales, los bienes comunes naturales y la acción climática justa**. Además, para asegurar el cumplimiento de estos principios, plantea 4 nuevas instituciones públicas encargadas: **El Tribunal Ambiental, la Defensoría la Naturaleza, la Agencia Nacional de Agua y los Consejos Regionales de Cuencas**. A continuación se presentan, respectivamente, cada uno de estos puntos.

Derechos humanos ambientales

Una redacción sencilla el borrador propone: *“todas las personas tienen el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y un deber del Estado de garantizar este derecho”*. Lo que pareciera ser una redacción superflua, es realmente una evolución significativa respecto de lo que tenemos hoy en día en la constitución vigente, puesto que el concepto del derecho al ambiente sano es el concepto que ya se aplica internacionalmente, y tanto en el protocolo de San Salvador, como en otros instrumentos internacionales, es esa la nomenclatura que se utiliza para hablar del derecho al ambiente. Esto nos brinda un derecho al ambiente sano que nos permite conectar con todo un desarrollo normativo y doctrinal de nivel internacional.

Respecto de la segunda parte de lo enunciado en el texto, *“ecológicamente equilibrado”* no está descrito en los tratados internacionales. Sin embargo, sí está presente en otras Constituciones, como la de Costa

¹ Académica e investigadora del centro de Derecho ambiental de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile y subdirectora del Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2.

² Consultora Senior CLG Chile y profesora, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile.

³ Directora de Espacio Público, especialista en política de medio ambiente y desarrollo, Economista de la Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile.

⁴ Profesor de Derecho y Regulación Ambiental en la Facultad de Ingeniería y académico del Departamento de Derecho Económico en la Facultad de Derecho, ambos de la U. de Chile.

⁵ Profesora e investigadora del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

⁶ Académico y codirector LEXEN, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile.

⁷ El presente documento es una selección de ideas respecto de las opiniones de los presentadores.

Rica, Ecuador y Uruguay. En lo que hace referencia es que además de que el ambiente tenga que estar sano para nosotros humano, tiene que estar en sí mismo ecológicamente equilibrado, entonces le otorga un cariz menos antropocéntrico al derecho al ambiente sano sin perjuicio de que esto va a ser aún más potenciado por la idea de los derechos de la naturaleza que van a ver después.

Entre otros puntos, esto establece un derecho de acceso a la naturaleza. Esto está pensado desde las prácticas culturales relacionadas al uso de espacios naturales, como las prácticas deportivas o productivas. Si bien esto no es algo novedoso en términos internacionales, ya que existen muchas legislaciones que tienen estos derechos de paso, sobre todo para acceso a riberas y al mar, como para circulación en bosques, en nuestro derecho es algo peculiar.

Otro derecho relevante es el acceso a energía asequible y a la inclusión energética. Desde la primera versión de la política energética 2050, que establece que toda persona tiene derecho a un mínimo vital de energía asequible y segura y que es deber del Estado garantizar el acceso equitativo y no discriminatorio a la energía que permite a las personas satisfacer sus necesidades, velando por la continuidad de los servicios energéticos. Hoy día más del 10% de la población del país no tiene acceso a agua caliente sanitaria, dos tercios del stock de vivienda que tenemos en Chile no tiene aislamiento térmico adecuado y casi un 23% de los hogares no tiene dinero suficiente para cubrir los gastos básicos del hogar, incluyendo los servicios energéticos.

Bienes Comunes Naturales

La historia nos muestra que los bienes comunes no son una institución nueva, de hecho, nacieron en el derecho romano y pasó por el derecho medieval y se perdió por ahí por el comienzo de la modernidad, precisamente con lo que se llama el proceso de acercamiento; esta es la idea de bienes comunes como bienes que no son apropiables, que no son ni apropiables privadamente ni apropiables por parte del Estado.

Con la modernidad, lo que se perdió fue esta segunda idea de que fueran apropiables por parte del Estado, entonces, estos *bienes comunes* se convirtieron en lo que Andrés Bello en el código civil lo llama los *bienes nacionales de uso público*. Estos bienes nacionales de uso público están dentro del dominio público y una de las diferencias importantes que tendrían con los bienes comunes, es que no están dentro del dominio público los bienes comunes, sin perjuicio de lo cual, la manera en que se estableció en la constitución no está completamente en acorde a este concepto general de bienes comunes, sino que mezcló dos instituciones, la institución de los bienes comunes y la institución del Estado custodio.

El Estado custodio es el *public trust* en la doctrina estadounidense y los bienes comunes, en esta, mezclan estas dos instituciones, **definiendo bienes comunes naturales apropiables y bienes comunes naturales inapropiables**. De esta manera, la constitución ha reconocido que hay algunos que son apropiables precisamente para evitar cualquier posibilidad de expropiaciones masivas o necesidades de eso. De esta forma, en ambos casos el Estado es custodio, pero en el caso de los bienes comunes que son inapropiables esa custodia como ahí se señala en el artículo, se refiere a una preservación, conservación y restauración de manera directa por parte del Estado y además un deber de administración democrático, solidario, participativo y equitativo. Esta segunda parte, se basa en institución original de los bienes comunes, cuya administración es democrática y participativa.

En el caso de los bienes comunes apropiables, la manifestación de la custodia del Estado es distinta. En lugar de hacer de manera directa la restauración, preservación, conservación, la obligación que le establece la constitución es una obligación de regular para que ese uso y goce que tengan los privados

respecto de estos bienes esté en línea con la necesidad de preservarlos, conservarlos y en su caso restaurarlo. Esta es una forma bastante diferente respecto de aquella que teníamos hasta hoy en día, y respecto de todos estos bienes, se pueden otorgar autorizaciones administrativas de uso. Esto implicará modificar el estatuto jurídico y la naturaleza de los permisos, concesiones y derechos que hoy día existen respecto de estos bienes comunes ya sean apropiables o inapropiables.

Una aplicación crucial de este principio se observa en el estatuto del agua. Una de las características actuales de la gobernanza del agua es el seccionamiento de las distintas fases y estados del agua, entonces tratamos distinto nuestro ordenamiento jurídico, este trata distinta a las aguas superficiales de las aguas subterráneas, de las nieves de los glaciares, de los humedales y eso redundando en un conflicto o bien una profundización del problema hídrico en el país. En el estatuto del agua se consagran deberes del Estado, primero el de protección, el de protección en los estados, fases y ciclos hidrológicos. También se establece un deber en el uso razonable del agua, que está sujeto a interpretación jurídica. En tercer lugar, de establecer una gobernanza participativa del bien. Un cuarto punto es el deber del Estado de proveer y proteger la gestión comunitaria del agua potable y saneamiento, y por último, un quinto deber es la protección de los glaciares. Este último es inédito porque sabemos que existe un vacío legal al respecto, de larga data. Si bien en su protección existe bastante consenso, el debate está en el modelo de protección. Si se realiza a través de un estatuto particular, u otro mecanismo, y sobre los tipos de superficies técnicas a proteger. Asimismo, otra novedad es que se reconocen las aguas indígenas, pese que el legislador ya había establecido normativa respecto de lo que son las aguas indígenas con ciertos estatutos particulares.

En el caso del agua, esta se define como inapropiable. En este sentido, lo que es el uso del agua, está sometido a autorizaciones. Sin embargo, su naturaleza jurídica no permite crear derechos de propiedad. Además, en el texto constitucional se reconoce el derecho humano al agua, que ya sabemos que se incorporó también a nuestro ordenamiento jurídico con la reforma del código de aguas. También hay un reconocimiento con priorización de derechos de usos del agua, pero cabe resaltar que además la jurisprudencia de los últimos años también ha reconocido este derecho humano incluso antes de la reforma del código de agua y fundamentados estos fallos en los tratados internacionales suscritos por Chile. Según la jurisprudencia, hasta ahora se tenía más bien un carácter cuantitativo de los volúmenes máximos de consumo, mientras que este nuevo mandato se avanza en materias de calidad y las formas de gobernar el uso.

Acción climática justa

Un último principio es el de acción climática justa. Este es inédito, y al momento su consagración no se observa en otro texto, ni normativo, ni constitucional. Este se refiere al deber del Estado de Chile de acelerar la acción climática, es decir, la adopción de medidas y acciones que tiendan a reducir las causas del cambio climático. Esto considera reducir los gases de efecto invernadero, pero a su vez también medidas y acciones hacia la mitigación y hacia la construcción de una sociedad más resiliente. Esto plantea transitar hacia una economía baja en carbono, esto es, de un enfoque específico y único al sector energía. Se plantea que haberlo restringirlo únicamente a esta industria es un error. Contamos además con una estrategia de transición justa, que busca reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y alcanzar la carbono neutralidad hacia el 2050, pero considerando los grupos más vulnerables y en ese sentido se vincula a los derechos sociales y de los trabajadores.

Instituciones

Con respecto a la defensoría de la naturaleza, lo esencial es que el Estado va a tomar un rol de defensoría. Sin embargo, se abre un espacio a quienes pueden pedir esta protección; podrían ser instituciones o empresas, como también comunidades o personas independientes, y, por lo tanto, el número de los distintos actores que pueden participar en la petición de la protección cambia, y eso es algo relevante.

Este organismo, definido como autónomo, tiene una forma de determinar su liderazgo bastante innovadora, porque una terna es propuesta de la sociedad civil, la cual es elegida por la cámara de diputados, junto con el consejo de las regiones. Esto se condice con el proceso que se ha llevado a cabo al interior de la convención y sobre todo con los ecos-constituyente, en el sentido de darle la representación a esta defensoría a la sociedad civil.

Con respecto a la agencia nacional de agua, debemos reconocer que en Chile estamos enfrentando una crisis hídrica muy grave y esa crisis hídrica, en gran medida se debe a los problemas de cambio climático, pero también a los problemas de gobernanza, y, por lo tanto, el código de agua y esta propuesta se hacen cargo de esta situación.

A través de los consejos regionales de cuencas, se busca tratar el agua a través de cuencas, esto es, todo el recurso hidrológico, no la parte superficial separada la parte subterránea. El tratarla de manera conjunta es beneficioso para su administración eficiente.

Finalmente, los tribunales ambientales atribuyen al Estado la acción de tutela sobre temáticas medioambientales. Los tribunales ambientales van a tener una representación regional. La perspectiva académica es crítica respecto de este último punto, en el sentido de que puede ser muy dispendioso para el Estado tener tribunales regionales y penales ambientales regionales, especialmente por la carga de trabajo que se han demostrado durante estos años y los vagos resultados que han tenido los tribunales ambientales. Se aconseja llevar a los tribunales administrativos regionales para que se pudieran conocer todos los elementos que componen el medio ambiente por un solo tribunal que va a conocer un contencioso administrativo y darle normas más sustantivas a la acción de reparación o a una acción de tutela ambiental.