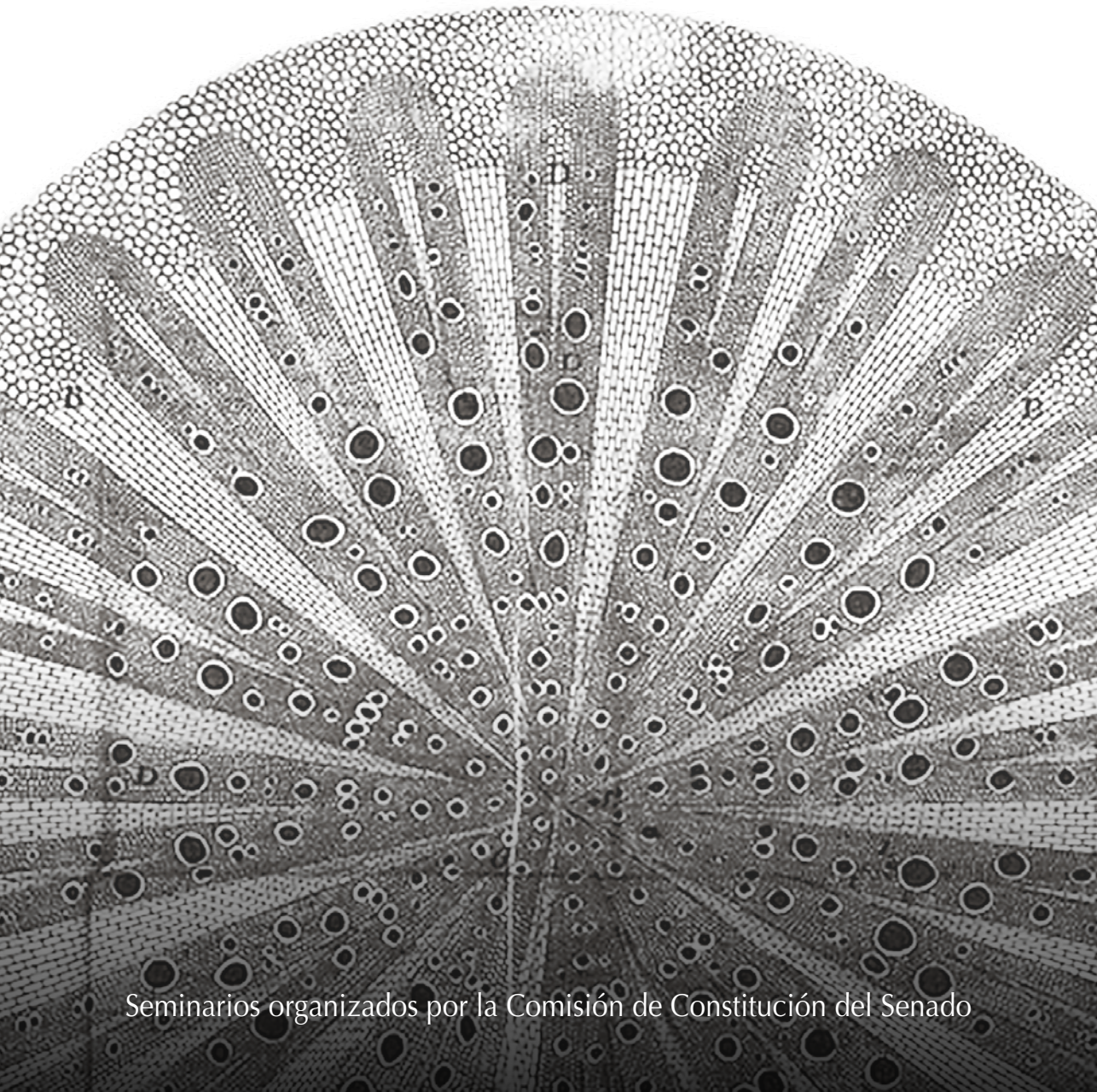
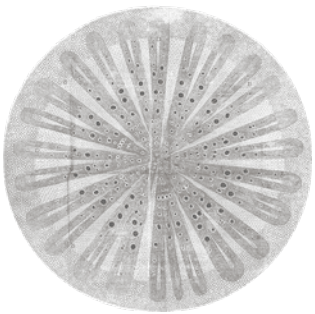
REFLEXIONES CONSTITUCIONALES

APORTES PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN



Seminarios organizados por la Comisión de Constitución del Senado

CENTRO DE EXTENSIÓN DEL SENADO
EDICIONES



Ediciones

Senado de la República
Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)
Ediciones Centro de Extensión del Senado

Presidente Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado año 2020

Senador Alfonso de Urresti Longton

Director BCN

Manuel Alfonso Pérez Guíñez

Equipo editorial

Alejandra Fischer Telias
Melissa Mallega Acevedo
Javier Sánchez Reyes

Equipo colaboradores BCN

Rodrigo Obrador Castro, jefe Departamento de Servicios Legislativos y Documentales
Karem Orrego Olmedo, jefa Sección Historia Legislativa y Parlamentaria
José Luis Riffo Muñoz, jefe Área de Información Pública y Comunicaciones
Cecilia Cortínez Merino, diseñadora Área de Información Pública y Comunicaciones

Ilustración de portada

En las 82 láminas ilustradas incluidas en su libro de 1680 La anatomía de las plantas, el botánico inglés Nehemiah Grew reveló por primera vez la estructura interna y la función de las plantas en toda su esplendorosa complejidad. Brian Garret explora cómo la visión "mecanicista" pionera de Grew en relación con el mundo floral allanó el camino para la ciencia de la anatomía de las plantas.

Placa ilustrativa de La anatomía de las plantas de Nehemías Grew (1682)

Primera edición digital: junio 2021

ISBN: 978-956-8420-05-5

FICHA CATALOGRÁFICA

Reflexiones constitucionales : Aportes para la nueva constitución / Presentación Senador de la República Alfonso de Urresti Longton ; Prólogo Director Biblioteca del Congreso Nacional de Chile Manuel Alfonso Pérez Guíñez ; Equipo editorial Alejandra Fischer Telias, Melissa Mallega Acevedo, Javier Sánchez Reyes ; Equipo colaboradores BCN Rodrigo Obrador Castro, Karem Orrego Olmedo, José Luis Riffo Muñoz, Cecilia Cortínez Merino.
Primera edición impresa / digital
Valparaíso : Ediciones Senado de la República : Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile : Ediciones Centro de Extensión del Senado, 2021.
246 páginas; 17 X 23 cm
ISBN: 978-956-8420-05-5
Constitución (Chile) / Proceso constituyente / Igualdad de género – Chile / Pueblos indígenas – Chile / Tribunal constitucional – Chile
Formas de gobierno – Chile / Descentralización administrativa – Chile / Agua – Chile / Medio ambiente – Chile
Cambios climáticos – Chile

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES

APORTES PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Verónica Delgado Schneider

Desafíos y propuestas para un nuevo estatuto constitucional del medio ambiente y las aguas en Chile en un contexto de cambio climático

Verónica Delgado Schneider[1]

I. Introducción:

Chile es un país rico en naturaleza, distribuida de manera bastante diversa a lo largo de nuestra estrecha y larga extensión, con una multiplicidad de climas, ecosistemas, vegetación y especies, que hacen del país un lugar de relevancia mundial en términos de su diversidad biológica[2]. Sin embargo, dicho valioso patrimonio se encuentra amenazado, abusado por varias décadas, basando nuestro modelo de crecimiento en la extracción, prácticamente sin límites. Esto ha derivado no sólo en la sobreexplotación de muchos elementos del medio ambiente, con una pérdida irreparable de biodiversidad y paisajes valiosos, sino también en una limitación del acceso a estos elementos para comunidades generalmente vulnerables, como ocurre con el agua en varias zonas del país; y, además, la contaminación de los ecosistemas y la urbe han ocasionado problemas de salud en casi todas las capitales regionales y polos industriales, especialmente en las llamadas "*zonas de sacrificio*", donde sin duda existe una vulneración de los derechos más básicos que un Estado debiese garantizar.

Somos un país altamente vulnerable al cambio climático, lo que suma a los desafíos de protección ambiental, los ahora llamados desafíos ante la urgencia

---

[1] Doctora en Derecho Università Tor Vergata (Roma, Italia). Directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC).Profesora Asociada Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Directora Revista de Derecho Universidad de Concepción.

[2] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016 (Chile: Naciones Unidas, 2016), 45 y 46. Muestra de ello es la pérdida de más de la mitad de nuestra vegetación nativa, solo entre los años 1992 y 2012

climática. Y, en este contexto, una cada vez más empoderada ciudadanía, ahora acompañada de grupos científicos, han relevado que, la discusión de una nueva Constitución, es una excelente oportunidad para avanzar en una mayor tutela del ambiente y "*transformaciones*", o al menos en "*adaptaciones*" a los efectos que deberemos enfrentar[3].

Tales efectos seguirán agravando varios de nuestros problemas, especialmente los relacionados con los eventos extremos, proyectándose de hecho un marcado aumento en la probabilidad de ocurrencia de eventos como sequías, aluviones e inundaciones, que traerán además un fuerte impacto económico a la actividad productiva del país[4]. Así, la sequía extrema tan larga que sufrimos, unida a otros forzantes, como las olas de calor extremas, los vientos cambiantes y la uniformidad del paisaje forestal, han sido determinantes para la propagación de incendios en varias zonas, tremendamente destructivos para las vidas humanas, la infraestructura, los cultivos y ecosistemas[5]. Y qué decir de las constantes vulneraciones al derecho humano al agua, derivada no sólo de la falta de precipitaciones, sino además de los problemas de un modelo que, construido desde la Constitución de 1980, ha puesto a las libertades, propiedad de los derechos y al mercado, como una triada que prima sobre el bienestar de las personas y el medio ambiente.

De esta manera, si una Constitución es el texto fundamental de un pueblo para los próximos años, debe ser ella capaz de hacerse cargo de la realidad (deterioro y vulnerabilidad) y de la responsabilidad que se tiene hacia el planeta y los que vendrán, con reglas distintas a las que ahora rigen el modelo de desarrollo chileno. No se trata sólo de problemas de gestión. O de falta de voluntad política en el Congreso Nacional para avanzar en reformas sustantivas en sostenibilidad (en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), áreas protegidas, glaciares, etc.) pues, en realidad, muchas de las limitaciones que se reclaman para que los proyectos sean sustentables y los deberes del

---

[3] Maisa Rojas et al., Evidencia científica y cambio climático en Chile: Resumen para tomadores de decisiones, Santiago: Comité Científico COP25, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, 2019.

[4] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), La economía del cambio climático en Chile, Chile, Naciones Unidas, 2012, 77-81.

[5] Mauro González et al, Incendios forestales en Chile: causas, impactos y resiliencia, Chile: Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2, Universidad de Chile, Universidad de Concepción y Universidad Austral de Chile, 2020.

Estado estén realmente dirigidos al beneficio colectivo, encuentran un bloqueo constante, fundado en que dichas normas serían inconstitucionales por afectar otras garantías. El cambio, por ello, está justificado.

II. Por una Constitución más verde y justa, especialmente en un contexto de cambio climático

Espero que el nuevo pacto constitucional, sea uno más verde y justo, con normas claras y flexibles, que permitan avanzar en la protección del patrimonio natural y cultural y, con ello, en el beneficio de todos. Valorar, proteger y mantenerlos será la única manera de asegurar la vida, la equidad y el crecimiento económico a largo plazo. Y -vale la pena destacarlo enfáticamente- estas nuevas normas ambientales serán el "paraguas" que cubra y proteja al agua y sus ecosistemas asociados, a diferencia de lo que ocurre hoy, en que el estatuto constitucional se limita a una norma, que garantiza la propiedad de los derechos sobre las aguas.

Para ello me parece fundamental abordar, al menos, las siguientes preguntas en la nueva Constitución:

1.- ¿Cómo alcanzar el desarrollo?

Sugiero explicitar a qué tipo de modelo o modelos de desarrollo se aspirará, reconociendo lo valioso que Chile tiene y las vulnerabilidades que le afectan. Y para que estos trascendentales acuerdos se irradien a todo el texto constitucional, deben, eso si, rodearse de claros deberes (estatales y de todas las personas) de proteger el ambiente, prevenir su deterioro y por cierto aprovecharlo desde el punto de vista económico, siempre que ello no implique sacrificar valores comunes en los territorios. En este sentido, la nueva Constitución debe ser capaz de descentralizar las decisiones, "*para*" y "*en*" los territorios y cuencas, "*con todos*" y considerando como propósito común, el mantener nuestro entorno y el planeta también "*para los que vendrán*". Esta postura protectora, participativa, territorial y de largo plazo no será fácil de delinear.

Por eso puede ser útil rodear al propósito común (modelo sustentable, por ejemplo) y a los deberes específicos de protección (del Estado y de todos), con referen-

cias explícitas a ciertos principios como la justicia ambiental (o, lo que ella implica "*tomar decisiones con participación informada y local y con equidad territorial y generacional*") y el principio de no regresión ("*asegurando que el avance sea progresivo y sin retroceder en la sustentabilidad*") y así, imponer que las políticas públicas sean de largo aliento y no dependientes de cada gobierno.

Sugiero además hacer una referencia específica a dos instrumentos para lograr esta "*territorialización*" tan necesaria, esperados por más de cuarenta años en el país: el ordenamiento territorial y la gestión integrada de cuencas; pues ambos implican que exista una planificación y gobernanza local, integrada y participativa, que pueda superar las desigualdades que existen hoy entre el mundo urbano y rural. Y, por cierto, se debe imponer que ambos se integren, como ocurre en tantas latitudes. No se puede planificar y gestionar el agua separada de la visión del territorio y viceversa.

En la actualidad en cambio, no existe planificación estatal en aguas ni tampoco gestión integrada de cuencas. El agua está abandonada a un sistema de "*autogestión*" privada, a cargo de organizaciones de usuarios, que son sólo aquellos detentadores de derechos de aprovechamientos de agua y donde las tareas de distribuir y gestionar el agua, cauces y obras, se hace sin respetar como usos prioritarios el consumo humano y el ecosistémico y sin otras obligaciones ambientales que cumplir. No existe entonces un organismo de cuenca, en que participe el Estado y otros actores relevantes en la cuenca.

Por otra parte, tenemos instrumentos de planificación territorial (básicamente para suelo urbano) pero que no constituye un verdadero "*ordenamiento*" de todo el territorio, que permita, de manera vinculante y con la voz descentralizada de sus actores, dirigir las actividades económicas (agrícolas, forestales, industriales, inmobiliarias, energéticas) respetando la vocación natural de cada lugar, los paisajes y la biodiversidad, poniendo un límite a los cambios de uso de suelo y que prevea si hay y habrá, por ejemplo, agua suficiente. Si bien se avanzó al crear hace poco los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (PROT), ellos no se han implementado y solo son vinculantes en cuestiones relacionadas más bien al SEIA e instalación de infraestructura. Sin embargo, el ordenamiento territorial tiene un potencial enorme que la constitución debiera impulsar, señalando que su finalidad sea la sostenibilidad y prevención, haciendo obligatorio que considere la variable hídrica, en particular, y la de cambio climático, en general, especialmente frente a eventos extremos.

2.- ¿Qué reglas especiales dar para lo "público"?

El ambiente se integra por elementos de la naturaleza y del patrimonio cultural, que pueden ser de dominio privado o público (de todos).

Dado especialmente lo que ha ocurrido con el agua en Chile, es imperioso abordar en la Constitución qué forma parte del dominio público y con qué reglas especiales "*de protección*" las cubriremos. Si lo público importa a todos, entonces abordemos su importancia y definamos proteger las aguas, el mar, glaciares, etc. La Constitución actual sólo se refiere a los recursos minerales.

Esta decisión implica, por cierto, consagrar también un deber expreso del Estado a proteger y custodiar este dominio público en beneficio también de todos, que hoy no existe.

Y -muy importante- definir un régimen concesional para el aprovechamiento de estos elementos. Hervé ya ha demostrado las injustificadas diferencias que existen hoy entre concesiones que permiten aprovechar diversos elementos del medio ambiente, donde la regulación más laxa es justamente la del derecho de aprovechamiento de aguas, concedido a perpetuidad, de manera gratuita y casi sin limitaciones derivadas del interés social y menos aún, del ambiental[6]. Esto debe cambiar para evitar los conflictos que hoy se producen con otras garantías constitucionales. Para ello, dos preguntas más a responder.

3.- ¿Qué derechos fundamentales garantizar y cómo?

La Constitución de 1980 reconoció el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y una acción (llamado recurso de protección) para que los Tribunales restablezcan el imperio del derecho cuando fuere afectado. Dada la experiencia judicial que tenemos por más de cuarenta años del ejercicio de esta acción, sugerimos hacer básicamente tres cambios, todos dirigidos a que este derecho sea entendido, en la nueva Constitución, con el carácter colectivo que siempre ha debido tener y que no se limite, como hasta ahora, a entenderlo sólo desde una óptica individual. Las propuestas son: a) específicamente incluir la variable ecosistémica al garantizar el derecho "*a*" (no a vivir)

---

[6] Dominique Hervé, Justicia ambiental y recursos naturales, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

un ambiente sano y "*ecológicamente equilibrado*"; b) ampliar la legitimación activa del recurso de protección a una popular o al menos abierta a las asociaciones o defensorías del ambiente; y c) que esta acción proceda ante actos u omisiones ilegales *"o arbitrarias"* pues no es coherente con la idea de un amplio acceso a la justicia ambiental, que se exija siempre probar "*ilegalidad*" cuando bien sabemos que somos un país con bastantes deudas en la dictación de normas ambientales[7].

En cuanto al derecho humano al agua, cuya vulneración se ha denunciado desde hace años desde el Instituto Nacional de Derechos Humanos, recientes casos permiten concluir que la Corte Suprema, amparada en instrumentos internacionales y algunos tratados específicos que Chile ha ratificado, considera que el Estado está obligado a garantizar este derecho, entregando al menos a cada habitante de la zona afectada, con los 100 litros diarios que recomienda la Organización Mundial de la Salud[8]. Sin embargo, y a pesar de estos avances, sugiero consagrar expresamente este derecho para que pueda imponerse a otras garantías constitucionales y hacerse fácilmente exigible. Y para dotarlo de la necesaria visión ecológica que desde hace años defiendo, hemos propuesto que se incluya una norma que imponga que la planificación y gestión integrada del agua en cada cuenca, deba respetar, como usos prioritarios, el uso humano de subsistencia, pero además el ecosistémico, que en realidad es el que asegura la provisión de agua para cualquier otro uso[9].

4. ¿Cómo equilibrar estos derechos fundamentales, con las otras garantías asociadas a las actividades empresariales y la propiedad?

Otro derecho fundamental garantizado es la propiedad. Se sabe que para que ella no fuera "absoluta" (sin límites), la misma Constitución consagró la llamada "función social" de la propiedad, que implica establecer por ley, limitaciones a este derecho, amparadas en la "conservación del patrimonio ambiental".

---

[7] En Delgado y Herve, Nueva Constitución, Medio Ambiente y Cambio Climático, 2021, en imprenta.

[8] Para el conflicto en Petorca, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia del 19 de diciembre de 2019, Causa Rol N°9709-2019 y Corte Suprema, Sentencia del 6 de agosto de 2020, Causa Rol N°1348-2020. Para el conflicto en Nogales, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia del 9 de junio de 2020 Causa Rol N°12305-2020 y Corte Suprema, Sentencia del 18 de enero de 2021, Causa Rol N°72.198-2020.

[9] En Delgado y Zapata, Los 2/3 por el agua, 2021, en imprenta.

Además, se permite imponer restricciones específicas a toda otra libertad o derecho garantizado (libertad de empresa, derecho de propiedad, etc.) si ellas buscan "*protección ambienta*l".

Estas cláusulas parecen adecuadas y -de hecho-, en algunas causas de daño ambiental, conocidas por los Tribunales Ambientales, se ha entendido perfectamente que el ser propietario (de un bosque, de un terreno, etc.) implica igualmente deberes ambientales.

No obstante, ello no ha operado de la misma manera a la hora de querer imponer limitaciones ambientales en otros derechos (lo que llamo "*ambientalizar*" el derecho de aguas[10], minero, de pesca, etc.) pues se choca con la mal entendida garantía de la absoluta propiedad "*sobre concesiones*". En efecto, estas cláusulas hasta ahora han estado "*dormidas*"[11] o no han tenido la fuerza suficiente frente a las reglas que garantizan la propiedad[12], o han sido permanentemente bloqueadas a la hora de hacer reformas, argumentando que se trata de una privación inconstitucional al dominio que deviene en inconstitucional o indemnizable. El caso emblemático es la reforma al Código de Aguas que intenta hacer que estos derechos pasen a ser concesiones normales, sujetas a límites temporales, causales de caducidad o extinción, sujetas al interés social, etc.

Por ello se debe considerar de manera clara, cuándo se entiende que se afecta un derecho de propiedad en su esencia y, además, si vamos (o no) aplicar las mismas reglas de la propiedad de las cosas corporales, a la propiedad de simples concesiones que se puedan ejercer sobre elementos de la naturaleza de dominio público. Hasta ahora, para el legislador hay algunas concesiones que no otorgan la facultad de disposición (por ejemplo, marítimas y acuícolas) y el constituyente, en cambio, decidió asegurar expresamente el dominio de los derechos de aguas y concesiones mineras[13].

---

[10] Verónica Delgado, "*Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente*", Revista Justicia Ambiental 11, 2019, 77-83.

[11] Liliana Galdámez, "*Constitución y medio ambiente: algunas ideas para el futuro*", Revista de Derecho Ambiental, nº 9, 2018, 75.

[12] Dominique Hervé y Gianni López, "*El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución*", en La Hoja en Blanco, ed. Rocío Lorca, Pablo Marshall, Nicole Selamé y Matías Guiloff, Chile, Editorial La Pollera, 2020, 206.

[13] *Dominique Hervé, Justicia ambiental y recursos naturales, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.*

Esta decisión será clave. Tratándose de elementos de la naturaleza de dominio público, estimo no puede haber propiedad sobre las concesiones o permisos; y, si ha de mantenerse esta idea (que exista propiedad sobre "*cosas incorporales*"), no puede asimilarse a la propiedad sobre las cosas corporales (una casa, un auto). No es lo mismo.

Y por ello, conviene imponer a todos los beneficiados con estas concesiones o permisos para aprovechar elementos del medio ambiente especialmente cuando sean de dominio público, una cláusula uniforme y general, que las haga concesiones temporales, sujetas a causales de caducidad, con deberes específicos de protección al dominio público y con claras atribuciones a la autoridad para que, como custodio de los bienes colectivos, pueda imponer limitaciones o restricciones razonables y justificadas en el interés social y ambiental.

III. La experiencia comparada en aguas, medio ambiente y cambio climático.

La revisión de experiencia comparada en aguas, medio ambiente y cambio climático permiten vislumbrar, al menos, tres ideas o fórmulas interesantes a discutir:

La primera dice relación con fortalecer la democracia ambiental. Es decir, hay modelos constitucionales, como el francés que, para avanzar en protección ambiental, exige que las decisiones sean tomadas de manera informada y participativa e impone, a estos mismos ciudadanos, fuertes deberes de prevenir, mejorar y defender lo común. Para ello, además, se explicita la importancia y rol de la educación y la investigación en materia ambiental, reconociendo los principios de prevención y precaución en la toma de decisiones. Estos estándares, originarios del Convenio de Aarhus y desarrollados en el reciente Acuerdo de Escazú, son una excelente oportunidad de mejora para Chile.

La segunda idea dice relación con poner límites al crecimiento con fórmulas más ecológicas, pues la sola consagración de un derecho al ambiente sano, con una evidente visión antropocéntrica, no fue suficiente para frenar el extractivismo, especialmente en América Latina. Y desde la misma América surgen dos vertientes que discutir: aquella de reconocer los derechos de la naturaleza (o de ecosistemas como ríos, montañas, etc.) imponiendo respetar sus ciclos

naturales y la biodiversidad, derechos que podrán ser reclamados en tribunales, mediante un "*representante*", cuando algo amenaza o afecta de manera arbitraria esos procesos (con matices, las Constituciones de Ecuador y Bolivia y la jurisprudencia de Colombia); o bien, aquella vertiente que propone "*reformular*" los deberes del Estado y los particulares en torno al uso de elementos de la naturaleza, sean de dominio público o privado. Estos deberes ahora son más específicos y hacen referencia expresa a que debe existir una planificación y gestión más local y justa (se habla de gestión o gobernanza solidaria, equitativa, participativa) y se exige a los particulares beneficiados con una concesión sobre elementos de la naturaleza de dominio público, que cedan ante el interés social o beneficio colectivo, en ciertas circunstancias, sin que ello implique tener que ser indemnizado (con matices, en Uruguay, República Dominicana, Perú y Costa Rica).

La tercera, dice relación con reconocer (o no) en la nueva Constitución la existencia del cambio climático. Si bien ya se contienen algunas pocas referencias en otras constituciones, la nuestra será la primera Constitución redactada después del Acuerdo de París y, en consecuencia, constituye una oportunidad única de asumir la responsabilidad con los que ya están sufriendo sus embates y los que vendrán, con la evidencia científica alarmante con la que ahora se cuenta.

Finalmente, es importante destacar que todo cambio constitucional es un proceso delicado pues implica asumir, de manera seria y responsable, que se trate de normas socialmente comprendidas y deseadas, para que luego se irradien al resto del ordenamiento jurídico (y la gestión) y efectivamente se cumplan por todos.