



*Los derechos económicos, sociales,
culturales y ambientales*



*DERECHOS SOCIALES Y EL MOMENTO CONSTITUYENTE DE CHILE:
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional*

***DERECHOS SOCIALES Y
EL MOMENTO CONSTITUYENTE
DE CHILE:***

***Perspectivas globales y locales
para el debate constitucional***

***Tomo III: Los derechos económicos, sociales y
ambientales***

• EDITORES •

Valentina Contreras Orrego · Vicente Silva · Koldo Casla
Pedro Cisterna Gaete · Verónica Delgado Schneider · Magdalena Sepúlveda

• TRADUCCIÓN •

Amy Echeto

• REVISIÓN DE TEXTO •

Verónica Cadavid · Valentina Contreras

• DISEÑO Y COMPOSICIÓN •

Felipe Mery · Jorge Llantén

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0; <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

Cita sugerida: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex y Universidad de Concepción (2021) Derechos sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional. Tomo I: Chile, desigualdad y derechos sociales. Santiago, Chile: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights. DOI: 10.53110/BVOF9600.

Derechos sociales y el momento constituyente de Chile:
Perspectivas globales y locales para el debate constitucional

Tomo I: Chile, desigualdad y derechos sociales

Santiago de Chile, septiembre 2021

DOI: 10.53110/MWKB2533



10


· artículo ·

10

Nueva Constitución y Medio Ambiente

Verónica Delgado⁴²² y Dominique Hervé⁴²³

DOI: 10.53110/IMWH9818



A. Introducción: Una Constitución es aquel texto fundamental donde se acuerda y forja el destino de su pueblo para los años venideros. Este nuevo pacto social debería considerar dos evidencias hoy irrefutables. La primera, que la relación que hoy tenemos con los elementos naturales que hacen posible nuestra existencia y desarrollo no ha funcionado pues los estamos perdiendo rápidamente (siendo Chile un lugar de relevancia mundial en términos de su diversidad biológica).⁴²⁴ Por otro lado, que la realidad es cambiante, con un grado importante de incerteza acerca de lo que puede ocurrir y cuándo, si se-

⁴²² Abogada de la Universidad de Concepción, Profesora derecho ambiental y aguas y Directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC), de la Universidad de Concepción.

⁴²³ Abogada de la Universidad de Chile, Profesora de derecho ambiental y Directora del programa de derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales.

Se agradece al abogado e investigador del DACC, Juan Francisco Zapata Hassi por la sistematización de la información y revisión de este trabajo.

⁴²⁴ OCDE-CEPAL, 2016, p. 45.

guimos abusando así del planeta y no enfrentamos los efectos del cambio climático, al que somos altamente vulnerables.

Esta nueva relación o pacto necesita entonces de nuevos principios y bases. Para quienes escriben estas líneas, los avances institucionales no han sido suficientes. **Nuestros problemas y desafíos no se limitan a meros problemas de “gestión” (en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por ejemplo) o a dictar leyes para solucionar cuestiones acotadas en materia de aguas, glaciares, biodiversidad, ordenamiento territorial, forestal o pesca. Lo que creemos es que, en muchos de estos casos, las reformas y límites reclamados como necesarios, justamente no se han podido imponer por el marco constitucional que tenemos o por cómo este ha sido interpretado.** De esta manera, aunque sean escuetas normas, se requiere un nuevo pacto más justo y verde, que esperamos implique un vuelco transformador.

B.

La Constitución de 1980 y el ambiente: una visión que desconoce la naturaleza colectiva de las cuestiones ambientales

Si se analiza el contenido “ambiental” de la Constitución de 1980, la postura tradicional ha sido la de distinguir derechos, deberes y principios.⁴²⁵ Aquí proponemos abordar como ambientales no sólo las normas sobre protección del medio ambiente, sino también las que regulan la propiedad de los recursos naturales⁴²⁶ y otras disposiciones muy relevantes y relacionadas con una adecuada gobernanza ambiental, tales como las relacionadas con la descentralización, el ordenamiento territorial y por cuencas, los derechos de los pueblos indígenas e impuestos, entre otras. En este trabajo sólo veremos las primeras.

Las normas sobre protección del medio ambiente y propiedad de los recursos naturales, como se verá, nos parecen atrasadas (en el contexto actual), limitadas (especialmente en los derechos y deberes que comprenden) y basadas en un modelo anclado en garantizar de manera muy fuerte las libertades económicas y la propiedad sobre los recursos naturales (o sobre las concesiones para usarlos), más que en la protección del ambiente. Son -por cierto- pocas normas en términos cuantitativos, pero han sido poderosas en lo sustantivo. Especialmente, a la hora de impedir imponer limitaciones o restricciones a otros derechos para proteger la naturaleza o lograr de su aprovechamiento un beneficio colectivo, desequilibrando la balanza generalmente hacia la consecución del crecimiento económico. El agua es el ejemplo más evidente.

⁴²⁵ Costa et al., 2020, pp. 169-197.

⁴²⁶ Hervé y López, 2020, pp. 199-214.

i. Derecho, Deber y Recurso de protección ambiental

Dentro de las normas destinadas a la protección ambiental, en primer lugar, se consagró -en el artículo 19 N° 8 inciso primero- un derecho fundamental ambiental de todas las personas, con deberes de protección estatal: *“La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”*.

Y para la defensa de este derecho, existe una acción constitucional -el recurso de protección- que se ejerce para exigir que éste se respete y así se ordene el restablecimiento del imperio del derecho. Sin embargo, su ejercicio tiene varias limitaciones si se le compara con otras garantías como la propiedad o la libertad de empresa, destacando que sólo se puede ejercer contra actos u omisiones “ilegales” (y no cuando ellos son sólo arbitrarios). Esto constituye un serio problema, pues se trata de un sector con pocas normas y bastantes facultades discrecionales.⁴²⁷

Pues bien, a la luz de la aplicación práctica de estas normas, es importante precisar que sólo se asegura el derecho de todas las personas “a vivir” en una hipótesis bien concreta: a vivir en un “medio ambiente libre de contaminación”. En base al tenor literal, por muchos años la protección se ha limitado básicamente a la del ser humano (y se ha negado en casos en los que se trataba de proteger a otras especies de fauna y flora, como toninas, lobos de mar y árboles). Además, se ha restringido a limitadas hipótesis donde ha estado en juego la vida y salud de las personas, rechazando la protección cuando no hay superación de una norma que determine legalmente que sí existe contaminación. Sin embargo, en tiempos recientes ha habido casos en que se ha tutelado más bien la calidad de vida, por ejemplo, por malos olores, aún cuando no existe norma en Chile. También en los últimos años -pero en casos excep-



La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza

⁴²⁷ En efecto, el art. 20 dispone en general: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. En cambio, en materia ambiental, su inciso segundo, reza: “Procederá, también, el recurso en el caso del 19 n° 8, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

cionales, aunque muy relevantes- la jurisprudencia ha ampliado la protección a hipótesis que comprenden atentados evidentes a la integridad de los ecosistemas, aunque siempre se reconducen las soluciones a una visión antropocéntrica (evitar inundaciones de poblaciones o mantener agua para abastecimiento en casos de urgencia).⁴²⁸

Es importante advertir además, que la reforma del año 2005 incluyó al menos, para la acción de protección ambiental, la posibilidad de recurrir contra omisiones, pues en el texto original sólo se consideraron las acciones, justamente para evitar que se emplazara a un Estado que de ambiental poco sabía a la época. Y ello ha sido positivo, especialmente en aquellos casos en que el Estado no ha realizado lo que debía y no se ha coordinado para ello entre las varias autoridades competentes, como en el vertimiento de salmones en Chiloé⁴²⁹ y las intoxicaciones en Quintero y Puchuncaví.⁴³⁰

Por otra parte, **es evidente que en los deberes la fórmula constitucional es igualmente incompleta: el deber de protección alcanza sólo al Estado y no a todas las personas, naturales y jurídicas, como si no debiéramos todos tributar al desarrollo sostenible.** Además, el deber se limita sólo a “preservar la naturaleza” -y no otros elementos del ambiente, como el sociocultural-, ni tampoco se imprime claramente su fundamento (el por qué) o finalidad (el para qué), cuestiones que le darían mayor amplitud (como su dimensión de desafío colectivo o común) y la fuerza necesaria para imponerse (como derecho o deber) ante otros derechos individuales, como se verá.

Cabe aquí destacar que la ausencia de reconocimiento de la naturaleza colectiva de los intereses en juego trae otras consecuencias prácticas que se deben evitar. Por ejemplo, considerar sólo el interés individual y no el público y colectivo, impide hacer valer y lograr una efectiva protección del ambiente, pues solo las personas que se han visto directamente afectadas en su esfera individual, podrían reclamar de él.⁴³¹ Se reconoce, eso sí, un esfuerzo en ampliar la legitimación vía la tesis del entorno adyacente de BERMÚDEZ en algunos casos.⁴³² Pero en innumerables ocasiones la Excm. Corte Suprema ha rechazado recursos de protección en materias ambientales por determinar que los actores carecían de esta legitimación activa.⁴³³

⁴²⁸ La Corte lo ha hecho tanto por la vía de la hipótesis de contaminación, en el caso de la laguna San Pedro de la Paz (C. Concepción, rol 6.412-2018, confirmada por la C. Suprema, rol 22.196-2018), donde se mantuvo la decisión

⁴²⁹ Ver Moraga, Delgado y Farías, 2018.

⁴³⁰ C. Suprema, rol 5.888-2019.

⁴³¹ Op. Cit., Hervé y López, 2020, pp. 206.

⁴³² Bermúdez, 2014, pp. 64-65 y 134-136.

⁴³³ En materia ambiental, véase, por ejemplo, sentencias de la C. Suprema en las causas rol 8.213-2011, 3.141-2012, 4.755-2012, 3.146-2013, 3.294-2013, 7.677-2013, 14.937-2013, 6.590-2014, 10.759-2014, 14.263-2014, 21.973-2014,

Es más, se ha dado el tiempo de recordarnos, en forma expresa, que en materia ambiental la acción de protección no es “popular” cuando, por ejemplo, parlamentarios, alcaldes o dirigentes locales actúan en defensa de la población en general.⁴³⁴ Esta alternativa permitiría garantizar un mayor acceso a la justicia ambiental y a una tutela jurisdiccional efectiva, como se ha sugerido desde hace años por DELGADO.⁴³⁵

ii. Restricciones a otros derechos y limitaciones al derecho de propiedad por razones ambientales

La cláusula que permite resolver la tensión entre otros derechos fundamentales y el derecho al medio ambiente, se encuentra en el artículo 19 N° 8, inciso segundo: “*La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”. Se trata de los derechos a adquirir toda clase de bienes, la libertad de empresa y el derecho de propiedad.

La tensión aludida también se aborda al establecer un límite interno al contenido de la propiedad privada, esto es, la función social de la propiedad, incluyendo expresamente la “conservación del patrimonio ambiental”. El artículo 19 N° 24, inciso segundo dice: “*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 de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental*”. Pero estas limitaciones -y aquí un límite importante al legislador- no podrán “afectar estos derechos en su esencia” (art. 19 n° 26). Y si se revisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de otros Tribunales sobre la cuestión, los casos ambientales de la función social son pocos y los criterios nada claros.⁴³⁶

Como sea, advierten HERVÉ Y LOPEZ, el potencial de esta norma habilitante para restringir o limitar otros derechos -en favor de la protección ambiental- “no ha sido determinante en la posibilidad de lograr un modelo de desarrollo más respetuoso del medio ambiente. Esto se puede deber a la fuerza que sí tienen las disposiciones que conforman el régimen de

26.829-2014, 24.932-2017 y 12.729-2018.

⁴³⁴ Véase, por ejemplo, sentencias de la C. Suprema, en las causas rol 4.777-2011; 8.213-2011; 2.463-2012; 4.755-2012 o, más recientemente, en el caso de Quintero y Puchuncaví rol 5.888-2019. También en rol 45.059-2017.

⁴³⁵ Delgado, 2005, pp. 907-937; y otras publicaciones sobre acciones populares, citadas en la bibliografía.

⁴³⁶ Casos ante el Tribunal Constitucional analizados en Guzmán, 2012, pp. 72-76. Para propiedad y sus limitaciones Imprescindible revisar trabajos de Guiloff citados en la bibliografía.

propiedad de los recursos naturales”.⁴³⁷ GALDÁMEZ comparte la crítica al tratarlas de -hasta ahora- “cláusulas dormidas”, por su poco desarrollo y aplicación. Esta crítica plantea un defecto normativo, en la medida que la acción constitucional de protección está enfocada en proteger el ambiente, entendido como un derecho fundamental, más no logra hacer exigible el deber del Estado y la limitación de otros derechos en favor del ambiente, cuestiones que debieran encontrarse consagradas en otro apartado de la Constitución, que permitiera darles una aplicación general, por ejemplo, al tratar las bases de la institucionalidad.⁴³⁸

iii. Régimen jurídico de propiedad de los recursos naturales

En este grupo de normas, destaca en primer lugar, el art. 19 N° 23 inciso primero, en virtud del cual se establece el derecho de las personas a adquirir toda clase de bienes: *“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”*. A través de esta disposición, se establece un pilar fundamental en nuestro sistema económico, al consagrarse la libre apropiabilidad de todos los bienes, incluidos los recursos naturales, con la sola excepción de aquellos de dominio público, declarados así por ley.

Como bien se ha advertido, la Constitución ha establecido aquí -como regla general- el derecho de propiedad privada sobre elementos de la naturaleza, dejando al legislador el poder para excluir ciertos bienes, incorporándolos al dominio público. Esta cuestión en los hechos, se ha establecido constitucionalmente sólo para los minerales, al consagrarse que corresponden al Estado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (art. 19 n° 24 inciso sexto).⁴³⁹ La propiedad de las aguas, en cambio, no está regulada en la Constitución, sino que ha sido el legislador (Código Civil y de Aguas), el que establece que las aguas son bienes nacionales de uso público. Lo mismo ocurre con el borde costero y la energía geotérmica.⁴⁴⁰

Pero luego de esta regla (libertad para apropiarse) y su excepción (no puede haber propiedad privada sobre las cosas comunes a todos los hombres y bienes de la nación) **se introduce, en la Constitución, una de sus normas más cuestionadas: la garantía de la propiedad privada sobre los**

⁴³⁷ Op. Cit., Hervé y López, 2020, pp. 209.

⁴³⁸ Galdámez, 2018, pp. 70-75, 89 y 90. Y en Galdámez, 2019, pp. 77-85.

⁴³⁹ Op. Cit., Hervé y López, 2020, pp. 209.

⁴⁴⁰ En detalle, las diferencias entre todas las concesiones o derechos sobre recursos naturales: Hervé, 2015.

“derechos” que ejercen los particulares sobre las aguas y los recursos minerales, en el art. 19 N° 24 incisos noveno y undécimo: “El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número”. Y “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Es más, aunque no existieran esas normas, el art. 19 N° 24 reconoce y garantiza el derecho de propiedad de los “derechos incorporales”, fenómeno conocido como la “propietarización de los derechos”,⁴⁴¹ en su inciso 1°: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...) 24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

Pues bien ¿qué implica que la Constitución establezca un derecho de propiedad sobre derechos? ¿y que lo repita especialmente respecto a los derechos o concesiones sobre elementos de la naturaleza? En primer lugar, la Constitución impone que “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”. Es decir, quien tiene concesiones mineras o derechos de aguas, reconocidos o constituidos, es dueño de estos derechos de uso y goce y no se le puede privar de esta propiedad o de sus facultades esenciales, sino mediante una ley expropiatoria, con derecho a indemnización (y garantías especiales, como atenerse al valor de mercado del bien expropiado, impidiendo fijar modalidades para el pago -como serían las cuotas a plazo- y sin que el legislador pueda determinar una oportunidad anterior al pago para la toma de posesión material del bien expropiado.⁴⁴² Esto implica que, si bien no son dueños del agua en sí, ni de los minerales -que son de dominio público- sí son “dueños” del derecho para aprovecharlos o explotarlos. En segundo lugar, judicialmente, esta tutela se completa con la posibilidad de accionar con el ya revisado Recurso de Protección, sin limitaciones. Finalmente, como se revisó, la Constitución permite que por medio de una ley se puedan imponer limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad, pero siempre que se funden en la “función social de la pro-

⁴⁴¹ Desde ya conviene precisar que, desde hace mucho, se ha instaurado entre nosotros la tesis de la propietarización de los derechos, es decir, de la propiedad sobre cosas incorporales, descrita y cuestionada, entre otros, por Domínguez, 1996, pp. 127-131. En Chile entonces, por expresa disposición de la Constitución, existiría propiedad no sólo de los derechos sobre las aguas, sino sobre todas las otras concesiones y derechos que se otorguen para usar elementos del medio ambiente. Esto es así, pese a que, por ejemplo, en materia de concesiones marítimas y de acuicultura, la ley señala que no existe propiedad sobre la concesión. Ver Hervé, 2015, p. 238.

⁴⁴² Guiloff y Salgado, 2020, pp. 269-271.

piedad”. Estas limitaciones prácticamente no se han impuesto respecto a los derechos de aprovechamiento de las aguas.

En el fondo, esta fórmula constitucional es “clave” para entender el régimen jurídico de gestión de los recursos naturales, puesto que determina y delimita las potestades del Estado en su rol de titular del dominio público de los recursos naturales. Cuando la Constitución garantiza el derecho de propiedad privada sobre los derechos que ejercen particulares sobre recursos naturales de dominio público, “lo que en el fondo hace es privatizar también esos recursos”. Así, *las facultades del Estado como administrador, “se debilitan” al enfrentarse a derechos de propiedad privada de los particulares sobre su uso.*⁴⁴³

C.

Una nueva Constitución política “más ambiental”

No todos los problemas y desafíos que tenemos se solucionarán en la nueva constitución, pero claramente *se necesitan nuevas normas para sentar bases claras hacia la sustentabilidad del país, redactadas con realismo pero también con la flexibilidad que nuestra realidad climática cambiante exige.* La nueva Constitución, una del siglo XXI, la primera a elaborar después del Acuerdo de París⁴⁴⁴ y la Agenda 2030⁴⁴⁵ con claros objetivos mundiales para el desarrollo sostenible, debe ser “más ambiental” y hacer eco así, de las exigencias ciudadanas, cada vez más conscientes de la necesidad de respetar y proteger nuestro entorno.⁴⁴⁶

El cambio es necesario, especialmente en lo que dice relación con el modelo que la inspira, anclado en garantizar libertades y propiedad, pero que no reconoce la naturaleza colectiva a la hora de garantizar derechos e imponer deberes ambientales. Lo más preocupante, en efecto, es que ella “establece un modelo institucional que dificulta que el Estado pueda abordar el problema ambiental con suficientes potestades para priorizar el interés general por sobre el privado”.⁴⁴⁷

La transformación implica avanzar a la sustentabilidad, pero entendida adecuadamente, en sus tres pilares, asegurando un enfoque ecosistémico en el uso racional del medio ambiente, preservando aquello que es nuestra

⁴⁴³ Op. Cit., Hervé, 2015, pp. 298-299.

⁴⁴⁴ ONU, adoptado en 2015, COP21 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Entra en vigor el 4 de diciembre de 2016.

⁴⁴⁵ ONU, Asamblea General, Resolución A/RES/70/1 - Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada durante la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en las Naciones Unidas del 25 al 27 de septiembre de 2015.

⁴⁴⁶ Costa et al., 2020, pp. 169-197.

⁴⁴⁷ Op. Cit., Hervé y López, 2020, p. 212.

responsabilidad mantener para las generaciones futuras y considerando además, que toda decisión debe tomarse “con el territorio”, de manera participativa y en base al conocimiento (científico y ancestral), para evitar y precaver riesgos y daños a las personas y al ambiente. Por ello, **sería un avance concreto en aras de esta transformación, el reconocimiento explícito del problema global del cambio climático en la Constitución.**⁴⁴⁸

Se necesitan nuevas bases, y de hecho, una buena manera para partir, sería reconocer lo valioso que tenemos, pues el texto actual no menciona siquiera que somos un país dotado de una diversidad natural que incluye, por ejemplo, tanto mar como cordillera. Valorar y poner en realce las particulares características de nuestro territorio no es una cuestión puramente testimonial. **Destacar nuestra rica biodiversidad y paisajes y constatar las amenazas a las que se enfrentan -en el texto constitucional- implica establecer prioridades que tendrán efecto en la posterior interpretación de los demás preceptos, incluidos aquellos que consagren derechos y obligaciones.**

Con todo, si ha de mantenerse la estructura actual, especialmente en materia de derechos, deberes y protección judicial, la experiencia sugiere hacer cambios importantes. Se debe reconocer la naturaleza colectiva de los intereses en juego, en estos tres segmentos y especialmente en relación con quién estaría habilitado (¿por qué no cualquiera como en las Constituciones de Portugal, Paraguay y Colombia?) para solicitar el amparo judicial cuando está involucrado el interés general. Al menos, debiera ampliarse la legitimación activa a otros portadores del interés colectivo, organismos especializados y/o asociaciones, incluyendo la defensa de los ecosistemas y generaciones futuras. Ya se ha propuesto considerar una acción popular y una Defensoría del Medio Ambiente.⁴⁴⁹

En consecuencia, **el “derecho” debiera abrirse a hipótesis distintas a las de contaminación, considerar la integridad de los ecosistemas y alejarse de la visión antropocéntrica.** Desde este punto de vista, es interesante lo que ocurre, en la experiencia comparada (Brasil, Argentina, Francia, Paraguay,

⁴⁴⁸ La Constitución de Ecuador es una de las pocas en regular directamente el cambio Climático. Por ejemplo, en el art. 414 dispone: “El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.” Y en el 413: “El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua”.

⁴⁴⁹ ONG FIMA, 2021.

Costa Rica, Ecuador, entre otros),⁴⁵⁰ con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Esta última expresión proclama el respeto a los ciclos de la naturaleza pues sólo un ecosistema equilibrado podrá subsistir y prestar sus variados servicios (no sólo de provisión, sino también de regulación y culturales). El énfasis entonces no estará -como ahora- en proteger a las personas de la contaminación y tutelar sólo los pocos ecosistemas que forman parte de un patrimonio formalmente protegido.

En cuanto a los deberes, -y aquí sin duda, se encuentra uno de los puntos más importantes de la discusión- ya se ha señalado que las normas vigentes son insuficientes pues sólo se imponen al Estado, a diferencia de lo que ocurre en otros países (como Argentina, Brasil, Colombia y Francia), donde “habitantes”, “ciudadanos” o “todas las personas” tienen deberes de protección, de evitar daños e incluso de defender el ambiente.⁴⁵¹

Además, la Constitución actual restringe el deber del Estado sólo a velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y a tutelar la “preservación” de la naturaleza, expresión que se limita sólo a “no tocar” ciertos espacios especialmente valiosos. Afortunadamente en la experiencia comparada, existen varias otras fórmulas interesantes, desde el punto de vista de la educación/investigación en materia ambiental⁴⁵² y desde lo ecológico. Así, en Alemania, se proclama como deber del Estado proteger las “bases naturales de la vida y los animales”, fundándose en la responsabilidad hacia las generaciones futuras, realizándose a través de leyes y acciones ejecutivas y judiciales.⁴⁵³ Y en otras cartas más recientes, se imponen deberes de mantener y restaurar procesos ecológicos esenciales (Brasil),⁴⁵⁴ proteger la diversidad e integridad del ambiente y planificar el aprovechamiento de los recursos naturales, incluyendo su

⁴⁵⁰ Art. 45 de la Constitución de Argentina (“sano y equilibrado”); art. 1º “equilibrado y respetuoso de la salud” de la carta Francesa del ambiente anexada a la Constitución, art. 225 en Brasil (“ecológicamente equilibrado”); art. 7 en Paraguay (“ambiente saludable y ecológicamente equilibrado”); art. 50 de Costa Rica (sano y ecológicamente equilibrado) y art. 14 en Ecuador (sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, su *mak kawsay*”).

⁴⁵¹ Artículo 41 de la Constitución Argentina, artículo 225 en Brasil, artículos 95 inciso 2º nº 8 y 8 de Colombia y los artículos 2,3 y 4 de la carta de Medio Ambiente anexada a la Constitución de Francia.

⁴⁵² Por ejemplo, la carta francesa dispone en el art. 8 “La educación y la formación ambiental deben contribuir al ejercicio de los derechos y deberes definidos en la presente Carta”, y en el art. 9: “La investigación y la innovación deben concurrir a la preservación y a la mejora del medio ambiente.”

⁴⁵³ Artículo 20a.

⁴⁵⁴ Artículo 225.

conservación, restauración y sustitución (Colombia)⁴⁵⁵ o conservar la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas (Ecuador).⁴⁵⁶

Y luego, enfatizando el “beneficio de todos” se encuentran las constituciones de Pensilvania y Hawaii, donde, con matices, se impone al Estado el deber de conservar y mantener los recursos naturales públicos con un claro propósito: el “beneficio” de todo el pueblo o población, incluyendo a las generaciones futuras.⁴⁵⁷ Esta finalidad también se ha explicitado en Bolivia, donde será responsabilidad del Estado que la conservación y aprovechamiento del patrimonio natural sea para “beneficio” de la población.⁴⁵⁸

Por otra parte, se deberán perfeccionar las fórmulas hasta ahora utilizadas respecto a las obligaciones o limitaciones que puedan imponerse a otras libertades o derechos, como la libertad de empresa o el derecho de propiedad que se pueda tener sobre recursos naturales o sobre derechos o concesiones para acceder y aprovechar los recursos naturales. De hecho, en materia de propiedad, si bien desde hace mucho se ha instaurado entre nosotros la tesis de la propietarización de los derechos, es decir, de la propiedad sobre cosas incorporales, lo relevante es entender -de mantenerse este sistema- que la propiedad sobre las cosas incorporales o simples derechos/concesiones, no puede equipararse, ni garantizarse de la misma manera que otros tipos de propiedad, más aún si se trata de derechos de uso sobre recursos naturales que integran el dominio público, que el Estado debe proteger y mantener, de acuerdo a las circunstancias que lo requieran. Además, como acertadamente se ha señalado, el hecho de que la Constitución proteja la propiedad de los derechos no significa, como se ha entendido en Chile, que el propietario tiene propiedad “sobre la regulación” a partir de la cual éstos surgieron.⁴⁵⁹

Así, una constitución “más ambiental” debiera no sólo identificar los elementos de la naturaleza que se estiman estratégicos y protegerlos para el beneficio de todos (incluyendo a los que vendrán) sino además, imprimir límites y obligaciones efectivas (al Estado y los privados) o mecanismos de compensación, para asegurar que prime efectivamente el interés general (el beneficio colectivo) por sobre el particular en su aprovechamiento.

Y respecto a la función social de la propiedad, como sugieren GUILOFF Y SALGADO, si ha de mantenerse esta regla, debería regularse de manera general sin especificar qué comprende. Así, se deja de entender -como ocurre

⁴⁵⁵ Artículos 79 y 80.

⁴⁵⁶ Artículo 395.

⁴⁵⁷ Blumm y Schwartz, 2021. En Pensilvania ver art. I &27, y en Hawaii art. XI &1 y 7. También en Bauer et al., 2020.

⁴⁵⁸ Artículo 346.

⁴⁵⁹ Op. Cit., Guiloff y Salgado, 2020, p. 268.

hasta ahora- que la función social de la propiedad es una causal excepcional para imponer limitaciones, sino más bien, como una idea a partir de la cual debe explicarse la propiedad privada y su régimen. Ella es un principio, parte de su esencia y, por ende, la configura activamente.⁴⁶⁰ Es interesante aquí la norma colombiana,⁴⁶¹ que al garantizar la propiedad privada le impone límites (bien común, interés social, ambiente y patrimonio cultural); elige que el interés privado deberá ceder al interés público o social y que la propiedad “es” una función social que implica obligaciones y que -como tal- le es inherente una función ecológica.

Finalmente, para imponer estas nuevas bases en la Constitución podría ser una fórmula exitosa reconocer además, principios que estimamos indispensables o mínimos, tanto para asegurar la sostenibilidad del país como para permitir adaptar la interpretación de la carta fundamental a los nuevos desafíos del siglo XXI. Entre ellos estarían:⁴⁶²

a) el principio de Participación en las decisiones ambientales, que incluye los derechos de acceso a la información, participación y a la justicia.

b) el principio de Equidad o Justicia Ambiental (en su fase distributiva), tanto desde una perspectiva intra como intergeneracional, la que -como explica HERVÉ- implica una distribución más justa de las cargas ambientales y de los beneficios provenientes de los recursos naturales mediante mecanismos de distribución de la riqueza (económica y socioambiental) proveniente de la naturaleza.⁴⁶³ Es importante incentivar además lograr equidad desde el punto de vista territorial, lo que pasa obviamente por descentralizar las decisiones y contar con un ordenamiento territorial y de las cuencas que se haga cargo también de las desigualdades ambientales del mundo urbano y rural.

c) el principio de No regresión, que involucra la regla en virtud de la cual, no se puede retroceder en los estándares determinados para la protección de la calidad e integridad, tanto de las personas como de los ecosistemas. Este reconocimiento evitará que cada gobierno de turno deje abandonadas políticas y metas que se suponían eran de largo plazo, relajando la protección alcanzada, amparados generalmente en razones económicas o políticas y no científicas, como la actual necesidad de reactivar la economía.

⁴⁶⁰ *Ibíd.*, p. 267.

⁴⁶¹ Artículo 58. Y los mismos límites (bien común, interés social, ambiente y patrimonio cultural) impone a la libertad de empresa (art. 333).

⁴⁶² Otros principios cuya incorporación se podría discutir son los principios preventivo, precautorio y el de desarrollo sustentable.

⁴⁶³ *Op. Cit.*, Hervé, 2015, pp. 25-74.

• BIBLIOGRAFIA

- Aguilar, G. (2016)
'Las deficiencias de la fórmula "derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación" en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión', *Estudios Constitucionales*, 14(2):365-416. DOI: 10.4067/S0718-52002016000200012.
- Bauer, C. et al. (2020)
Protección de la naturaleza y una nueva Constitución para Chile: Lecciones de la doctrina del Public Trust. California: Chile California Conservation Exchange.
- Bermúdez, J. (2014)
Fundamentos de derecho ambiental. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2a ed.
- Blumm M. y Schwartz, Z. (2021)
'The Public Trust Doctrine Fifty Years After Sax and Some Thoughts on Its Future', *Public Land & Resources Law Review*, 44(1), 52 pp.
- Costa, E. et al. (2020)
'¿Receptividad deliberativa? El derecho al medio ambiente en la discusión constituyente de Chile 2016-207', *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 88(248):169-197. DOI: 10.29393/RD248-16RDEC40016.
- Delgado, V. (2005)
'La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico-comparativo', en Martinic, D. y Tapia, M. (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación Tomo II*. Chile: Lexis Nexis, pp. 907-937.
- Delgado, V. (2014)
'Servicios ecosistémicos y ambientales en la legislación chilena', en Montenegro, S. et al. (eds.) *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental Universidad de Chile, Recursos Naturales ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?* Chile: Thomson Reuters, pp. 523-553.
- Delgado, V. y Figueroa, R. (2021)
'Fallos judiciales escuchan por primera vez la voz de los humedales'. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/01/02/fallos-judiciales-escuchan-por-primera-vez-la-voz-de-los-humedales/> (Consulta: 11 enero 2021).

- Delgado, V. (2021)
'Capítulo III. La regulación de las aguas subterráneas en el derecho de aguas de Chile: liberal, incompleta y poco ambiental', en Delgado, V. y Arumí, J.L. (eds.) El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el derecho ambiental y las ciencias ambientales. España: Tirant Lo Blanch, en imprenta.
- Domínguez, R. (1996)
'Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno', Revista de Derecho y Jurisprudencia, 93(3):127-131.
- Fundación Chile Descentralizado (2018)
Descentralización 2.0 Construyendo la Gobernanza Regional que Chile necesita: un desafío país. Chile: Ediciones Universidad de la Frontera.
- Galdámez, L. (2018)
'Recurso de protección y medio ambiente en la jurisprudencia en las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema', en Galdámez, L. (coord..) Una perspectiva constitucional del medio ambiente. Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 167-191.
- Galdámez, L. (2018)
'Constitución y medio ambiente: algunas ideas para el futuro', Revista de Derecho Ambiental, 9:72-2. DOI: 10.5354/0719-4633.2018.49745.
- Galdámez, L. (2019)
'Los deberes de protección estatal, cláusula presente (aunque dormida) en la Constitución de 1980: una fórmula constitucional frente al cambio climático', en Moraga, P. (ed.) La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional. Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 77-85.
- González, M. et al. (2020)
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.
- Guiloff, M. y Moya, F. (2020)
'El derecho a vivir en un medio ambiente sano', en Contreras, P. y Salgado, C. (eds.), Curso de Derechos Fundamentales. España: Tirant Lo Blanch, pp. 702-723.
- Guiloff, M. y Salgado, C. (2020)
'El derecho de propiedad privada y la tutela de los bienes públicos', en Lorca, R. et al. (eds.), La Hoja en Blanco. Chile: Editorial La Pollera, pp. 263-278.
- Guiloff, M. (2016)

‘Elija cuál derecho de propiedad privada se protege: la precisión de las normas legales que establecen limitaciones a la propiedad privada, a propósito de los fallos Molinera del Norte y curtidos Bas’, en Couso, J. (ed.), Anuario de Derecho Público 2016. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 152-167.

Guiloff, M. (2018)

‘La privación de atributos y facultades esenciales del dominio como estándar de control para las intervenciones sobre el derecho de propiedad privada’, Estudios constitucionales, 16(2):271-306. DOI: 10.4067/S0718-52002018000200271.

Guiloff, M. (2018)

‘La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena’, Revista Ius Et Praxis, 24(2):621-648.

Hervé, D. (2015)

Justicia ambiental y recursos naturales. Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Hervé, D. y López, G. (2020)

‘El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución’, en Lorca, R. et al. (eds.) La Hoja en Blanco. Chile: Editorial La Pollera, pp. 199-214.

Kotze, L. (2015)

‘The Conceptual Contours of Environmental Constitutionalism’, Wiscener Law Review, 21:187-200.

Moraga, P. (2019)

La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Moraga, P. y Delgado, V. (2018)

Sentencia Corte Suprema de 27 de agosto de 2018: Protección de Humedales Artificiales. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-iberoamerica-chile-humedales-artificiales/> (Consulta: 11 enero 2021).

Moraga, P., Delgado, V. y Farías, L. (2021)

Sentencia Corte Suprema, 22 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-iberoamerica-chile-principio-de-prevencion-y-precaucion-vertidos-medio-marino/> (Consulta: 12 enero 2021).

ONG FIMA (2020)

Bases para una Constitución Ecológica en Chile. Disponible en: <https://www.fima.cl/wordpress/wp-content/uploads/2020/11/BASES-PARA-UNA-CONSTITUCIO%CC%81N-ECOLO%CC%81GI-CA-v.-25.11.20-1.pdf> (Consulta: 12 en enero 2021).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2012)
La economía del cambio climático en Chile. Chile: Naciones Unidas.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2016)
Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016. Chile: Naciones Unidas.

Rifkin, J. (2019)
The Green New Deal. Why the Fossil Fuel Civilization Will Collapse by 2028 and the Bold Economic Plan to Save Life on Earth. St. Martin's Press, Nueva York.

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

Valenzuela, R. (2010)
El derecho ambiental. Presente y pasado. Chile: Editorial Jurídica de Chile.