

EXPOSICIÓN COMISIÓN EXPERTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN
SUBCOMISIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

MARTES 25.04.2023

Edesio Carrasco Quiroga
Profesor de Derecho Ambiental
UC y UDD

1. DIAGNÓSTICO INELUDIBLE

Avances:

- a) El artículo 19 N° 8 actualmente vigente en sus partes pertinentes, no ha sido un **cerrojo o trampa** para tener más y mejor protección del medio ambiente. Existe un derecho, deberes para el Estado y un mecanismo para hacerlos efectivo (recurso de protección). Estas normas han **habilitado** al legislador de manera **amplia** para regular de manera gradual e incremental el medio ambiente, lo que debiese mantenerse más allá del texto que se disponga en la futura CPR.
- b) Estas normas han permitido a los poderes públicos **crear instituciones** desde la dictación de la ley N° 19.300, permitiendo avanzar, igualmente, de manera incremental.
- c) La creación de la **CONAMA** y luego del **MMA, SEA, SMA y TA** es prueba de ello. A ello se suman ley de **impuestos verdes** (20.780); **responsabilidad extendida del productor** (20.920); **prohibición de uso de bolsas plásticas** (21.200); **humedales urbanos** (21.202); **ley marco del cambio climático** (21.455).
- d) Se suman: normas que regulan la emisión de centrales termoeléctricas (DS 13/2011); Norma de calidad lago Villarrica (DS 19/2013); y, más 15 PPDA a lo largo de todo Chile, y más de 70 humedales (hoy la superficie declarada como humedal en Chile, supera la región de Los Lagos).
- e) Existe una revisión amplia de los tribunales de justicia, generales y especiales, de las decisiones ambientales (regulación, evaluación y sanción ambiental), quienes han tenido un rol activo (Central Castilla, Mina Invierno, Río Cuervo, Pascua Lama, HidroAysén). **Todos proyectos que no se han ejecutado o han debido ser paralizados o cerrados por lo estricta de nuestra legislación.** AVO II (vestigios arqueológicos, ayer en Diario El Mercurio). Proyecto Fundamenta (hoy se piden estudios de luminosidad) ¿Estamos tan mal en protección ambiental?

- f) No hay evidencia de que la interpretación hecha por los tribunales de justicia en los últimos quince años haya privilegiado los derechos de carácter económico (libertad económica y propiedad) al momento de entrar en conflicto con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, profundizando, en general, respecto de este último derecho, el carácter de derecho subjetivo y colectivo público, evidenciando el dilema que esta tensión genera.
- g) A lo anterior se suma la creciente extensión de las áreas protegidas por el Estado (192) y las más de 165 millones de hectáreas bajo un estatuto de protección, habiendo aumentado el presupuesto en protección ambiental desde el año 2000 a 2014 en un 174%.
- h) En materia sancionatoria, la Superintendencia de Medio Ambiente ha iniciado desde su creación más 1.336 procedimientos sancionatorios a 1.267 unidades fiscalizables, aprobando 834 programas de cumplimiento que han permitido incentivar el cumplimiento ambiental.
- i) En otros ámbitos, el avance en el tratamiento de aguas servidas también ha sido robusto, contando con un 93% de cobertura al 2013 (hoy es cerca del 98%), superando el 20% que se tenía al año 2000.
- j) Por último, Chile lleva más de una década promoviendo intensamente la generación de energías renovables no convencionales (solar y eólica, principalmente), transformándose en una política de Estado que hoy permite que casi un 30% de la matriz energética (octubre 2022) tenga este origen, lo que sumado a un proceso de descarbonización, a la nueva ley de eficiencia energética y a la promoción del desarrollo del hidrógeno verde, nos permite seguir avanzando intensamente en un Chile más sustentable con miras a alcanzar la carbono neutralidad en el año 2050. Hay más de 2000 USD con trabas impuestas por el CMN al desarrollo de estos proyectos en el Norte. La pérdida de valor y de protección ambiental ha sido grande.

SÍNTESIS: Chile ha avanzado mucho en protección ambiental, siendo el país con mejor desempeño ambiental en Latinoamérica (Ranking universidad de Yale y OCDE), superando a aquellas naciones cuyos textos constitucionales sirvieron de base para la elaboración de los acápite ambientales del borrador rechazado en el proceso anterior. Dinamarca no dice nada en su Constitución y es el país con mejor desempeño ambiental. Quienes tienen derechos de la naturaleza en sus constituciones no tienen más y mejor protección del medio ambiente (Ecuador y Bolivia).

Tareas pendientes:

- a) Hay un problema de legitimidad de las instituciones (global) que también ha afectado a la institucionalidad ambiental; hay desconfianza por parte de la

comunidad (protección, transparencia y acceso a la información) y del sector privado (certeza jurídica respecto a aplicación de criterios).

- b) Distribución inequitativa de cargas públicas (zonas de sacrificio; Quintero – Puchuncaví es previo a la CPR del 80, ella no es responsable de ello). Con las normas de hoy, no existiría. ¿Puede achacársele al 19 N°8 y a la institucionalidad ambiental actual esta situación preexistente?
- c) Un aparato del Estado anquilosado (modernización urgente), con instrumentos de gestión ambiental que han perdido vigencia y una distribución de competencias fragmentada.
- d) Gestión dispersa en cambio climático y biodiversidad (Ley marco de CC ayuda, SBAP ya lleva más de una década en tramitación).
- e) Lo anterior ha llevado a la comunidad ambiental, jurídica e incluso académica a entender erradamente que el **SEIA debe ser el lugar en donde problemas de planificación territorial, de política pública y de estrategias nacionales de desarrollo deben ser discutidos y zanjados cuando el instrumento no tiene dicha finalidad y al cual tampoco pueden achacársele problemas territoriales ni de regionalización**. El texto rechazado no daba soluciones a dichas problemáticas.
- f) Precarios mecanismos de **participación ciudadana en los instrumentos de gestión ambiental** (se publica en Diario Oficial un extracto que no se entiende; lógica siglo XIX, pero es problema legal, no constitucional).
- g) Excesiva fragmentación del control judicial de las decisiones administrativas de carácter ambiental (Corte Suprema, Apelaciones, Tribunales Ambiental, SMA, Comité de ministros).
- h) Escaso fomento de iniciativas que involucren la participación y el financiamiento de la sociedad civil (sector privado). El ejemplo de Tompkins es paradigmático.

SÍNTESIS: Habiendo problemas, la sensación lacerante de desprotección ambiental, no tiene un correlato en la evidencia, sino más bien en un cambio cultural que ha hecho que, justificadamente, se requieran nuevas respuestas a nuevos desafíos o problemas. No somos Ruanda. Tampoco Finlandia. Y estamos lejos (mejor) de Ecuador y Bolivia en protección ambiental, quienes han intentado desarrollar los derechos de la naturaleza y otras instituciones que algunos piensan que sería la solución en Chile para los desafíos que enfrentamos. No lo veo así.

Muchas de las soluciones reales y necesarias tienen que ver con gestión. Otras con fijar reglas claras y evitar la complejidad administrativa (las guías del SEA son un ejemplo de la forma

en que se puede llegar a complejizar los procesos mediante una regulación sin control), algunas inmiscuyéndose en asuntos propios de la potestad reglamentara o derechamente legal. Cualquier cambio debe pasar de lo aspiracional a lo transformador.

2. ANÁLISIS PROPUESTA COMISIÓN EXPERTA (EN GENERAL)

En términos generales es un texto bien escrito, pero cauto. Con orientaciones generales correctas. Sobrio, pero con algunas redundancias. Entiendo el poco tiempo que se tuvo esta subcomisión y eso puede explicar parte de los comentarios que expondré.

Criterios antes de referirme a las normas:

1.- Tenemos distintas visiones del medio ambiente, porque tenemos diferentes visiones antropológicas y de mundo. Vivimos en un país plural, con diversidad de proyectos de vida.

2. Estamos plagados de incertidumbre, por lo que requerimos disposiciones flexibles que regulen el medio ambiente (abiertas al cambio). Los problemas de hoy no serán los de futuro. Cuidado con rigidizar texto y amarrar a generaciones futuras con nuestros traumas, prejuicios y visiones.

3. Hay varios instrumentos para enfrentar el cambio climático, la deforestación, la biodiversidad, etc. CPR debe ampliar la cancha, no cerrarla en cuanto a instrumentos.

4.- El estado, la sociedad civil – ONG y el mercado/empresas tienen mucho que decir. Nadie debe ser excluido. Debe promoverse la colaboración privada – pública y la coordinación administrativa. Dos principios razonables para proteger el medio ambiente.

Capítulo 1. Fundamentos del orden constitucional

Texto	Propuesta	Fundamento
Artículo 14.- Es deber del Estado el cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad, protegiendo el medio ambiente y promoviendo la sostenibilidad y el desarrollo.	Es deber del Estado la protección del medio ambiente, velando por la conservación de la naturaleza y su biodiversidad, promoviendo el desarrollo sostenible tanto de las actuales como de las futuras generaciones.	<ul style="list-style-type: none"> - Es protección (no cuidado/precautorio). Sentido amplio (elementos naturales, artificiales, culturales). - Es velar (con distintos instrumentos) y por intermedio de distintos agentes (privados o públicos) - Sostenibilidad en sentido amplio (incluye otros elementos:

		<p>pensiones, fiscales, etc.).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Equidad intergeneracional (lo mismo: aplica criterio amplio de toma decisiones: las necesidades del presente no pueden comprometer las de las generaciones futuras).
--	--	--

Capítulo II. Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales

2.1 garantía en materia ambiental

Texto	Propuesta	Fundamento
<p>La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que permita la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.</p> <p>Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza y su biodiversidad.</p> <p>De acuerdo a la ley, se podrán establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades con la finalidad de proteger el medio ambiente.</p>	<p>i. El derecho a vivir en un entorno sano y libre de contaminación.</p> <p>ii. Es deber del Estado y de las personas velar por la protección del medio ambiente, tutelar la preservación de la naturaleza, y conservar el patrimonio natural y la biodiversidad.</p> <p>iii. El Estado deberá asegurar el uso sustentable de los recursos naturales, la participación de la comunidad en las decisiones que incidan en el medio ambiente y la colaboración de la sociedad civil en el desarrollo sostenible.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Sano (UN, A/76/300, de 26 de julio de 2022). - Antropocéntrico (ser humano en el centro, mayor realización de las personas) - Desarrollo legislativo (el diagnóstico lo prueba, se puede). - Libre de contaminación (relevante, pero hoy superado. Debe mantenerse por la continuidad institucional y comprensión transversal). - Deberes del estado (sin mayor innovación, salvo...)

	<p>iv. Solo la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos y libertades para la protección del medio ambiente, definiendo los instrumentos de gestión ambiental necesarios para cumplir esa función y su efectiva tutela.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Uso sustentable de los recursos naturales (escasez y si son renovables, elementos claves). - Participación de la comunidad (debe modernizarse el mecanismo. Nadie sabe, nadie participa). - Colaboración de la sociedad civil (no puede estar al margen. Esto no es patrimonio del Estado. Áreas protegidas, REP, innovación, etc.). - No incluiría riesgo ambiental, es una categoría distinta y sin correlato en Chile. - Se desconoce donde estaría el nuevo recurso de protección o de tutela (debe existir un mecanismo para hacerlo compatible con el tribunal ambiental). Hay propuesta al final.
--	--	---

CAPÍTULO XIII. Protección del medio ambiente, sostenibilidad y desarrollo 3.1 Disposiciones generales.

Importante capítulo, pero tampoco creo que deba llenarse de artículos superfluos, sino de contenido muy sustantivo y concreto. Lo actual, no dice mucho.

TEXTO	PROPUESTA	REFORMA
<p>Artículo 1. Toda persona debe contribuir a la protección del medio</p>		<ul style="list-style-type: none"> - Es redundante, no agrega nada (ya lo contempla la ley).

<p>ambiente, y será responsable del daño ambiental que cause, en conformidad a la ley.</p> <p>Artículo 2. El Estado debe orientar su acción a la conciliación de la protección de la naturaleza y el mejoramiento del medio ambiente con el desarrollo económico y el progreso social.</p> <p>Artículo 3. El Estado debe fomentar el desarrollo sostenible, armónico y solidario del territorio nacional, instando a la colaboración privada en dicha tarea.</p>		<ul style="list-style-type: none"> - El segundo artículo no añade nada a lo ya dicho - El tercer artículo tiene más contenido, pero debe armonizarse con la forma de estado que se defina (regional, unitario, etc.). Creo que podría estar en fundamentos del orden constitucional.
--	--	--

3. ANÁLISIS DE LAS ENMIENDAS PROPUESTAS

Mezcla inorgánica de temas, la subcomisión debe definir sus límites. Qué es parte de este título y que no. Son temas muy dispersos y distintos.

Orgánicas:

9 (administración ecológica), 12 (instituciones administrativas y jurisdiccionales), 14 (SEA autónomo y de rango constitucional), 17 (defensoría de la naturaleza)

- Tenemos sala de máquinas ambiental, cuyos problemas no se solucionan en este texto
- Riesgo de atrofia (MMA pasa a segundo plano y SEA y DN se transforman en los grandes órganos, los que probablemente se enfrentarán, evitar choque de trenes). Ello choca con las atribuciones de regulación del MMA y de fiscalización y sanción de la SMA y por otra del CDE. La naturaleza no necesita defenderse, pues es **objeto** de protección, no es **sujeto** de derechos. La defensoría lo que hace es meter derechos de la naturaleza de contrabando (“Gato por libre”).
- ¿Qué diferencia tendría de la SMA, TA, SEA, CDE y órganos sectoriales de la Defensoría?
- Ya hay entidades que velan por estos derechos y por el deber de protección.

- Podría existir un ente coordinador, pero no un nuevo actor con acciones públicas a modo de Ministerio Público. **Salvo que evaluación, fiscalización y sanción sean órganos autónomos. Todos o ninguno. Uno podría tener una CMF ambiental, pero ella es de rango legal no constitucional.**

Principios:

2 (regresión y precautorio), 26 (lista larga)

- Es preferible reglas y estándares
- Precautorio pone una carga intensa sobre la democracia (legislativo y presidente). Cada decisión debe justificarse sin tener certeza (vacunas Covid no se hubiesen podido llevar adelante, se hubiese requerido una prueba o evidencia científica que no se tiene).
- No Regresión aplica para todos los derechos fundamentales (no veo el mismo celo en los de carácter económico o derechos clásicos)
- ¿Qué es la evidencia científica? Genera un sesgo en administración
- ¿Y cuando no haya evidencia? Discusión.
- ¿Quién zanja?
- Por último: la justicia es una sola. No existe la justicia ambiental o climática, de lo contraria también habría que hablar de justicia laboral, del consumidor, de la libre competencia, justicia hídrica, de enfoque de género, etc. Cuidado con fragmentar la administración de justicia. Ese sesgo la CPR no lo debiese tener.

Redundantes:

1 (deberes del estado) 18 (limitaciones a derechos y libertades, ya están antes) 23 (política minera, encadenamiento productivo) 29 (deberes marinos y planificación territorial). Pueden fundirse o precisarse por componente ambiental (agua, suelo y aire).

Desarrollo sostenible con un enfoque más antropocéntrico

- 5, 6 y 7 (todas en el mismo tenor, con enfoque más mixto en cuanto a provisión privada la 7) y 13 (una lógica más antropocéntrica).
- Respecto a propuestas 5, 6 y 7. De elegir una, estimo debiesen implementarse en el Cap I., a propósito de la forma de Estado, o del deber de protección ambiental.
- Respecto de la enmienda 13: Hay que tener cuidado con la forma de entender los “bienes comunes a todos los hombres” y si se insertarán o no en el texto y, de ser así, de qué forma.
- ¿Sólo protegeremos los bienes comunes a todos los hombres? (¿mar, playa, aire?) - ¿Regulación constitucional de lo que dice el Código Civil?

- Hay bienes naturales que tienen valor en sí mismos y que no son comunes a todos los hombres (biodiversidad, paisaje, humedales) y que deben ser preservados y protegidos.
- Estos bienes, independiente de su estatus de propiedad (nacionales, privados, fiscales) tienen una cosa en común: forman parte del entorno natural que nos rodea y el texto propuesto ya los protege en otra parte de su articulado.
-

Acceso a la propiedad

15 (régimen de las aguas, no dispone uso, goce y disposición. Esto generará rechazo nuevamente en amplios sectores del mundo rural), pero esto debiese estar en propiedad. Línea Código de Aguas (reforma reciente) 20 (bienes que la naturaleza a hecho común a todos los hombres). ¿Dónde se resuelve esto? ¿Aquí o en el capítulo de propiedad? 28 (peligroso concepto de custodia: todo es del Estado al fin, una especie de sospecha sobre titularidades privados. Esto ya se intentó en la Convención).

Animales

16 (protección de animales)

¿En qué sentido la protección animal debe ser *especial*? ¿A qué animales nos referiremos? El medio ambiente ya está teniendo una protección reconocida en el texto, ¿en qué se diferencia la protección especial para los animales? Esto debe conciliarse con la salubridad pública y con los servicios ecosistémicos. Ya hay regulación legal y reglamento de clasificación de especies con distintas categorías, no veo la necesidad de innovar. Ha funcionado bien la regulación administrativa (SAG) y los mecanismos de responsabilidad civil por tenencia responsable de mascotas.

En efecto, la biodiversidad es un valor que hay que proteger y hay animales que ciertamente son contrarios a ella en cuanto plagas que alteran y dañan ecosistemas por lo que deben ser erradicadas (castores, chinche rojo, incluso gatos ferales y perros asilvestrados).

La propuesta presenta problemas.

Relaciones internacionales

19 (es un error constitucionalizar o definir una política internacional de promoción de ciertos valores, “de reducción de emisiones”, eso se acuerda multilateralmente. Un país chico como el nuestro, aporte el 0,02% de las emisiones a nivel global). Es bueno poner magnitud a este punto y no generar problemas.

Tributos

25 (principio de afectación).

Cambio climático

27 (¿contribuir a reducir a nivel global?) Es interesante el concepto de transición justa (es sustentabilidad) y carbono neutralidad (judicialización).

No creo correcto hablar de "crisis climática".

Sugiero:

*"Es deber del Estado y de la comunidad nacional la coordinación, ejecución y promoción **transversal** de acciones destinadas a **mitigar** el Cambio Climático y de **adaptarse** a sus efectos adversos, considerando en ello una **transición justa y armónica de todos los sectores de la nación.**"*

Esta propuesta entiende que el CC no es un problema estrictamente ambiental. De hecho, poco hay de Derecho Ambiental en el CC. Las acciones para hacerle frente al CC deben ser transversales y considerar a todos los sectores del país (agro, vivienda, minería, energía, laboral, banca). Esfuerzo público y privado, sin comprometer crecimiento y equidad social (nuevas viviendas sociales, por ejemplo).

Escazú

30 (Derechos de acceso: participación e información).

Escazú es un tratado ambiental de Derechos Humanos, reconocido ya de acuerdo a la propuesta del art.6 del texto, así como también el acceso a la Información ambiental está en el art. 12.2. Sugiero que se agregue allí acceso a información ambiental.

Hay que tener cuidado con terminar elaborando una Constitución con elefantiasis y redundancia regulatoria.

Estado empresario

31 y 32. En lo personal, la evidencia y mi experiencia profesional, el Estado debe estar estrictamente limitado en inmiscuirse en actividades económica. Lo dispuesto en el actual 19 N° 21, es razonable. Y la cantidad de empresas públicas que tenemos, tampoco es poco como para decir que esto ha sido un cerrojo o trampa. Revisar sistema SEP.