

Una Constitución Socioecológica para Chile: Propuestas Integradas

RED DE CONSTITUCIONALISMO ECOLÓGICO

Editores

Liliana Galdámez, Salvador Millaleo & Bárbara Saavedra

Una Constitución Socioecológica para Chile: Propuestas Integradas

RED DE CONSTITUCIONALISMO ECOLÓGICO



Editores

Liliana Galdámez, Salvador Millaleo & Bárbara Saavedra



UNIVERSIDAD DE CHILE



La Red de Constitucionalismo Ecológico (RCE) fue convocada y guiada por Liliana Galdámez, Salvador Millaleo y Bárbara Saavedra.

El Equipo Coordinador estuvo compuesto por Bárbara Saavedra, Benjamín González, Catalina Spuhr, Liliana Galdámez, Matías Vera, Salvador Millaleo, Sebastián Inostroza y Yasna Contreras.

La imagen de Portada fue diseñada y donada por María Jesús G de Val.

Apoyo audiovisual fue donado por Daniel Pastene y Ricardo Pastene.

Diseño y diagramación de Álvaro Araya - www.alvaroaraya.com

Apoyo Impresión y distribución de Pehuén Editores.

Impreso en Donnebaum.

ISBN: 978-956-16-0841-2

Diseño e Impresión fueron posibles gracias al apoyo de:

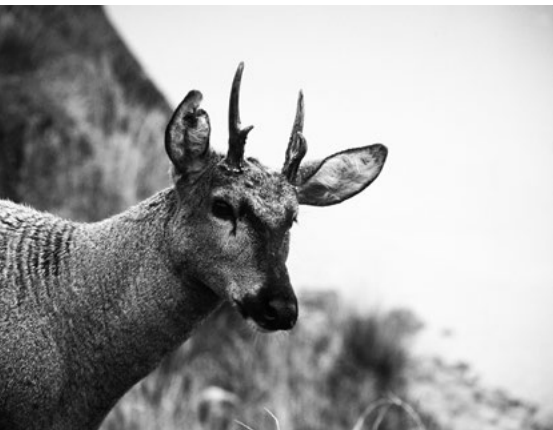


Contenidos

UNA CONSTITUCIÓN SOCIOECOLÓGICA PARA CHILE: PROPUESTAS INTEGRADAS	9
Red de Constitucionalismo Ecológico (RCE)	
RED DE CONSTITUCIONALISMO ECOLÓGICO, EL ESFUERZO COLABORATIVO PARA DOTAR DE UNA ESTRUCTURA SOCIOECOLÓGICA A LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE CHILE	13
Liliana Galdámez, Salvador Millaleo & Bárbara Saavedra	
BASE ECOLÓGICA DE LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD: LA NATURALEZA Y BIODIVERSIDAD COMO FUNDAMENTO, MOTOR Y GARANTE DEL BIEN COMÚN	20
Bárbara Saavedra	
LA NATURALEZA EN EL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN DE 2022	24
Liliana Galdámez Zelada	
PRINCIPIOS AMBIENTALES	27
Valentina Durán & Benjamín González	
PUEBLOS INDÍGENAS Y CONOCIMIENTOS ECOLÓGICOS TRADICIONALES	36
Salvador Millaleo	
ÉTICA BIOCULTURAL Y DERECHOS BIOCULTURALES	40
Tamara Contador Mejías	
BIODIVERSIDAD, BIEN COMÚN, RECURSOS NATURALES Y SOBERANÍA	43
Bárbara Saavedra	
RECURSOS GENÉTICOS Y BIODIVERSIDAD	47
Cristina Dorador	
RECURSOS GENÉTICOS Y CONSTITUCIÓN	51
Lorna Püschel H.	
RED DE CONSTITUCIONALISMO ECOLÓGICO: UNA COMUNIDAD EN DEFENSA DE LA BIODIVERSIDAD	55
Nuriluz Hermosilla	

CAMBIO CLIMÁTICO: CRISIS Y RESILIENCIA	58
Pablo A. Marquet	
DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y CAMBIO CLIMÁTICO	62
Pilar Moraga	
EL CAMBIO CLIMÁTICO ES UN PROBLEMA DE DESIGUALDAD SOCIO-ECOLÓGICA	65
Rosario Carmona	
CUIDADO SOCIOECOLÓGICO: APUNTES SOBRE MODELOS DE DESARROLLO PARA UNA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA	68
Manuel Tironi	
CRISIS SOCIO-ECOLÓGICA Y FELICIDAD: EL ROL DE LA AGENCIA PERSONAL ANTE LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL	73
Rosario Carmona	
OCÉANO Y MARES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN	77
Oswaldo Ulloa, Alejandro Correa & Mauricio Urbina	
LA ANTÁRTICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA	81
Luis Valentín Ferrada W.	
MODELOS DE DESARROLLO Y NATURALEZA	86
Dominique Hervé Espejo	
CONSTITUCIÓN Y RECURSOS NATURALES: DEFINICIONES SOBRE EL ACCESO, USO Y APROVECHAMIENTO Y UN NUEVO MODELO DE GOBERNANZA	90
Ximena Insunza Corvalán	
EXTRACTIVISMO EN CHILE: LOS NEGOCIOS DE EXPORTACIÓN FORESTAL Y AGRÍCOLA, BASADOS EN MONOCULTIVOS DE PINO, EUCALIPTO Y PALTO	93
Cristián Frêne Conget	
CONSTITUCIÓN Y MINERÍA	98
Liliana Galdámez Zelada	
NUEVA CONSTITUCIÓN: EL FIN DE LOS PRIVILEGIOS MINEROS	103
Mauricio Folchi	

AGUA, SUELO Y PROPIEDAD	107
Yasna Contreras & Manuel Prieto	
PROPIEDAD Y MEDIO AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN	112
Cristián Frêne Conget	
BASES PARA LA INCORPORACIÓN DE LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA	115
Bárbara Saavedra & Liliana Galdámez	
INSTITUCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA	121
Ezio Costa Cordella	
INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL EN CHILE, CONTEXTO PARA UN PROCESO CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN	125
Alejandra Figueroa Fernández	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y MEDIO AMBIENTE	130
Fernanda Salinas Urzúa	
TIPO IUS FUNDAMENTAL: DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO	134
Amaya Álvez Marín & Rodrigo Castillo Jofré	
MEDIO AMBIENTE, DERECHO FUNDAMENTAL Y TUTELA JURISDICCIONAL: BALANCE Y PROPUESTAS	142
Liliana Galdámez Zelada	
JUSTICIA AMBIENTAL, CONFLICTOS Y DESARROLLO	146
Marcela Márquez García	
ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO FORMA DE PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE	152
María Nora González Jaraquemada	
EL IMPERATIVO DE UNA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA	161
Catalina Spuhr & Matías Vera	



Una Constitución Socioecológica para Chile: Propuestas Integradas

Red de Constitucionalismo Ecológico

PREÁMBULO

Creemos que la vida en común se basa en la salud integral y el bienestar subjetivo y material de todas y todos los habitantes, materializada en acciones y políticas que fortalezcan la conexión con la naturaleza y promuevan el cuidado de los territorios.

PUEBLOS INDÍGENAS

La Constitución reconoce y valora el aporte que los Pueblos Indígenas han hecho a la vida común y comparte sus valores de reciprocidad, honestidad, complementariedad, equilibrio con la naturaleza y en la vida social, cooperación, respeto por los bienes comunes, cuidado de la diversidad de la vida, respeto y desarrollo de la autonomía colectiva como componentes esenciales del Bien Común.

Reconocemos una profunda crisis global, producto de la forma en que nos hemos relacionado con la biosfera, degradando la naturaleza y su biodiversidad, a partir de su explotación y consumo desmedidos. Para afrontar esta crisis debemos reconocer la interdependencia, co-pertenencia y reciprocidad en las relaciones de los seres humanos con la naturaleza. Estos elementos han estado presentes en las cosmovisiones de los pueblos originarios y deberían ser el fundamento de los deberes constitucionales del Estado, las comunidades y las personas para promover y garantizar la protección, restauración y el cuidado de la naturaleza.

CAMBIO CLIMÁTICO Y CRISIS GLOBAL

La protección de la naturaleza y desafíos globales como la pérdida de biodiversidad y cambio climático son una cuestión de seguridad nacional y global, que precisa multilateralismo y cooperación internacionales, en escenarios de real incertidumbre.

La Constitución promoverá el desarrollo de sistemas de gobierno basados en la cooperación y la cogestión, reforzando la mitigación, la adaptación y la calidad de vida, como herramientas que permiten fortalecer la resiliencia frente a los cambios e incertidumbres.

El Estado se compromete a incrementar y mantener la capacidad de captura y almacenamiento de carbono

de los ecosistemas naturales, que además refuercen el sentido y la relación con el territorio donde se encuentran los cimientos de las prácticas culturales a través de las cuales se experimenta, se entiende, se resiste y se responde al cambio ambiental.

La Constitución debe garantizar y promover el desarrollo de sistemas de gobierno y gobernanza basados en la cooperación y la cogestión de los territorios, como mecanismo clave para la mitigación, la adaptación y transformación que propicien el bienestar y el Buen Vivir.

La nueva Constitución debe explicitar el contexto de emergencia climática en que nos encontramos.

ARTÍCULO 1

El Estado reconoce la relación indisoluble y de interdependencia de los seres humanos y la naturaleza y su biodiversidad.

Chile es un país marítimo.

El Estado de Chile es plurinacional, pluricultural y plurilingüe.

GRANDES PRINCIPIOS AMBIENTALES

Principio precautorio y preventivo;

Principio de progresividad y no regresión;

Justicia intergeneracional;

In dubio pro-natura;

Límites ecológicos al uso y explotación de la naturaleza y la biodiversidad;

Principio de Conciencia global, en el sentido que el bienestar de Chile y del planeta son interdependientes.

DERECHOS

Derechos de la naturaleza

Se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.

Propiedad Privada y Medio Ambiente

El Derecho de propiedad debe ampliar la función social de la propiedad para que la futura Constitución comprenda e incorpore la función ecológica de la propiedad.

La futura Constitución debe reconocer la existencia de bienes comunes e inapropiables que son fundamentales para la mantención del Buen Vivir y la integridad de la naturaleza y la biodiversidad.

Derechos bioculturales

Los derechos bioculturales son derechos colectivos establecidos por largo tiempo en una comunidad, de acuerdo a sus leyes consuetudinarias, para administrar el territorio, el agua y los distintos elementos de la naturaleza, según la usanza y la ética tradicional. Los derechos bioculturales son inalienables.

Derecho a la alimentación sana y la soberanía alimentaria

Derechos de Acceso, Participación y de protección

El derecho de acceso a la información ambiental, el derecho de acceso a la participación pública informada, inclusiva y deliberativa en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales y un deber del Estado de asegurar estos derechos y de garantizar un entorno seguro para las personas, grupos, y organizaciones que defienden el medio ambiente.

Derecho a participar en la toma de decisiones respecto al desarrollo del territorio

Derecho a la Autodeterminación

Es el derecho de los pueblos a decidir sus propias formas de desarrollo endógeno, económico, social, cultural y político, incluyendo sus propios sistemas de gobernanza, a partir de sus formas de vida, valores y formas de relacionamiento y participación en la naturaleza.

Derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado

La Constitución debe garantizar a todas las personas el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que favorezca el bienestar, la conservación y la regeneración de los ecosistemas. Este

derecho tiene una dimensión individual y colectiva y comprende a las presentes y futuras generaciones.

Este derecho es fundacional para el goce de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la salud, al alimento y al agua.

Justicia Ambiental

Proponemos un modelo de Justicia Ambiental que incluya principios en cinco dimensiones: a) protección de la degradación ambiental; b) adopción de un enfoque preventivo del daño ambiental; c) atribución de la carga de la prueba a quienes contaminan, eliminación de la carga de la prueba del elemento subjetivo “intención de discriminar”; d) la reparación de las inequidades mediante adopción de acciones dirigidas y recursos suficientes; e) participación deliberativa; f) equidad en el acceso a las contribuciones que nos provee la naturaleza.

La protección del medio ambiente, la biodiversidad y la naturaleza, constituyen bienes jurídicos de interés público. En consecuencia, cualquier persona natural o jurídica podrá interponer una acción de tutela frente a toda acción u omisión que ponga en riesgo, afecte o dañe a las personas o grupos en sus derechos fundamentales, a la naturaleza y al derecho de las presentes y futuras generaciones de gozar de medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El poder judicial en estos casos, de oficio o a petición de parte dispondrá las medidas destinadas a hacer cesar la amenaza y o afectación y ordenará las medidas necesarias para la protección y, en su caso, para el restablecimiento de los derechos afectados y protegerá y asegurará la integridad de los ecosistemas promoviendo su restauración cuando proceda. A este deber estarán también obligados todos los poderes del Estado en el ejercicio de sus funciones.

BIENES COMUNES

La futura Constitución debe reconocer la existencia de bienes comunes e inapropiables que son fundamentales para la mantención del Buen Vivir y la integridad de la naturaleza y la biodiversidad.

El Estado reconoce y garantiza la protección de los bienes comunes, ello asegura su existencia íntegra para presentes y futuras generaciones.

La naturaleza y la biodiversidad son bienes comunes. El acervo genético originario de Chile es un bien público y el Estado promoverá su conocimiento, valoración, protección y uso justo y equitativo.

CAMBIO CLIMÁTICO, CRISIS Y RESILIENCIA/CAMBIO GLOBAL

Chile se compromete a enfrentar las causas de los problemas globales como el cambio climático y la pérdida de biodiversidad. Para esto promoverá, suscribirá e implementará acuerdos y alianzas de colaboración nacionales e internacionales de mitigación, adaptación y fortalecimiento de la resiliencia.

TERRITORIO

La diversidad territorial que caracteriza al país requiere políticas específicas coherentes con el territorio y sus especificidades ecosistémicas. El Estado reconoce esa diversidad e impulsará políticas que promuevan la protección, conservación y restauración de los territorios.

INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

El Estado se organizará para la creación y promoción de una institucionalidad ambiental basada en el conocimiento, coordinada, integrada y eficaz para proteger, promover y restaurar la integridad de la naturaleza y el medio ambiente en los territorios.

Defensoría Ambiental

La Defensoría Ambiental tendrá por objetivo asegurar a todas las personas el acceso oportuno a la información ambiental íntegra y auténtica, la participación en las distintas instancias de toma de decisiones ambientales que les afecten y a la justicia ambiental, en condiciones de igualdad y debido asesoramiento. De igual forma velará y defenderá la naturaleza y biodiversidad de amenazas y daños, asegurando que no se produzca degradación y persiguiendo, en caso de que ello hubiese ocurrido, su restauración.

MINERÍA

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todos los minerales metálicos y no metálicos, así como también de los depósitos de sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

El Estado garantizará que el acceso, uso y aprovechamiento de los elementos antes mencionados se realizará respetando la integridad de los ecosistemas que los contienen.

El régimen de concesiones y servidumbres mineras debe ser eliminado de la Constitución y abordado en el ámbito legislativo. La ley definirá las formas y condiciones del acceso, uso y aprovechamiento de dichos elementos.

AGUA

Se garantiza el Derecho humano al agua y al saneamiento asegurando la accesibilidad, calidad y suficiencia.

Las aguas son un bien nacional de uso público su dominio será inalienable e imprescriptible. El Estado garantizará que el acceso, uso y aprovechamiento de las aguas se realice respetando la integridad de los ecosistemas que las generan y contienen, manteniendo el régimen hidrológico superficial y subterráneo.

Eliminación de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas de la Constitución.

La ley podrá establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

DEBERES DEL ESTADO

El Estado debe establecer un mecanismo de gestión y resolución de conflictos socioambientales garantizando el acceso equitativo, informado y con el asesoramiento profesional y especializado. El estado propenderá a la inclusión de formas colaborativas y preventivas de enfrentamiento y solución de conflictos ambientales que promuevan el diálogo y participación informada de las personas, grupos o comunidades afectadas en el ejercicio de estos derechos, considerando el conocimiento ancestral de los pueblos originarios mediante el reconocimiento de su derecho propio con un enfoque intercultural.

Deberes de protección

El Estado y las personas deben promover y asegurar el deber de protección y restauración de la naturaleza y la biodiversidad y sus procesos.

Economía diversificada

Que el Estado impulse una economía diversificada, con equidad territorial, ecológicamente sustentable, incorporando a la matriz de la actividad económica las ciencias, la innovación, el conocimiento, saberes locales y las culturas.



Red de Constitucionalismo Ecológico, el esfuerzo colaborativo para dotar de una estructura socioecológica a la nueva Constitución de Chile

Liliana Galdámez, Salvador Millaleo & Bárbara Saavedra

El proceso constituyente que iniciamos, inédito en nuestra historia, exige de nuestros compromisos y mejores saberes para pensar y concretar las grandes y estratégicas orientaciones del país. Lo ambiental, la naturaleza y la biodiversidad deben estar en el corazón de las definiciones que serán adoptadas en el marco de este proceso. Este trabajo es un genuino esfuerzo por aportar con conocimiento y compromiso a definir nuestro futuro común, ha sido elaborado por personas que nos sentimos convocadas a contribuir en este proceso, no para aportar ideas aisladas, sino integradas y sistémicas. El clamor para avanzar en una mayor dignidad e igualdad sustantiva es también la demanda para proteger, restaurar y conservar nuestro entorno, en él vivimos, a él pertenecemos. La democracia no se construye solo en las instituciones, la democracia se produce en los territorios y la naturaleza, su protección y restauración, la profundiza. Así lo expresan las demandas del país que se movilizó en octubre de 2019, los reclamos por el agua, las zonas de sacrificio, el desigual acceso a los espacios naturales, las inequidades territoriales, el extractivismo, han estado en el centro de las demandas de nuestra sociedad.

La naturaleza y su biodiversidad están en la base de la dimensión humana, pues es la única estructura biofísica que permite y sobre la que se sostiene el bienestar de las sociedades, incluyendo aspectos sociales, económicos y culturales. La pérdida de biodiversidad o degradación de la naturaleza es uno de los grandes problemas globales que enfrenta la humanidad y que tiene impacto directo en cambio climático, provisión de agua, alimentos, riesgo para economías, entre muchas otras relaciones, que en definitiva cruzan todos los problemas socioambientales que experimentan hoy días las comunidades en los territorios.

El proceso constituyente chileno abre una oportunidad para mirar hacia las futuras generaciones y abordar dimensiones territoriales y humanas profundas.

El rol del derecho es importante en esta tarea pues posee la condición de regular, conducir y definir formas para enfrentar los desafíos país en materia ambiental. El derecho precisa reconocer e incluir la biodiversidad, la cual es de difícil comprensión debido entre otras cosas a su variabilidad, existencia en multiescala, territorialidad y singularidad. Suma a esto su carácter sistémico y cambiante, lo que requiere de la integración interdisciplinaria para su reconocimiento y adecuada protección.

En respuesta a esto, diversos actores del mundo del derecho, y diversas otras disciplinas de ciencias ecológicas, sociología, geografía, ciencia política, ingeniería, sociología, antropología, y de las artes entre otras, nos reunimos en la Red de Constitucionalismo Ecológico (RCE). Con la idea de contar con representación territorial amplia, y con paridad de género, el objetivo de creación de la RCE fue la de aportar conocimiento y una visión integrada sobre los distintos contenidos ambientales de una futura Constitución, entregándolos en un formato sencillo y con propuestas específicas, con el fin de facilitar su incorporación al proceso constituyente, e idealmente formar parte de la Nueva Constitución chilena.

Iniciamos el trabajo de la RCE convencidos y convencidas de que esta era una oportunidad única, histórica de pensar en cómo contribuir desde nuestros distintos saberes a la formulación de una Constitución democrática para el Siglo XXI, que permitiera al país hacerse cargo de los enormes desafíos que exige el futuro ambiental, conscientes de que esta Constitución requiere de todos los aportes y conocimientos para avanzar hacia un futuro incierto. Los saberes y la cosmovisión de los pueblos indígenas están omnipresentes en el pensamiento de la Red, en cada sesión fueron apareciendo las comprensiones y sensibilidades de todos y todas las participantes de este esfuerzo para incorporar esos conocimientos y perspectivas en la construcción de esta trama. Sabemos que nos falta aún mucho en este terreno,

pero hemos procurado siempre tener presentes esas cosmovisiones, convencidos de que el ambiente está estrechamente vinculado a esos conocimientos, también por el rol de guardianes que los pueblos indígenas tienen en la protección y restauración de la naturaleza y también para hacer visibles esos conocimientos ancestrales.

La RCE se reunió periódicamente para desarrollar un trabajo analítico y sistemático sobre las diferentes dimensiones socioecológicas de la futura Constitución. El Grupo estuvo integrado por personas provenientes de 13 localidades desde Antofagasta a Tierra del Fuego, contando incluso con participación de expertos que se encontraban en el extranjero. Cada sesión de trabajo se realizó los viernes por la tarde y tuvo una duración de 2 horas, excepto la de síntesis final, que duró un poco más de 3 horas.

El grupo de la RCE reunió un total de 14 disciplinas/saberes diferentes incluyendo: Derecho, Ecología, Limnología, Ingeniería Minas, Oceanografía, Antropología, Sociología, Poesía, Geografía, Arqueología, Conservación de biodiversidad, Biología, Biología Marina e Historia, para un total de 57 participantes (34 mujeres y 23 hombres, Tabla 1). La RCE reunió personas diversas, que provenían de la Academia, ONGs, sector público, e incluso organismos internacionales y tuvo un total de 19 sesiones de trabajo, las que realizaron entre septiembre del 2020 y abril del 2021, contabilizando un total de 934 horas de trabajo colectivo, a los que suman todas las jornadas preparatorias por el equipo organizador, y el trabajo de escritura y revisión de minutas de todas y todos los autores.

Entre los temas abordados por el grupo se incluyó los grandes principios rectores jurídicos y ecológicos para la Constitución, el rol del Estado y las personas para el cuidado integral y bienestar intergeneracional, alternativas de modelos de desarrollo y naturaleza, la naturaleza y los bienes comunes, las visiones ancestrales de los pueblos indígenas, el agua y el territorio, la función ecológica de la propiedad, las instituciones necesarias para avanzar en materia de cuidado y equidad ambiental, entre otras.

El énfasis de este trabajo estuvo puesto en la co-construcción de propuestas en base a consenso, elaboradas en un proceso participativo e integrado. Por ello,

cada sesión fue organizada considerando un tema relevante, el cual fue abordado tanto por la visión jurídica junto a la visión socioecológica, la que fue entregada a los participantes con antelación en forma de una Minuta para discusión y propuestas. La RCE elaboró un total de 32 minutas de discusión, creadas por un total de 32 autores. De manera adicional, destinamos sesiones especiales a la tarea de síntesis y definición de propuestas específicas logradas en base al consenso del grupo. Dichas propuestas, tal como las Minutas que sirvieron para su elaboración, constituyen el cuerpo de este Libro, y representan el conocimiento condensado y sencillo de elementos esenciales y necesarios en una constitución socioecológica de siglo XXI.

De especial relevancia y utilidad son las Propuestas Integradas de la Red de Constitucionalismo Ecológico, las que constituyen el resultado del proceso de discusión y síntesis, y que se presenta en formato de escritura y estructura Constitucional. Cada una de estas propuestas específicas, así como el conjunto integrado de ellas, representan elementos socioecológicos sustantivos, a la vez que presentan una coherencia sistémica necesaria para un texto constitucional.

Estas propuestas específicas integradas derivan del aprendizaje acumulado por las decenas de personas que conforman la RCE, y son conocimiento elaborado para la gente, especialmente aquella que participará directamente en el proceso constituyente, por lo que esperamos puedan ser incorporados en la Nueva Constitución chilena.

La experiencia demuestra que la naturaleza, la biodiversidad se comprende y protege cuando se unen los saberes que por tanto tiempo han estado separados. El momento constituyente que viviremos —que vivimos—, abre oportunidades para que la Constitución promueva el bienestar y el buen vivir considerando la relación indisoluble y omnipresente de la naturaleza y las sociedades. Es también una oportunidad para pensar en la relación que hemos construido con la naturaleza, el modelo económico, el agua, los pueblos indígenas, la importancia de la vida, la dignidad, el bienestar y la paz, todos ellos intrínsecamente vinculados a la naturaleza como escenario de nuestra vida en sociedad.

TABLA 1
Listado de miembros activos de la Red de Constitucionalismo Ecológico

	NOMBRE	ÁREA CONOCIMIENTO/FILIACIÓN
1	MCs(c) Alejandra Figueroa Fernández	Bióloga de la Universidad de Chile, especialista conservación de humedales. Presidenta y socia-fundadora de Corporación Capital Biodiversidad.
2	MCs Alejandro Correa	Abogado de la Universidad Alberto Hurtado, Máster en Medio Ambiente de la Universidad de Melbourne. Co-Fundador ONG Costa Humboldt.
3	Dra. América Paz Durán	Bióloga Ambiental de la Universidad de Chile y Doctora en Biociencias de la University of Exeter. Instituto de Ecología y Biodiversidad.
4	Dra. Anahí Urquiza	Antropóloga y Magister en Antropología y Desarrollo de la Universidad de Chile, Doctora en Sociología de la Universidad Ludwig Maximilian. Académica Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile.
5	Ana Lya Uriarte	Abogada de la Universidad de Chile, Investigadora del Centro de Derecho Ambiental y Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
6	Dr. Aníbal Pauchard	Ingeniero Forestal de la Universidad de Concepción y Doctor en Ciencias Forestales de la University of Montana.
7	Dra. Amaya Álvarez Marín	Abogada y Doctora en Derecho de la Universidad de York. Profesora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Investigadora del Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería, Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia. Miembro Convención Constituyente.
8	Dra. Aurora Gaxiola	Ecóloga de la Universidad Nacional Autónoma de México, Doctora en Ecología de la University of Cambridge. Profesora Facultad de Ciencias Biológicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
9	Dra. Bárbara Saavedra	Bióloga y Doctora en Ecología y Biología Evolutiva de la Universidad de Chile. Directora Wildlife Conservation Society-Chile, Ex Presidenta Sociedad de Ecología de Chile, Consejera Consejo Nacional para la Innovación y Desarrollo.
10	Dra. Beatriz Bustos	Administradora Pública y MA Antropología de la Universidad de Chile. Doctora en Geografía de la Universidad de Syracuse. Profesora del Departamento de Geografía de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile.
11	Benjamín González	Abogado de la Universidad de Chile. Ayudante del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.
12	Dra. Carla Marchant	Geógrafa y MCs Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Geografía University of Innsbruck. Profesora Facultad de Ciencias, Universidad Austral de Chile.
13	Dra. Carmen Espoz	Bióloga Marina de la Universidad de Concepción y Doctora en Ecología de Pontificia Universidad Católica de Chile. Decana de la Facultad de Ciencias de la Universidad Santo Tomás.
14	Catalina Spuhr	Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

	NOMBRE	ÁREA CONOCIMIENTO/FILIACIÓN
15	Dra. Cecilia Smith-Ramírez	Bióloga y Doctora en Ciencias Biológicas de la Universidad de Chile. Investigadora de la Universidad de Los Lagos y de Instituto de Ecología y Biodiversidad.
16	Dra. Claudia Cerda	Ingeniera Forestal y Magíster en Gestión y Planificación Ambiental de la Universidad de Chile. Doctora en Ciencias Agrarias de la Universidad de Göttingen. Profesora Facultad de Ciencias Forestales y de la Conservación de la Naturaleza de la Universidad de Chile.
17	Dr. Cristián Frêne Conget	Ingeniero Forestal de la Universidad de Chile, Doctor en Ciencias Biológicas mención Ecología de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Instituto de Ecología y Biodiversidad, Coordinador de la Red Chilena de Sitios de Estudio Socio-Ecológicos de Largo Plazo.
18	Dra. Cristina Dorador	Bióloga de la Universidad de Chile, Doctora en Microbiología de Instituto Max Planck y Universidad de Kiel. Profesora de la Facultad de Ciencias del Mar y Recursos Naturales de la Universidad de Antofagasta. Miembro Convención Constituyente.
19	Dra. Dominique Hervé Espejo	Abogada de la Universidad de Chile, Doctora de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ex-fiscal de la Superintendencia de Medio Ambiente, Profesora de Derecho Ambiental de la Universidad Diego Portales.
20	Dr. Ezio Costa Cordella	Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad de Chile, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Director Ejecutivo FIMA.
21	Dra. Fernanda Salinas Urzúa	Bióloga Ambiental y Doctora en Ecología y Biología Evolutiva de la Universidad de Chile. Profesora de Sistemas Sostenibles en Ingeniería de la Universidad de Chile.
22	Dr. Francisco Zorondo	Biólogo Ambiental, Magíster y Doctor en Ciencias Ambientales de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de la Facultad Tecnológica de la Universidad de Santiago de Chile.
23	Ivo Tejeda	Sociólogo de la Universidad de Chile. Director Ejecutivo Red de Observadores de Aves y Vida Silvestre de Chile.
24	Javier Velasco	Abogado de la Universidad de Chile. Ministerio de Obras Públicas.
25	Dr. Leandro Voisin	Ingeniero Civil en Minas y Magíster de la Universidad de Chile. Doctor de la Universidad de Tohoku University. Profesor de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile.
26	Leonel Lienlaf	Poeta
27	Dra. Liliana Galdámez Zelada	Abogada de la Universidad de Chile y Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
28	Dr. Lohengrin Cavieres	Biólogo y Doctor en Ciencias Biológicas de la Universidad de Chile. Profesor Facultad de Ciencias Naturales y Oceanográficas de la Universidad de Concepción.
29	Lorna Püschel H	Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, LLM en Derecho Ambiental de University College of London. Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN.
30	Dr. Luis Valentín Ferrada W.	Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Miembro del Scientific Committee on Antarctic Research (SCAR).

	NOMBRE	ÁREA CONOCIMIENTO/FILIACIÓN
31	Dr. Manuel Prieto	Abogado de Universidad Diego Portales, Doctor en Geografía por la Universidad de Arizona. Profesor asociado del Departamento de Ciencias Históricas y Geográficas de la Universidad de Tarapacá.
32	Dr. Manuel Tironi	Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Urbanismo y Ordenamiento Territorial de la Universitat Politècnica de Catalunya. Profesor Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigador del Núcleo Milenio de Investigación en Energía y Sociedad y del Centro de Investigación para la Gestión Integrada de Riesgo de Desastres.
33	Dra.(c) Manuela Royo	Abogada de la Universidad de Chile y Doctora (c) en Derecho de la Universidad de Talca. Profesora de la Universidad de Talca. Miembro Convención Constituyente.
34	Dra. Marcela Márquez G	Bióloga Ambiental de la Universidad de Chile, Doctora en Ecología Interdisciplinaria de la Universidad de Florida. Investigadora del Centro de Humedales Río Cruces y Universidad Austral de Chile.
35	Dra. (c) María Nora González Jaraquemada	Abogada de la Universidad de Chile, Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de misma Universidad. Ex Vicedecana (s) y Ex Directora de la Escuela de Pregrado y del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho.
36	Matías Vera	Estudiante de Derecho de la Universidad de Chile.
37	Dra. Marcela Bustamante	Bióloga de la Universidad de Chile, MCs y Doctorado en Ciencias Biológicas Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de la Facultad de Ciencias Forestales, Universidad de Concepción.
38	Dra. Mariela Núñez	Bióloga y Doctora en Ecología y Biología Evolutiva de la Universidad de Chile. Directora Fundación Senda Darwin. Instituto Ecología y Biodiversidad.
39	Dr. Mauricio Urbina	Ingeniero en Acuicultura de la Universidad Austral de Chile y Doctor en Fisiología Animal de la Universidad de Canterbury. Departamento de Zoología de la Universidad de Concepción.
40	Dr. Mauricio Folchi	Historiador de la Universidad de Chile, Doctor en Historia Económica de la Universidad Autónoma de Barcelona. Académico del Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Chile.
41	Dra. Nadia Sánchez Castillo-Winckels	Abogada de la Pontificia Universidad Católica of Chile. Doctora en Legislación Internacional de Leiden University. Investigadora Asociada de Earth System Governance Project de Utrecht University.
42	Nuriluz Hermosilla	Arqueóloga de la Universidad de Chile. Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile. Directora del Colegio de Arqueólogas y Arqueólogos de Chile.
43	Dr. Osvaldo Ulloa	Biólogo Marino de la Universidad de Concepción, Doctor en Oceanografía de la Dalhousie University. Académico del Departamento de Oceanografía de la Universidad de Concepción y Director del Instituto Milenio de Oceanografía (IMO).
44	Pablo Donoso	Abogado de la Universidad Austral de Chile, MA Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. ONG VIDA.

	NOMBRE	ÁREA CONOCIMIENTO/FILIACIÓN
45	Dr. Pablo Marquet	Biólogo de la Universidad de Concepción, Doctor en Ecología de la University of New Mexico. Profesor Facultad de Ciencias Biológicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesor Externo del Santa Fe Institute (USA). Miembro correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias, Miembro internacional de la National Academy of Science (USA).
46	Pamela Poo	Cientista Política de la Universidad de Concepción. Magíster en Sociología de la Universidad Arcis. Encargada Políticas Públicas e Incidencia de Chile Sustentable.
47	Dra. Pilar Moraga	Abogada de la Universidad de Chile y Doctora en Derecho de la Universidad de Lille2. Miembro del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
48	Rodrigo Castillo Jofré	Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Estudiante del Magíster de Derecho Público de la Universidad de Concepción. Ayudante de investigación en el Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM) de la Universidad de Concepción.
49	Dra. (c) Rosario Carmona	Magíster en Antropología de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Candidata a doctora en Antropología de la Universidad de Bonn. Investigadora del Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR).
50	Dr. Salvador Millaleo	Abogado de la Universidad de Chile y Doctor en Sociología de la Universidad de Bielefeld. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Investigador del Centro de Derechos Humanos, y Consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos.
51	Sebastián Inostroza	Estudiante de Derecho de la Universidad de Chile.
52	MA Valentina Durán	Abogada de la Universidad de Chile y Master en Derecho Ambiental común de la Universidades de Paris I y Paris II. Profesora de la Facultad de Derecho y Directora del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.
53	Dra. Evelyn Habit	Bióloga y Doctora en Ciencias Ambientales de la Universidad de Concepción. Profesora Facultad de Ciencias Ambientales y Centro EULA-Chile de la Universidad de Concepción
54	Verónica Venegas Díaz	Abogada de la Universidad de Chile, MA Antropología Sociocultural Binghamton University. Asamblea por el Pacto Social y Acción Resiliente.
55	Dra. Tamara Contador	Bióloga y Doctora en Ecología Acuática y Ética Ambiental de la University of Northern Texas. Programa de Conservación Biocultural Subantártica, Universidad de Magallanes.
56	MA Ximena Insunza Corvalán	Abogada, LLM McGill University, Magister en Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Profesora Departamento Económico e investigadora del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.
57	Dra. Yasna Contreras	Geógrafa de la Universidad de Chile, y Docteur Sciences du temps et de l'Espace de la Université de Poitiers. Académica del Departamento de Geografía, de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile. Fundadora de ViviendaMigrante.



Base ecológica de la nueva Institucionalidad: la naturaleza y biodiversidad como fundamento, motor y garante del bien común

Bárbara Saavedra

Las primeras líneas de la constitución de 1980 indican que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Tal frase es sólo la expresión de un anhelo sin sustento en la realidad biológica. Pues las sociedades —así, en plural— son parte indisoluble del binomio inseparable que conformamos las personas con la naturaleza.

La biodiversidad, una definición actualizada de esa naturaleza, es la única base biofísica que permite y sobre la que se sostiene la vida humana y, por ende, cada una de sus manifestaciones, sea ella social, cultural, y por supuesto económica. Esto incluye ciertamente aquellos grupos humanos que llamamos familias.

Los humanos somos sólo un componente/eslabón del sistema ecológico-evolutivo del planeta Tierra. Al decir humanos, hablamos de una especie más entre los 10 a 30 millones de otras especies^{1, 2, 3, 4} que están presentes en los biomas y ecosistemas existentes en cada rincón del globo: mares, lagos, ríos, riachuelos, océanos, estepas, bosques, humedales, fosas oceánicas, cumbres altoandinas, salares, y muchos otros. Cada uno de ellos constituyen ecosistemas más o menos diversos, altamente complejos, idiosincráticos, compuestos por poblaciones de especies que son el producto de historias evolutivas muy antiguas, únicas e irrepetibles. Incluyendo las historias humanas.

La biodiversidad, abarcando desde sus genes, especies, y ecosistemas, conforma un andamiaje ecológi-

co que permite mantener los procesos fundamentales para el bienestar presente y futuro de nuestra sociedad, pues es justamente allí, en dichas tramas ecológicas donde se anidan los humanos. A pesar que la especie humana ha modificado hasta lo impensable los espacios naturales, creando nuevos hábitats para sí misma como ciudades, cultivos, plantaciones, estepas ganaderas, parcelas de agrado, entre muchas otras, su bienestar depende finalmente de la existencia de naturaleza y biodiversidad íntegra y sana, la que es necesaria para proveer de estas estructuras y procesos ecológicos vitales para su existencia.

La biodiversidad presenta dos características relevantes: diversidad y complejidad. Como sociedad estamos familiarizados con un pequeño puñado de especies: unos pocos mamíferos, algunas aves, insectos, otras tantas plantas. Excepcionalmente conocemos algunos microorganismos, quizá porque enfermamos alguna vez por su causa, como sucede ahora con el coronavirus. Pero la abismante mayoría de las especies que componen el entramado de la vida, permanece invisible al ojo de nuestras sociedades⁵. Y hasta ahora, ha permanecido invisible a los ojos de nuestra Constitución.

Esta biodiversidad sin embargo, aporta directa o indirectamente al bienestar de nuestra sociedad a través de la producción primaria y secundaria de bienes⁶, a través de contribuciones materiales, no materiales y regulatorias⁷, las que permiten satisfacer todas las

1. Erwin TL (1983) Beetles and other insects of tropical forest canopies at Manaus, Brazil, sampled by insecticidal fogging. En: SL Sutton; TC Whitmore y AC Chadwick (eds) Tropical rain forests: ecology and management. Oxford, Blackwell Scientific Publications: 59-75.
2. May RM (1988) How many species are there on Earth? *Science* 241: 1441-1449.
3. Costello MJ, RM May, NE Stork (2013) Can we name Earth's species before they go extinct? *Science* 339: 413-416.
4. Locey KJ y Lennon JT (2016) Scaling laws predict global microbial diversity. *PNAS* 113: 5970-5975.
5. Dasgupta P (2021) *The Economics of Biodiversity: The Dasgupta Review*. London: HM Treasury.
6. IPBES (2019) Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. S Díaz, J Settele, ES Brondízio ES, HT Ngo, M Guèze, J Agard, A Arneeth, P Balvanera, KA Brauman, SHM Butchart, KMA Chan, LA Garibaldi, K Ichii, J Liu, SM Subramanian, GF Midgley, P Miloslavich, Z Molnár, D Obura, A Pfaff, S Polasky, A Purvis, J Razzaque, B Reyers, R Roy Chowdhury, YJ Shin, IJ Visseren-Hamakers, KJ Willis y CN Zayas (Eds). IPBES secretariat, Bonn, Germany.
7. Díaz S, U Pascual, M Stenseke, B Martín-López, RT Watson, Z Molnár, R Hill, KMA Chan, IA Baste, KA Brauman, S Polasky, A Church, M Lonsdale, A Larigauderie, PW Leadley, APE van Oudenhoven, F van der Plaats, M Schröter, S Lavorel, Y Aumeeruddy-Thomas, E Bukvareva, K Davies, S Demissew, G Erpul, P Failler, CA Guerra, CL Hewitt, H Keune, S Lindley, Y Shirayama (2018) Assessing nature's contributions to people. *Science* 359: 270-272.

necesidades humanas. De este entramado ecológico nacen nuestros alimentos obtenidos de ecosistemas terrestres, marinos y acuáticos. De la biodiversidad depende la producción de oxígeno, la purificación del aire, la generación y mantención de suelo, la producción y purificación de agua, el ciclaje de nutrientes, la producción de alimentos en sistemas costeros, la prevención de pandemias, entre muchos otros. La naturaleza provee materias primas para producir energía, construcción y medicinas. En tiempos de cambio climático, es esta misma biodiversidad la que permite el control de inundaciones o aluviones, la amortiguación de olas de calor en ciudades como Santiago, así como la mantención y producción de agua dulce. Cada uno de estos procesos ocurre gracias a la presencia de la naturaleza y biodiversidad, la que, tal como sucede con las sociedades y familia humanas, se despliega y actúa en diversas formas, colores, estructuras, a lo largo, alto y profundo del mundo.

El segundo atributo propio de la naturaleza y la biodiversidad es su complejidad⁸. Los ecosistemas son sistemas vivos que están interconectados de muchas formas, desde moléculas que son básicas para la vida como el ADN, hasta conexiones ecológicas que permiten el establecimiento de mallas tróficas, el movimiento de nutrientes y energía dentro y entre ecosistemas, y ciertamente la transformación evolutiva y adaptativa de la vida, que se basa y constata en su casi infinita diversidad. Esta capacidad de cambio, tan propia de la vida, abarca hoy la transformación de nuestra sociedad chilena, y se manifiesta —entre muchas otras cosas— en la creación de una nueva Constitución.

La actual Constitución chilena está compuesta por 129 artículos y 28 disposiciones transitorias y ha sido reformada 22 veces⁹. Ella no reconoce ni la existencia, ni menos la dependencia vital que nuestra sociedad y nuestras familias tienen con la naturaleza y biodiversidad. Por el contrario, dicho texto se centra mayoritariamente en ordenar el quehacer de la sociedad y sus instituciones, como si aquellas existieran en un vacío, fuera del contexto ecológico que permite su mera existencia y bienestar. De hecho, el actual texto

constitucional carece de conceptos esenciales para la vida de nuestros pueblos como suelo, aire, ecosistema, mar, humedal, costa, bosque, los que nunca son siquiera mencionadas en la constitución por reformar. Otros textos constitucionales más modernos como el ecuatoriano, mencionan biodiversidad (26 veces), suelo (15 veces), agua (25 veces), bosque (3 veces), ecosistema (20 veces), reconociendo el valor inalienable de la naturaleza para el buen vivir, llegando incluso a reconocer sus derechos, y el deber de promover su cuidado.

Está claro que la naturaleza y biodiversidad tienen un valor intrínseco e inalienable para el bienestar de las sociedades. Ella es indispensable para su quehacer social, cultural, y sobre todo económico, por cuanto provee directa o indirectamente, todo lo que los humanos precisamos para vivir, siendo además el espacio biofísico en el que se generan la identidad y la espiritualidad de las sociedades¹⁰.

Es sobre la base a estos hechos, que el nuevo texto constitucional debe necesariamente reconocer el hecho biológico indiscutido de que las personas, las familias y nuestra sociedad actual y futura dependen de la interrelación básica, indisoluble y vital que existe entre humanos y biodiversidad, la cual es la piedra angular sobre la que se sostiene nuestro sistema socio-ecológico nacional. Al reconocer esta relación, no hacemos más que estampar en el documento constituyente un hecho demostrado y reconocido por la más amplia gama de conocimientos, ancestral, comunitario, y ciertamente científico.

Asimismo, no es difícil entender que la naturaleza y biodiversidad de una nación constituye el bien común más relevante y necesario de y para su gente. No obstante, dadas las características ecológico-evolutivas propias de la biodiversidad, las que incluyen su estructura y funcionamiento a escala múltiple, su condición sistémica e integrada, ella no es apropiable ni expropiable.

Nunca antes la humanidad contó con una acumulación de conocimiento como el actual. Este resulta de

8 Boero F, G Belmonte, S Bussotti, G Fanelli, S Frascchetti, A Giangrande, C Gravili, P Guidetti, A Pati, S Piraino, F Rubino, OD Saracino, J Schmich, A Terlizzi y S Geraci (2004) From biodiversity and ecosystem functioning to the roots of ecological complexity. *Ecological Complexity* 1: 101-109.

9 Constitución Política de la República de Chile. Texto promulgado por Decreto Supremo N° 1.150, de 21 de octubre de 1980. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

10 IPBES (2019) Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. S Díaz, J Settele, ES Brondizio, HT Ngo, M Guèze, J Agard, A Arneeth, P Balvanera, KA Brauman, SHM Butchart, KMA Chan, LA Garibaldi, K Ichii, J Liu, SM Subramanian, GF Midgley, P Miloslavich, Z Molnár, D Obura, A Pfaff, S Polasky, A Purvis, J Razaque, B Reyers, R Roy Chowdhury, YJ Shin, IJ Visseren-Hamakers, KJ Willis y CN Zayas (Eds) IPBES Secretariat, Bonn, Germany.

la suma de milenios de sabiduría tradicional con miles de millones de bytes de creciente conocimiento científico global. Al mismo tiempo, nunca antes esta misma humanidad se ha visto enfrentada a tal nivel de degradación de su entorno, cuyas expresiones más significativas y urgentes —no las únicas— son la pérdida de biodiversidad y el cambio climático. Ambas tienen un impacto en el diario vivir y bienestar de las sociedades en cada rincón del globo, incluyendo cada territorio y maritorio a lo largo y ancho de nuestro país. La pérdida de biodiversidad tiene impacto directo en la provisión de agua dulce, la producción de alimentos, generación de pandemias, siendo un grave riesgo para las economías¹¹, cruzando todos los problemas socio-ambientales que experimentan hoy días las comunidades en los territorios.

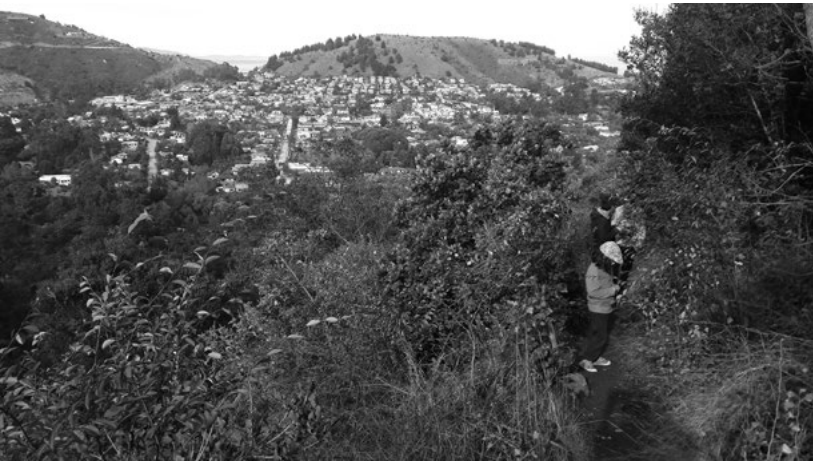
Ante este escenario indiscutido de crisis sistémica, de cara a la mayor transformación que un país pueda enfrentar, Chile necesita una Nueva Constitución que sea capaz de ver, proteger y promover nuestra natu-

raleza y biodiversidad, lo cual debe ser reconocido en la base misma de nuestra nueva Institucionalidad, temprana y claramente en su primer artículo.

Es incuestionable entonces que el reconocimiento explícito de la biodiversidad en la carta magna, como factor inalienable de la existencia humana, mandata la protección, restauración y promoción de este bien común. Con la consiguiente atención y esfuerzos que requeridos para asegurar su continuidad en el tiempo. Tal atención y esfuerzos están en la base de una sociedad que se cuida a sí misma y el contexto vivo del cual depende, y constituye el elemento fundacional de la construcción de sustentabilidad ecológica¹², aquella esquiva ilusión, la que a pesar de numerosas declaratorias, ninguna sociedad ha tenido la capacidad de realizar. Hasta ahora. Es la naturaleza y biodiversidad de Chile, y el desafío de restaurarla hoy y conservarla para las generaciones por venir, el espacio común y la invitación al encuentro y trabajo colaborativo de todas las familias chilenas.

11 World Economic Forum (2021) The Global Risks Report, 16th Edition.

12 Tironi, este Volumen.



La naturaleza en el artículo 1º de la Constitución de 2022

Liliana Galdámez Zelada

La parte primera de la Constitución, concretamente los contenidos del artículo 1, son fundamentales en la definición y comprensión de la forma que adquiere el Estado, sus fines, las obligaciones que asume, los valores y principios que proclama.

La Constitución del 80 afirma en su Artículo 1º: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus únicos propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

La Constitución del 80 no menciona al ambiente, la naturaleza ni sus elementos en el capítulo primero sobre bases de la Institucionalidad. En el Derecho comparado este apartado suele denominarse de los principios rectores, valores o principios que consagra la Constitución. La importancia de este Capítulo es, en términos jurídicos, igual que cualquier otro apartado de la Constitución. En términos simbólicos es estratégico porque los valores o principios son esenciales para la interpretación de todo el texto de la Constitución. Permite no solo la interpretación de otros apartados, también inspiran su interpretación en el ámbito infra constitucional.

Para una comprensión de su importancia, es en el artículo primero que tradicionalmente se ha entendido presente la idea del Estado subsidiario —de forma implícita, no en el texto de la Constitución—, esta forma de Estado se relaciona también con la libertad de empresa (art. 19 No 21) y el derecho de propiedad (art. 19 No 24).

Es posible afirmar que lo que señale esta disposición es profundo desde el punto de vista de sus consecuencias. Por esta razón me parece que llevar la naturaleza a la primera norma de la Constitución representa un avance estratégico y simbólico en el que merece la pena insistir, si efectivamente se busca avanzar hacia una Constitución ecológica, sistémica, integrada de todas las dimensiones de la vida, humana y no humana.

En este punto se debe considerar además que esta norma suele referirse a asuntos que podríamos denominar clásicos, como la forma del Estado, la dignidad, la libertad, la igualdad de las personas, como también reafirma el valor de la democracia.

Desde mi punto de vista este apartado, como señalaba, tiene un impacto simbólico en toda la Constitución y desde luego en todo el ordenamiento jurídico. No es más importante que otras disposiciones, pero puede serlo, en la medida que consagra esos valores esenciales fundamentales en la comprensión del Estado y su sentido respecto a la sociedad.

Robert Alexy aporta una sistematización imprescindible en la configuración de los derechos fundamentales. Alexy afirma que las normas constitucionales pueden comprenderse como reglas o principios. Las primeras “...responden a la idea tradicional de norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica”¹³, acá impera el principio de aplicación según la “regla de la subsunción”. Mientras que los principios “...serían man-

13 Díez Picazo LM (2005) Sistema de Derechos Fundamentales. Editorial Aranzadi SA, Navarra.

*datos de optimización de un determinado valor o bien jurídico; es decir, son normas que ordenan que el valor o bien jurídico por ellas contemplado sea realizado en la mayor medida posible*¹⁴.

Cuando entramos en el terreno del Capítulo primero de la Constitución estamos en el terreno de los principios o valores. Existe en este punto además un debate que se debe tener en cuenta, diversos sectores que siguen el proceso constituyente han señalado que no es necesario que la nueva Constitución contenga un capítulo sobre valores o principios rectores, para que su texto sea breve, conciso y que sea luego el legislador quien defina las cuestiones centrales sobre la forma del Estado y sus asuntos relevantes. No creo que esta tesis logre desplazar la idea de que la Constitución asegure valores y principios, pero es, en efecto, un asunto a debatir.

Es también necesario señalar que la tesis sobre el valor de los principios no es un criterio compartido de forma unánime por el constitucionalismo contemporáneo, particularmente en Chile. Otros apartados y capítulos de la Constitución pueden tener una eficacia mayor, me refiero a los derechos fundamentales y al diseño del poder, sin embargo, el valor estratégico de los principios es fundamental desde el punto de vista de la interpretación de la Constitución, lo que hace imprescindible que en la primera parte de la Constitución el valor de la naturaleza sea debidamente reconocido.

La propuesta que pongo en discusión es jurídica, se basa en los principios que ha aportado el Derecho Internacional y se relaciona, entre otras cuestiones, con la solidaridad hacia las futuras generaciones. Existen varios principios que son estratégicos desde el punto de vista del derecho, a propósito de la naturaleza, sin embargo, me parece que la solidaridad intergeneracional, que no excluye otros, reúne diversas dimensiones en el tratamiento de la naturaleza y es a la vez una categoría no desconocida para el derecho, además de sumar al texto la idea de lo solidaridad como un valor constitucional, alejándose de esta forma del patrón individualista que exalta la Constitución de 1980.

Asimismo, el hecho de incluir a las futuras generaciones reafirma la idea sistémica y de futuro que el texto debería contener, en mi opinión. Fija asimismo la idea de un legado, de un testamento vital natural que debe

ser protegido en favor de ese futuro, que incluye a los nacidos y también a los que no han nacido. Este legado vital, natural, puede ser desde esta perspectiva protegido y promovido por el derecho, obligación que se constituye en definitiva como un deber de protección al que está obligado no solo el Estado, también las personas, sean naturales o jurídicas.

Desde esta dimensión, la naturaleza, su protección y restauración, se constituyen en el centro mismo de la finalidad del Estado y de la sociedad en su conjunto, como deber. Los deberes de protección iusfundamental, por otra parte, son una fórmula que la doctrina alemana ha desarrollado y también su jurisdicción constitucional, de manera que cuenta con un contenido dogmático conocido —no en el derecho chileno—, pero sí en el derecho comparado al que se puede recurrir a la hora de interpretar el texto de la futura Constitución.

Por último, la idea del bienestar —que también contempla la propuesta— mira más que a la calidad de vida de las personas, que puede ser equivalente a la idea de la acumulación de bienes, a asegurar condiciones de vida que permitan el desarrollo de la personalidad y la búsqueda de la satisfacción de aquello que se considera imprescindible para la vida.

Desde el punto de vista de la naturaleza y los elementos que acabo de señalar, la propuesta que planteo es que el artículo primero consagre:

Artículo 1. La república de Chile es un estado democrático y social de derechos que reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad y la promoción de la igualdad material de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza.

Es deber del Estado y las personas asegurar un legado vital natural para las futuras generaciones que sostenga las bases naturales de la vida, promoviendo la solidaridad intergeneracional. El Estado, a través de sus poderes ejecutivo, judicial y legislativo, promoverá la protección, restauración y conservación de la naturaleza.

La promoción del bienestar de las personas y la sociedad se constituye como un fin del Estado. El Estado promoverá formas de desarrollo comprensivas de este carácter coherentes con la comprensión de la naturaleza como elemento esencial de ese bienestar.

14 Ibidem pág. 44.



Principios ambientales

Valentina Durán & Benjamín González

Antecedentes generales

Existe un debate no zanjado en la literatura nacional y comparada respecto de la función de los principios¹⁵ generales del Derecho en los ordenamientos jurídicos. Las posturas sobre este punto varían según el área o rama del Derecho a la que se haga referencia. En cuanto al derecho ambiental se refiere, algunos autores estiman que los principios ambientales serían sólo directrices orientadoras para la interpretación, carentes de un valor jurídico autónomo, mientras otros postulan que los principios ambientales serían vinculantes para los operadores jurídicos e intérpretes de las normas ambientales^{16, 17}.

Así también, existe un núcleo de principios del desarrollo sostenible crecientemente asentado y presente en los tratados internacionales ambientales, de inversión y sociales. En efecto, ya en el 2002, en su Declaración Nueva Delhi, la Asociación Internacional de Derecho Internacional identificó un conjunto de principios comunes a los tratados del ámbito social, ambiental y económico, que estarían dotados de la capacidad de transformarse en la base de una regla general de derecho, reconocida por la costumbre, y apoyados por elementos de procedimiento que tienden a permitir su concreción o exigibilidad. Se trata de principios que generan obligaciones y derechos para los Estados que los ratifican, y sirven para interpretar o aplicar el Derecho Internacional, para resolver disputas y orientar normas y políticas. Entre estos llamados “principios del desarrollo sostenible” se encuentra por ejemplo el enfoque precautorio a favor de la salud humana, los recursos naturales y los ecosistemas, y el principio de participación.

Al margen de estas discusiones, lo cierto es que el desarrollo y consolidación del derecho nacional e internacional del medio ambiente ha construido un catálogo de principios ambientales utilizados por la doctrina y la jurisprudencia como mecanismos auxiliares de interpretación destinados a dar coherencia, sistematicidad y certeza a esta rama del Derecho¹⁸. Sin embargo, la recepción explícita de estos principios en nuestra legislación es escasa. El único principio que la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente” (en adelante Ley 19.300) define es el de desarrollo sustentable, sin embargo, la ley no incluye un catálogo mayor de principios más allá de su Mensaje. Con ocasión de la reforma a la institucionalidad ambientales del 2010, algunos Senadores suscribieron indicaciones en el sentido de incorporar a la ley un conjunto de principios del derecho ambiental, sin embargo, las indicaciones fueron desechadas en el marco de los protocolos de acuerdo suscritos en la última fase de la tramitación de la Ley 20.417¹⁹. Existe también una moción parlamentaria que ha propuesto incorporar ciertos principios a la Ley 19.300, que no ha prosperado.

La ley 20.657 que modificó la Ley de pesca en el año 2013 innova en su artículo 1°B que señala: “El objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos.” Luego, la Ley N° 20.920 de 2016, que establece el marco para la gestión de residuos, fomento al reciclaje y la responsabilidad extendida del productor (REP), reconoce e incluso define principios del derecho am-

15 Concepto general de principio: “Valor o finalidad de la organización del Estado y la sociedad, que forma parte de las bases de la institucionalidad y que orienta la relación entre humanidad y patrimonio ambiental”.

16. Una correcta aproximación sobre estas posturas se puede encontrar en: Bermúdez J (2015) Fundamentos de Derecho Ambiental (2a ed). Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso.

17 Esto no ha inhibido a la jurisprudencia de acudir a ellos para la resolución de emblemáticos casos. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional N°2884-14; Sentencias de la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema: Rol N°2463-2012 (Río Cuervo) y Rol N°1960-2012 (Central Termoelectrónica Castilla).

18 El mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto de la que resultó ser la ley N°19.300 sobre “Bases generales del medio ambiente” señala que el proyecto perseguía cuatro objetivos, detrás de los cuales se encontraba un catálogo de principios destinado a darle coherencia y delimitar el real alcance y pretensiones de la nueva legislación. Los principios mencionados en el mensaje son: Preventivo, el que contamina paga, gradualismo, responsabilidad, participativo y eficiencia. Véase: Historia de la Ley N° 19.300.

19 Ley N° 20.417 de 2010 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medioambiente.

biental como el principio “El que contamina paga”, el principio participativo, el principio precautorio, y el principio preventivo, el principio más general de transparencia y publicidad. Agregando también el llamado principio de gradualidad (contenido en el Mensaje de la Ley 19.300), y consagrando principios provenientes de la teoría del manejo o gestión ambientalmente racional de residuos: principio de jerarquía en el manejo de residuos, de trazabilidad, y de inclusión, además de un principio de libre competencia, como regulador del mecanismo de la REP.

Por otra parte, la judicatura nacional ha cristalizado la necesidad de observar un catálogo de principios ambientales en una publicación conjunta entre el Poder Judicial, la Organización de Estados Americanos y la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en la cual ofrecen una sistematización de los principios y directrices contempladas en las más relevantes Convenciones y Declaraciones internacionales con relevancia ambiental. Estos principios han sido citados en varias sentencias de la Corte Suprema y la publicación se ha mantenido disponible en la página web del Poder Judicial²⁰.

La Carta Fundamental de 1980, cúspide del ordenamiento jurídico nacional, no contiene ninguna norma destinada directamente a la consagración o reconocimiento de estos principios ambientales.

Postulamos que la nueva Constitución debe recoger y ser heredera de los principios nucleares del derecho ambiental. Ahora bien, creemos que estos principios no deben estar necesariamente expresados en un listado taxativo ni requieren ser definidos. Pueden contenerse en un preámbulo inicial y/o impregnar todo el texto constitucional, partiendo por un artículo primero que asocie el bien común al entendimiento de una nueva relación con la naturaleza y a la consideración de las generaciones futuras. También algunos de ellos pueden traducirse en derechos y deberes.

En el contexto descrito y con tales prevenciones, hemos identificado el siguiente catálogo de principios ambientales que por su relevancia e importancia para el desarrollo sostenible y la protección ambiental creemos oportuno que sean considerados en la discusión constitucional.

1. Desarrollo sostenible y equidad intergeneracional

Más que un principio, el desarrollo sostenible se yergue como uno de los objetivos principales de la acción ambiental²¹. Conceptualizamos este concepto a partir de la definición propuesta por el Informe Brundtland de 1987: “3. *El desarrollo duradero. 27. Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias*”.

Un hito fundamental de la consagración en la agenda nacional de este concepto ocurrió con la proclamación de la “Declaración de Río”²². En este importante instrumento se consagran 27 principios destinados a establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la cooperación entre los Estados, los sectores claves de la sociedad y las personas²³.

Recientemente se han actualizado las definiciones y obligaciones estatales para garantizar el desarrollo sostenible. En este sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo sostenible (Río+20) tuvo como resultado el documento “El futuro que queremos”, donde se manifiesta que:

“(…) es necesario lograr el desarrollo sostenible promoviendo un crecimiento sostenido, inclusivo y equitativo, creando mayores oportunidades para todos, reduciendo las desigualdades, mejorando los nive-

20 Véase: Poder Judicial de la República de Chile; Organización de Estados Americanos; y Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). Principios Jurídicos Medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable.

21 Por supuesto este concepto no ha estado exento de críticas, las cuales cuestionan por un lado la noción misma de Desarrollo (¿Desarrollo para qué?) y también al concepto de Sustentabilidad (¿Qué entendemos por tal?).

22 Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo por parte de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en junio de 1992.

23 Algunos de estos principios son: Principio 1: Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. Principio 4: A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada. Principio 8: Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas. Para un estudio de este principio en particular, véase: Simón F (2012) Medio ambiente y derechos fundamentales. Editorial Imprenta Taravilla, España.

les de vida básicos, fomentando el desarrollo social equitativo y la inclusión, y promoviendo la ordenación integrada y sostenible de los recursos naturales y los ecosistemas, que contribuye, entre otras cosas, al desarrollo económico, social y humano y facilita al mismo tiempo la conservación, la regeneración, el restablecimiento y la resiliencia de los ecosistemas frente a los problemas nuevos y en ciernes”.

En el plano nacional, el artículo 41 de la citada ley N°19.300 hace referencia a la noción de desarrollo sostenible sin mencionarlo de forma explícita, en los siguientes términos: *“El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37”*.

Por lo anotado, resulta clara la relación que existe entre el desarrollo sostenible y la responsabilidad que tienen las actuales con las futuras generaciones, donde surge la noción de justicia o equidad intergeneracional.

En el ámbito del Derecho constitucional comparado, el desarrollo sostenible también se encuentra consagrado en el Preámbulo de la Carta del Medio Ambiente francesa incorporada a su Constitución en marzo de 2005²⁴ así como en el artículo 20^a de la Constitución alemana²⁵.

Recientemente, en un notable ejercicio de operativización de este principio, el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional la Ley de Cambio

Climático aprobada por el parlamento germano pues sus ambiciones (reducir en un 55% las emisiones de gases de efecto invernadero respecto de los niveles de 1990) eran incompatibles con la norma constitucional aludida²⁶.

2. Justicia ambiental

Es sabido que los riesgos y cargas ambientales se encuentran desigualmente repartidos entre los distintos territorios y entre personas de una determinada comunidad^{27, 28}. También es sabido que cuando se afecta el medio ambiente, en todo el mundo, sufren en mayor medida los sectores y personas más vulnerables de la población. Esta desigualdad en las cargas ambientales ha sido fruto tanto de decisiones conscientes de las autoridades por aislar las industrias o actividades contaminantes en determinadas zonas²⁹, como el resultado natural de las diferencias económicas entre distintos territorios del país, y el efecto en el uso, valor y destino de las tierras, la zonificación realizada, los procesos de segregación urbana, entre otras causas y consecuencias de estas desigualdades³⁰.

De este modo se aprecia el estrecho vínculo entre el estado y las afectaciones al medio y las vulneraciones a derechos humanos, relación que ha cobrado mayor vigencia en los últimos años de la mano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la relatoría especial de derechos humanos y medio ambiente designada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³¹. El principio de justicia ambiental lo que busca es favorecer una distribución más equitativa de estas cargas ambientalmente rele-

24 “(...) con el fin de garantizar un desarrollo sostenible, las opciones adoptadas para responder a las necesidades del presente no deben comprometer la capacidad de las generaciones futuras y de los demás pueblos para satisfacer sus propias necesidades.” Y en el artículo 6° de la Carta se señala que: “Las políticas públicas deben promover un desarrollo sostenible. A estos efectos, conciliarán la protección y mejoramiento del medio ambiente con el desarrollo económico y el progreso social.”

25 Artículo 20° inciso tercero “Consciente también de su responsabilidad hacia las generaciones futuras, el Estado protegerá las bases naturales de la vida mediante la legislación y, de acuerdo con la ley y la justicia, mediante la acción ejecutiva y judicial, todo en el marco del orden constitucional.” Traducción propia.

26 Un correcto análisis del fallo en: Cisterna P (2021) Ambición y equidad intergeneracional: un comentario al reciente fallo del Tribunal Alemán en Neubauer, et al. v. Germany”. Litigación ambiental y climática 1 (N°2), Universidad de Concepción.

27 Bermúdez (2015) Op. cit.

28 En Chile, actualmente, es posible contar cinco zonas de sacrificio: Tocopilla, Mejillones, Huasco, Coronel y Quintero-Puchuncaví. Hormazabal N, Maino S, Vergara M y Vergara M (2019) Habitar en una zona de sacrificio: análisis multiescalar de la comuna de Puchuncaví. Revista Hábitat Sustentable 9(2): 6-15.

29 Este punto de vista está presente en la historia socio-ambiental de Quintero-Puchuncaví. Por ejemplo, El Mercurio de Valparaíso publicó el siguiente editorial para justificar la instalación de la actual Fundición Ventanas: “Los vecinos deben mirar este problema con ánimo patriótico y aceptar algunos sacrificios; de otra manera no se podría instalar la fundición en ninguna parte del país. Las naciones que se han industrializado han aceptado estos sacrificios. Es el precio del progreso. La lluvia es indispensable para la agricultura, pero cuando llueve algunos tienen que mojarse”. Periódico El Mercurio de Valparaíso, Valparaíso, 17.07.1957.

30 En detalle: Bolin B, S Grineski y T Collins (2005) The Geography of Despair: environmental racism and the making of South Phoenix, Arizona, USA. Human Ecology Review 12: 156.

31 Mayor información en línea en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx>

vantes, así como de los beneficios derivados de estas cargas ambientales, lo cual se encuentra íntimamente ligado al principio participativo en las decisiones ambientalmente relevantes³².

Se incluye en la noción de justicia ambiental la distribución y acceso equitativo a los beneficios y bienes comunes, o recursos naturales (según como se miren) como el aire, el agua, la alimentación.

Reconocer este principio en la Constitución podría habilitar desde luego, el establecimiento de instrumentos que permitan hacerse cargo de recuperar los territorios y comunidades que se han convertido en “zonas de sacrificio”, e igualmente, abordar por vía legal la situación del acceso a los bienes comunes.

Como se observa de las citas transcritas, este principio está muy profundamente ligado al principio siguiente.

3. Democracia ambiental y derechos de acceso a la información, la participación y justicia en asuntos ambientales

Intrínsecamente ligado al principio de la justicia ambiental, el principio 10 de la Declaración de Río³³ establece que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda” y llama a asegurar el ejercicio de tres derechos de acceso que están intrínsecamente ligados: de acceso a la información, acceso a la participación pública y acceso a la justicia ambiental.

En el plano internacional, este principio se encuentra ligado al Objetivo de Desarrollo Sostenible N°16 de las Naciones Unidas y ha sido recogido en el primer tratado ambiental de la región de América Latina y el Caribe, el Acuerdo de Escazú, que entró en vigor el 22

de abril de 2021, lamentablemente, con prescindencia de Chile³⁴. Otros tratados internacionales ambientales resaltan el valor de alguno de estos derechos de acceso para el cumplimiento de sus fines.

En Chile, el Mensaje de la Ley N°19.300 se refiere a la importancia del principio de participación ciudadana, que entendemos, es parte del principio 10, de esta forma: “para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática. Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto, tal vez no con la fuerza que algunos los hubiesen querido, o, para otros quizá consagrado con demasiada extensión. Pero ha sido necesario compatibilizar este principio con el de la responsabilidad de las opiniones”. Este principio se aplica implícitamente a lo largo del texto de la Ley N°19.300. Por ejemplo, el artículo 4° señala que: “Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.”

La Ley N°19.300 contiene mecanismos para asegurar la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, a partir de lo señalado en los artículos 26 y siguientes de la ley citada. Posteriormente, la que creó el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental, avanzó de manera significativa en derechos de acceso, reconociendo el derecho de acceso a la información ambiental, sujeto en su vertiente pasiva a las reglas generales de transparencia y acceso a la información pública, y estableciendo, en la vertiente activa, registros de distinto tipo, de público acceso, y obligaciones de generación de información. Igualmente, se abrieron algunas hipótesis nuevas de participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como la participa-

32 La doctrina ha conceptualizado correctamente este principio del siguiente modo: “Por justicia ambiental se entenderá la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad, considerando en dicha distribución el reconocimiento de la situación comunitaria y de las capacidades de tales personas y su participación en la adopción de las decisiones que los afectan”. Hervé D (2010) Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. Revista de Derecho XXIII - N° 1. En el mismo sentido véase Bermúdez (2015) Op. Cit.

33 “Principio 10. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

34 Más información en Durán V y C Nalegach (2020) ¿Por qué Chile debe adherir al Acuerdo de Escazú? Análisis jurídico de los argumentos esgrimidos por el Gobierno de Chile para la no suscripción del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe. Perspectivas CDA #2, una publicación de CDA y Eneas, disponible en línea en <https://revistasdex.uchile.cl/index.php/perspectivas/issue/view/113>.

ción excepcional en la tramitación de las declaraciones de impacto ambiental y la apertura de un proceso de participación cuando haya modificaciones significativas de los proyectos durante su tramitación, y por último se creó el instrumento de la evaluación ambiental estratégica con participación ciudadana.

Estos avances, si bien fueron significativos, distan de ser suficientes para una plena consagración del principio 10, que se refiere al reconocimiento de los tres derechos de acceso mencionados, que son derechos humanos, catalizadores a la vez de otros derechos humanos como el derecho a un ambiente sano. Se relaciona también con este derecho la obligación del Estado de fortalecer las capacidades de los actores en distintos niveles para el adecuado ejercicio de estos derechos, así como con el deber de proteger a los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales.

En derecho comparado, existen varios ejemplos de Constituciones que aseguran parte de estos derechos, asociándose en algunos casos a deberes del Estado. Ejemplos son las constituciones de Argentina, de Ecuador, de Francia, Noruega, Uruguay y Colombia. Inclusive la Constitución de Colombia establece en un listado de deberes de las personas y ciudadanos, el deber de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, así como el deber de proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano³⁵.

Consideramos que este principio y los derechos de acceso relacionados, deben formar parte de la nueva constitución.

4. Principios preventivo y precautorio, e *in dubio pro natura*

Los principios preventivo y precautorio son con gran certeza los principios ambientales más conocidos y

desarrollados del Derecho ambiental y deben inspirar la Constitución.

El principio preventivo, de sencilla comprensión, plantea que es mejor prevenir riesgos y daños ambientales que remediarlos. Conociendo el impacto y riesgo de distintos tipos de actividades, es deber del Estado prevenirlas y para ello, este principio que ya está implícito en nuestro sistema de gestión ambiental, habilita el desarrollo de diversos instrumentos de gestión.

El principio precautorio, se sustenta en el hecho indiscutido de que el saber científico disponible actualmente es inferior a la complejidad de los sistemas naturales, lo que provoca la imposibilidad de lograr certeza respecto de los efectos y peligros que provocará una determinada decisión ambientalmente relevante.

Entonces, frente a la incertidumbre de la ocurrencia de daño ambiental derivado de una actividad, y debido a la irreversibilidad y efecto sinérgico que puede provocar el daño en un elemento del ecosistema en relación con otros elementos en principio no afectados, el principio precautorio ordena adoptar medidas precautorias, que pueden ir desde prescindir de ejecutar la actividad o acción que podría provocar este potencial —pero incierto— daño ambiental, hasta desarrollar investigación³⁶.

Es claro que apostar por un riesgo cero es una ilusión en la que no se puede confiar. En ese sentido, el principio precautorio invita al intérprete o a la autoridad que deba juzgar un determinado proyecto o decisión, a buscar una decisión proporcionada, no discriminatoria, transparente y coherente con el nivel de protección y de riesgo elegido y deseado³⁷.

Este principio se relaciona con la intrínseca complejidad que caracteriza el objeto de protección de la regulación ambiental, así como el reconocimiento de las limitaciones epistemológicas del desarrollo científico³⁸.

35 Así lo hace por ejemplo la Constitución de Colombia y el artículo 7° de la Carta sobre el Medio Ambiente incorporada a la Constitución francesa cuyo artículo 7 dispone “Toda persona tiene el derecho, en las condiciones y límites definidos por la ley, de acceder a los datos relativos al medio ambiente que posean las autoridades públicas y de participar en la elaboración de las decisiones públicas con incidencia en el medio ambiente”.

36 El reconocimiento del principio precautorio en el ámbito internacional encuentra asidero en el principio 15 de la Declaración de Río de 1992 en los siguientes términos: “Principio 15.- Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

37 En extenso sobre este equilibrio véase: Durán V y Hervé D (2003) Riesgo ambiental y principio precautorio: breve análisis y proyecciones a partir de dos casos de estudio. Revista de Derecho Ambiental: 243-250.

38 En este sentido véase: Jaría-Manzano J (2019) Los principios del derecho ambiental: concreciones, insuficiencias y reconstrucción. *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N° 2: 403-432.

Ahora bien, mientras el riesgo en el principio precautorio es potencial e incierto, en el principio preventivo el riesgo o daño ambiental es una ocurrencia cierta. Por lo tanto, distingue al uno del otro la certeza científica en torno a los efectos ambientalmente relevantes de una determinada actividad³⁹.

Como un complemento a estos principios y muy ligado al principio precautorio, encontramos aquel conceptualizado como “*in dubio pro natura*”, de creciente desarrollo latinoamericano, el cual ordena que, ante la posibilidad de elegir entre varias medidas, acciones o soluciones posibles, en un caso concreto, deben optar por aquella que tenga un menor impacto en el medio ambiente y sea más favorable a la naturaleza.

5. Principio Contaminador Pagador

El origen de este principio lo podemos encontrar en las recomendaciones realizadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 1972, en los siguientes términos:

“El contaminador debe soportar los costos de llevar a cabo las medidas decididas por los poderes públicos para alcanzar un estado aceptable del medio ambiente. En otras palabras, el coste de dichas medidas debería reflejarse en el costo de los bienes y servicios que causen la polución a través de su producción y/o consumo”.

Además, este principio ha sido explícitamente reconocido en el Mensaje con que se envió al congreso el proyecto de la ley N° 19.300, en términos de que el “particular que actualmente contamina o que lo haga en el futuro deberá incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación” (Historia de la ley 19.300, p. 9).

En otras palabras, el Estado debe procurar que quien produce un bien o servicio, usen los recursos naturales o impacta al medio ambiente, internalice las ex-

ternalidades negativas de sus actividades, de manera que no transfiera al resto de la sociedad, representada por las generaciones presentes y futuras, parte del costo de generar su unidad de producto o servicio.

Debemos reiterar que este y todos los principios deben ser comprendidos e interpretados a la luz de los otros principios ambientales aquí reseñados, como por ejemplo el desarrollo sustentable y la justicia ambiental.

Además, no se debe caer en el error de interpretar el principio de manera literal, en el sentido de que “pago” significa un desembolso de dinero como consecuencia de una contaminación, pues excede con mucho esta acepción. Tampoco se debe entender la voz “contaminación” en el sentido más clásico de la palabra —atmosférica, hídrica, visual—, sino que asociarlo al concepto “externalidades” de las ciencias económicas (*externalities*)⁴⁰.

Este principio, que creemos debe abordarse en una nueva Constitución, se relaciona directamente con el principio 10 en tanto solo con transparencia y acceso a la información, la ciudadanía puede conocer y dimensionar el costo de determinadas decisiones ambientales públicas o privadas, en términos de degradación ambiental y de salud, con una mirada de largo plazo como exige la equidad intergeneracional. Con ese conocimiento y transparencia, los tomadores de decisiones pueden orientar las políticas públicas y desarrollo de instrumentos con consideración a la justicia ambiental y equidad intergeneracional. Igualmente se relaciona con el principio siguiente.

6. No regresión y progresividad

Este principio, proveniente de la doctrina de los Derechos Humanos⁴¹, establece una veda al legislador de retroceder en la protección ambiental ya alcanzada. En tiempos de crisis económicas, son conocidas las tentaciones y ofertas de conjuntos de medidas para

39 El principio preventivo ha sido definido por la doctrina como aquel que persigue “adoptar medidas anticipatorias que permitan evitar o aminsonar las consecuencias adversas para el medio ambiente como producto de la actividad humana (...) en otras palabras, la prevención convoca a la cautela (no a la inmovilidad, que arranca de un principio distinto, como es el precautorio) en la actuación de la especie humana en el medio donde se desenvuelve, formulando señales advertencia sobre los efectos de ese comportamiento”. Guzmán R (2012) Derecho ambiental chileno. 1a Edición. Planeta Sostenible, Santiago: 89-90. Por su parte, el legislador definió el principio preventivo en el ya citado Mensaje de la ley N° 19.300 del siguiente modo: “(...) Mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos. Para ello, el proyecto de ley contempla una serie de instrumentos, tales como los siguientes: educación ambiental (...), sistema de impacto ambiental (...), planes preventivos de contaminación, (...) normas sobre responsabilidad”.

40 Valenzuela R y Fernández P (2012) El derecho ambiental: presente y pasado. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

41 El artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos señala: “3. No se restablecerá la pena de muerte en los estados que la han abolido”.

promover la inversión o el crecimiento, fundadas en la equivocada creencia de que la protección al medio ambiente es un freno o un obstáculo al desarrollo. Sabemos que la protección al medio ambiente no es un freno, sino una condición del desarrollo, en un entendido, como se ha planteado por esta Red de Constitucionalismo Ecológico, de que el ser humano es parte de la naturaleza y que nuestro ordenamiento jurídico debe proteger los fundamentos naturales de la vida. De este modo, es una mirada más progresista al criterio que el Pdte. Aylwin Illamó, en el Mensaje de la Ley 19.300, como “principio de gradualidad”.

Bermúdez identifica dos puntos de vista desde los cuales puede ser interpretada esta disposición:

“Desde un punto de vista operacional, el principio se desarrolla tanto en la modificación, como en la reinterpretación de las fuentes formales. En el primer caso, si la ambición ecológica del regulador es inferior al nivel ya alcanzado, el principio impedirá la marcha atrás. Asimismo, el operador deberá considerar los impactos que una reformulación interpretativa implicaría para la mantención o progresión ambiental. Ambos aspectos deben mantenerse unidos, pues de nada serviría mantener disposiciones protectoras del ambiente, unida a un retroceso interpretativo”⁴².

Este principio ha sido ya reconocido en la jurisprudencia nacional. A modo de ejemplo, citamos la sentencia recaída en la causa Rol 22-2014 del Segundo Tribunal Ambiental pronunciada respecto de una reclamación interpuesta en contra de doña María Ignacia Benítez Pereira, a la sazón Ministra de Medioambiente, como responsable de la dictación de la norma de calidad ambiental que establece la “norma de calidad primaria para material particulado MP10”⁴³.

Así las cosas, la relación de este principio con el de desarrollo sostenible y justicia intergeneracional es evidente. De hecho, podríamos señalar que la progresividad y no regresión son un requisito necesario para el desarrollo sostenible y un mecanismo a través del cual poder garantizar el pleno goce de las generaciones futuras de los componentes medioambientales.

7. Buen vivir

Por último, consideramos importante que el proceso constituyente se abra hacia una reflexión en torno a la relación entre el ser humanos y su entorno. Este camino ya ha sido transitado, con aciertos y errores, por el nuevo constitucionalismo latinoamericano⁴⁴.

Entre algunas de las innovaciones más notables de esta nueva ola de procesos constituyentes a nivel regional destaca la incorporación a su texto del ‘Sumak Kawsay’, expresión kichwa que ha sido traducida como “buen vivir”.

Más que un principio ambiental tradicional, el buen vivir se identifica con una de las cosmovisiones o filosofías de los pueblos indígenas altiplánicos que mayor difusión ha alcanzado durante los últimos años debido a que ha sido explícitamente consagrada en las Constituciones de Ecuador⁴⁵ y Bolivia⁴⁶, ambas celebradas como textos que se esfuerzan por incorporar una mirada ecológica o biocéntrica⁴⁷. Es un concepto de una arraigada etnicidad y con un claro componente ecológico, pues abarca no solo las relaciones entre personas o entre las personas y el Estado, sino también las relaciones de estos con la naturaleza o Pachamama.

42 Bermúdez (2015) Op. Cit.

43 En el fallo, el Tribunal señaló: “El procedimiento no revela la prolijidad que debe tener el proceso de revisión de una norma tan relevante para el país como ha sido la de MP10. El proceso tomó un tiempo exageradamente largo, cuya explicación no se halla suficientemente fundada en el expediente. Hubo dos prórrogas y la segunda de ellas en directa contravención al Reglamento que permitía sólo una. La exigencia de revisión -de a lo menos cada 5 años dispuesta por la Ley N° 19.300- se hizo imposible de cumplir por el excesivo tiempo que tomó el procedimiento, vulnerándose de esta manera el principio de no regresión” (C° 16).

44 Nos referimos en particular a las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

45 La Constitución de Ecuador arranca señalando en su preámbulo que el pueblo ecuatoriano “celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia” decide construir “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”. Luego, el texto ecuatoriano establece como un deber primordial del Estado “Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”.

46 El texto boliviano, en su preámbulo, señala que a través del proceso constituyente: “(se) construye un nuevo Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien (...). Luego, en su artículo 8° vuelve a referir a la noción del Buen vivir al manifestar que: “I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”.

47 Galdámez L y Millaleo S (2020) La naturaleza en la Constitución: visiones indígenas y propuestas ante la crisis”. Acta Bioethica 26 (1): 51-60.

Estas innovaciones de los textos constitucionales de Bolivia y Ecuador no han estado exentas de críticas. Para algunos, la incorporación de estas cosmovisiones indígenas ha dado paso a un modelo de desarrollo esencialmente extractivista con rasgos superficiales de protección ambiental (llamado neoextractivismo por algunos). Esto ha quedado palmaria-mente reflejado en el conflicto ocurrido en torno al Parque Nacional Yasuní de Ecuador⁴⁸.

En el caso del proceso Constituyente chileno, en consideración a la composición de la Convención y a sus 17 escaños reservados para pueblos indígenas, creemos muy probable que visiones ecológicas provenientes de estos pueblos sean efectivamente consideradas en el texto constitucional, lo cual tiene la potencialidad, al menos teórica, de ser una herramienta efectiva, pero insuficiente en sí misma, para la protección ambiental.

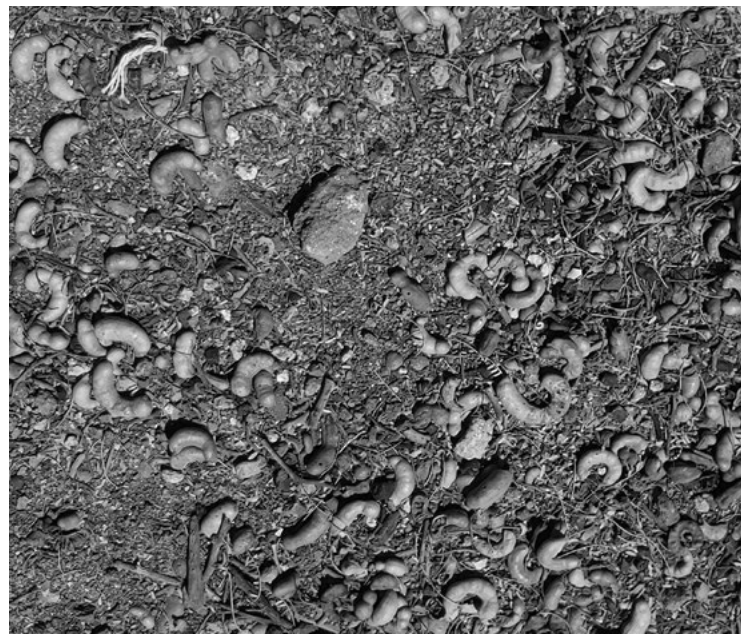
Conclusiones

En la senda del cambio constitucional que transitamos, creemos necesario que la Constitución consagre e incorpore en su articulado algunos de los principios esbozados en estas páginas. Sabemos que el

catálogo aquí propuesto no es exhaustivo y estamos conscientes de que el valor asignado a cada uno de estos principios varía notablemente entre los diversos autores, incluso respecto de muchos ellos existe discusión si constituyen realmente principios jurídicos o si son más bien directrices para la política ambiental o declaraciones sin fuerza normativa. Hemos soslayado estas importantes discusiones en consideración al desafío de plantear, en breves páginas, cuál es el contenido de cada uno de estos principios y cuál sería su utilidad de incorporarlos en una nueva constitución.

La forma en que se incorporarán estos principios en el texto constitucional será el resultado del debate democrático que darán los convencionales. En nuestra opinión, no nos parece conveniente que estos principios estén recepcionados en el texto únicamente como un catálogo de principios, acotado y definido, que deba ser observado por los poderes del Estado y los ciudadanos. Creemos, por el contrario, que una adecuada incorporación de estos implica necesariamente su presencia a lo largo de todo el texto constitucional, no solo en un capítulo o título dedicado a consagrarlos, sino que deben ser incorporados de manera coherente y sistemática a lo largo de todo el texto constitucional.

48 Para una crítica de estos textos constitucionales véase: Domínguez R y Caria S (2014) La ideología del Buen Vivir: la metamorfosis de una 'alternativa al desarrollo' en desarrollo de toda la vida. Quito, UASB-Ecuador; Ávila R (2019) La utopía del oprimido: los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura. Ediciones Akal, México.



Pueblos indígenas y conocimientos ecológicos tradicionales

Salvador Millaleo

El sistema internacional de los derechos humanos de los pueblos asume como uno de sus pilares el vínculo espiritual de los pueblos indígenas con sus territorios. Esta conexión es profunda e implica que la espiritualidad, el derecho consuetudinario y, en definitiva, la forma de vida de los pueblos indígenas se entrelaza con la tierra. La cultura, la identidad y la soberanía de los pueblos indígenas depende de su conexión con la tierra, puesto que se originan y se rigen por la tierra. La conexión con la tierra da a los pueblos indígenas su identidad y un sentido de pertenencia. Además, los idiomas indígenas describen íntimamente la tierra y la cultura de las personas que los hablan.

Las filosofías naturales de los pueblos indígenas, mal llamadas cosmovisiones, sostienen ideas de la naturaleza, donde el elemento crucial es la co-pertenencia del ser humano con la biodiversidad y el conjunto de la naturaleza. La naturaleza no constituye en el pensamiento indígena un espacio diferente de la comunidad, como tampoco un espacio prístino, salvaje o de contemplación. La naturaleza consiste en la totalidad de relaciones de interdependencia que mantienen los elementos existentes —en que están inmersos los humanos—, donde sus diferentes elementos tienen relaciones de complementariedad y que producen reciprocidades que obligan a todos los entes entre sí. Estas relaciones tienen expresiones o manifestaciones espirituales de índole sagrado, generando significados en los usos de la naturaleza que van mucho más allá de las dimensiones materiales y de utilidad.

Las formas de vida indígenas se comprenden como ensamblajes conscientes y sagrados entre el ser humano y lo que le rodea, en los cuales los artefactos culturales no son opuestos sino concurrentes con todas las “cosas” que configuran lo natural y con las cuales “con-viven”.

Por ello, la salud de la tierra y el agua es fundamental para las culturas indígenas, pues constituyen su propia salud. Las obligaciones de reciprocidad con los otros elementos de la naturaleza —muchas veces consideradas como obligaciones de parentesco con

la madre tierra y sus componentes— atribuyen a los pueblos indígenas deberes de cuidado o guarda de la naturaleza, por las cuales son responsables. Esto es explícito en el derecho consuetudinario propio de los pueblos indígenas, pues la ley de los ancestros recoge la red de relaciones establecida por los ellos con el resto de la naturaleza, formando los patrones que constituyen el significado de la vida.

Lo anterior explica cómo la expulsión de los indígenas de sus tierras ancestrales o la degradación de los ecosistemas significa el fin de las formas de vida indígenas. En particular, la agresión a la naturaleza es considerada como un crimen —el “terricidio”— en el cual se produce un desequilibrio en las relaciones naturales que se va a devolver de alguna manera a los humanos que agreden la tierra o que permiten su agresión.

Los pueblos indígenas, en virtud de su conexión espiritual con la tierra y mediante su ocupación ancestral, han desarrollado un complejo cuerpo de conocimientos respecto a la relación de sus comunidades con los entornos en los cuales habitan o con los que tienen contacto. Estos conocimientos ecológicos tradicionales tienen un gran valor para la recuperación de ecosistemas afectados y para incrementar la resiliencia de las comunidades frente al cambio climático, siendo reconocido su valor para permitir la habilidad de sectores inhóspitos.

Los conocimientos ecológicos tradicionales pueden ayudar a construir una comprensión de los impactos del clima en los procesos y fenómenos ecológicos a través de escalas espaciales y temporales para diferentes organismos, hábitats y diversos ecosistemas. También pueden desempeñar un papel importante en la predicción a corto y medio plazo.

Dichos conocimientos constituyen una forma invaluable de saber qué es aquello que tiene potencial para convertirse en una herramienta en los esfuerzos de evaluación y adaptación al cambio climático. Contribuyen a determinar los efectos del cambio climático:

- Como fuente de experiencia a escala local.

- Como fuente de antecedentes climáticos y datos de referencia.
- Al formular preguntas e hipótesis de investigación.
- Como información sobre los impactos y la adaptación en las comunidades.
- Para un seguimiento comunitario a largo plazo.

El conocimiento ecológico tradicional se basa en la acumulación de sabiduría ecológica a largo plazo obtenida de experiencias con organismos, hábitats, ecosistemas y procesos ecológicos. Por ello, esta forma de conocimiento puede comparar las condiciones históricas del paisaje con las condiciones actuales.

Los conocimientos ecológicos indígenas pueden concebirse como conocimiento que se genera y regenera continuamente a medida que las personas interactúan con el medio ambiente. Esto se refiere a la capacidad de los grupos indígenas para adaptarse y ser resilientes al cambio y ofrece una forma de conocimiento que podría conducir a comprender los impactos del cambio climático y las estrategias de acción climática.

El valor de los conocimientos ecológicos tradicionales es inseparable del reconocimiento a las instituciones que las hacen posibles, las instituciones propias de los pueblos indígenas. Su capacidad y la preservación de ella deriva el poder que la sociedad está dispuesta a reconocerles.

La fuente de los conocimientos indígenas es la soberanía de los pueblos indígenas. Su persistencia depende de la capacidad de los estados para retraerse de las políticas de expropiación de territorios indígenas, de asimilación cultural forzada y represión violenta de la protesta indígena, para generar formas de soberanía compartida que constituyan nuevos acuerdos de compartición de poder con los pueblos indígenas.

El núcleo de significado de la libre determinación de los pueblos indígenas consiste en la construcción de nuevos pactos entre estados y pueblos indígenas que consagren la soberanía compartida en la forma de regímenes de autonomía, formas de representación especial y garantía de derechos colectivos sobre las tierras ancestrales, de poderes de regulación sobre los territorios y derechos lingüístico-culturales.

El significado de la plurinacionalidad consiste en la construcción de estados que asuman, de una manera u otra, la descolonización del poder, para instalar la libre determinación interna de los pueblos indígenas, restaurando sus instituciones y empoderándolas.

Propuesta para la nueva Constitución:

El Estado de Chile es plurinacional, pluricultural y plurilingüe, en virtud de la existencia de los Pueblos Indígenas que habitaban su territorio, anterior a la formación del Estado o de la determinación de sus fronteras actuales, y que, cualquiera que sea su situación, conservan todo o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

El país reconoce y valora el aporte que los Pueblos Indígenas han hecho a la vida común y comparte sus valores de reciprocidad, honestidad, complementariedad, equilibrio con la naturaleza y en la vida social, cooperación, respeto por los bienes comunes, cuidado de la diversidad de la vida, respeto y desarrollo de la autonomía colectiva como componentes esenciales del Bien Común.

A los Pueblos Indígenas se les reconoce y garantiza los siguientes derechos fundamentales:

1. A la libre determinación para resolver los asuntos de su vida colectiva, determinar su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Este derecho se reconoce y protege dentro del marco jurídico y político común del país que establece esta Constitución.

2. A la autonomía colectiva en cuestiones internas a ellos para determinar sus miembros y formas de pertenencia; decidir sus formas internas de gobierno, convivencia, organización y formas de vida social, económica, política y cultural; y en materia de salud y educación; mantener, desarrollar o cambiar sus propias instituciones; establecer y seleccionar sus autoridades o representantes; construir y modificar sistemas normativos propios; determinar sus propios intereses, prioridades y estrategias de desarrollo e implementarlas dentro del marco constitucional y legal, tomar decisiones vinculantes para sus miembros en aquellas materias que establezca la ley; así como desenvolver libremente sus culturas, identidades y todos los elementos que las integren, en relación a los territorios a las que han estado tradicionalmente vinculadas.

3. A la participación, mediante sus representantes y de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones, en los órganos e instituciones del Estado que determine esta Constitución y la ley, así como en la definición de las políticas públicas que les concier-

nan, en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes, programas y políticas estatales. Los Pueblos Indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional.

4. A crear, determinar, modificar y aplicar su derecho propio, en forma consuetudinaria o por decisiones de sus autoridades legítimas respectivas. Los valores, principios y reglas del derecho indígena se aplicarán respetando los derechos humanos y fundamentales reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales, firmados y ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, especialmente de las mujeres, niños y niñas indígenas, así como el orden público, las necesidades de la salud pública y la seguridad del Estado.

5. A su propia identidad e integridad cultural, en virtud de lo cual, se respetarán y promoverán sus formas de vida, tradiciones, cosmovisiones, valores y creencias, sistemas de pensamiento, espiritualidad, costumbres, prácticas culturales, y diversas formas de expresión. La ley protegerá el patrimonio cultural de los Pueblos Indígenas, material e inmaterial, y a su propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales, así como a sus cultores y prácticas, incluyendo los sistemas de medicina indígena. El legislador también deberá determinar las formas en que el Estado promoverá la constitución de medios de comunicación propios de los Pueblos Indígenas, así como también el acceso de éstos a los demás medios de comunicación.

6. A usar sus propias lenguas y a que éstas sean preservadas y difundidas. El Estado, en conjunto con los Pueblos Indígenas, adoptarán medidas eficaces para que las personas indígenas, en particular niños y niñas, puedan tener acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas, así como para que las prácticas y contenidos de todo el sistema educativo estatal o financiado por el Estado se desarrollen de manera intercultural, impulsando el respeto por las diversas

culturas indígenas. Los Pueblos Indígenas siempre podrán desarrollar y mantener sus propias instituciones y métodos educativos, y las personas indígenas podrán acceder libremente a ellos.

7. A las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. El Estado respetará debidamente las costumbres, las tradiciones en los sistemas de tenencia de la tierra de los Pueblos Indígenas. La ley protegerá las tierras indígenas y establecerá un sistema con diversos mecanismos que comprendan la restitución de las tierras.

8. Al acceso y uso de las aguas a que estén vinculadas sus tierras, o que sean necesarias para el ejercicio de sus derechos al territorio y derechos culturales, cualquiera sea el régimen de tenencia o administración en que ellas se encuentren.

9. A participar en el uso, usufructo, goce, administración y conservación de los recursos naturales de los territorios que actualmente habitan u ocupan, y de aquellos a los que estén tradicionalmente vinculadas sus identidades, y a la participación en los beneficios de la explotación de esos recursos, con pleno respeto de la constitución y las leyes, en especial de las reglas de protección ambiental. Esto incluirá a los recursos de los espacios marinos, lacustres y fluviales respecto de las comunidades ribereñas, así como a los recursos minerales del subsuelo.

10. A gozar de un medio ambiente sano e íntegro y a participar en su conservación, protección, restauración y gestión, así como de la diversidad biológica en los territorios que actualmente habitan u ocupan o a que estén tradicionalmente vinculados.

Los derechos reconocidos y garantizados en este artículo serán aplicados tomando en consideración la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos.



Ética Biocultural y derechos bioculturales

Tamara Contador Mejías

Hay pruebas suficientes e innegables de que el cambio ambiental global está modificando las condiciones de vida de todos los seres vivos del planeta, resultando en uno de los periodos de mayor pérdida de biodiversidad en la historia de la Tierra^{49, 50}. El cambio climático, la disminución de hábitat, la contaminación, las especies invasoras, la sobreexplotación y la homogeneización biocultural se encuentran entre los principales impulsores de esta sexta ola de extinciones masivas⁵¹. En particular, la globalización y la expansión de las sociedades urbanas profundizan estos problemas, al provocar una desconexión entre la mayoría de los seres humanos y el resto de la naturaleza⁵². El rápido crecimiento de las ciudades ha generado sociedades alienadas del resto de la naturaleza, fenómeno conocido como “extinción de la experiencia”, cuyas consecuencias incluyen el deterioro de la salud pública y el bienestar, además de una reducción o desaparición de los vínculos emocionales con la biodiversidad.

En este contexto, la naturaleza y su biodiversidad dejan de ser valoradas por sí mismas y se valoran únicamente por su valor instrumental. La omisión conceptual del valor intrínseco de los seres vivos, de sus hábitos y hábitats, ha promovido programas educativos y políticas de desarrollo uniformes, responsables de injusticias socio-ambientales como las grandes pérdidas de diversidad biológica y cultural⁵³. Aún vemos cómo la tierra y sus habitantes son considerados objetos, siendo conquistados y explotados. Así, urge

un cambio de la ética antropocéntrica prevaleciente, que sólo se enfoca en los hábitos humanos, hacia una ética biocultural. La ética biocultural recupera la comprensión de los vínculos indisolubles entre los hábitos de vida y los hábitats donde éstos tienen lugar, incluidas las interrelaciones con las comunidades de co-habitantes: humanos y no-humanos. El concepto de co-habitación nos ayuda a comprender y valorar los vínculos vitales entre los seres vivos, re-incorporando imágenes éticas y ecológicas acerca de la naturaleza, que complementan y se superponen por sobre la imagen mercantil que se tiene de ella^{54, 55}.

En este contexto, ¿cómo pueden la ética biocultural y los derechos bioculturales contribuir a revertir las injusticias socio-ambientales en Chile a través de la nueva constitución? La *ética biocultural* demanda acciones plurinacionales e interculturales para reconectar la vida humana con la diversidad de otros-que-humanos y considerarlos co-habitantes⁵⁶. Los conocimientos de los pueblos originarios, de las ciencias y de las diversas culturas presentes en Chile, deben ser considerados de igual manera para abordar los problemas derivados del cambio ambiental global. Sólo puede alcanzarse una justicia socio-ambiental integral con la participación de múltiples culturas. En particular, los conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos indígenas pueden transformar la gestión ambiental a través de la incorporación y práctica de principios fundamentales que incluyen formas de co-habitar recíprocas, dentro de un *ethos del cuidado*,

49 Lovejoy TE y Hannah L (2004) *Climate Change and Biodiversity: Transforming the biosphere*. Yale University Press, New Haven and London.

50 Dirzo R, Young HS, Galetti M, Ceballos G, Isaac NJB y Collen B (2014) Defaunation in the Anthropocene. *Science* 345: 401-406.

51 Sala OE, Chapin FS, Armesto JJ, Berlow E, Bloomfield J, Dirzo R, Huber-Sanwald E, Huenneke LF, Jackson RB, Kinzig A, Leemans R, Lodge DM, Mooney HA, Oesterheld M, Poff NL, Sykes MT, Walker BH, Walker M y Wall DH (2000) Global biodiversity scenarios for the year 2100. *Science* 287:1770-1774.

52 Soga M y Gaston KJ (2016) Extinction of experience: the loss of human-nature interactions. *Frontiers in ecology and the environment* 14: 94-101.

53 Rozzi R y Schüttler E (2015) Primera década de investigación y educación en la Reserva de la Biosfera Cabo de Hornos: el enfoque biocultural del Parque Etnobotánico Omora. *Anales del Instituto de la Patagonia* 43: 19-43.

54 Rozzi R (2019) Taxonomic Chauvinism, No More!: Antidotes from Hume, Darwin, and Biocultural Ethics. *Environmental ethics* 41:249-282.

55 Contador T, Rozzi R y Kennedy J (2018) Sumergidos con lupa en los ríos del cabo de hornos: valoración ética de los ecosistemas dulceacuícolas y sus co-habitantes. *Magallania* 46:183-206.

56 Rozzi R (2013) Biocultural ethics: from biocultural homogenization toward biocultural conservation. En: R Rozzi, STA Pickett, C Palmer, JJ Armesto, JB Callicott (Eds) *Linking ecology and ethics for a changing World. Values, Philosophy, and Action*. 1. Springer:9-32.

en el que se procura cuidar y respetar las interacciones y relaciones entre humanos y otros-que humanos y su interconectividad⁵⁷. En este sentido, la *ética biocultural* se encuentra estrechamente relacionada con la aplicación de los *derechos bioculturales*, los cuales resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus componentes y la cultura de las comunidades que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente⁵⁸. La praxis de la *ética biocultural* y la aplicación de los *derechos bioculturales* contribuyen a *reconocer a la naturaleza y su biodiversidad como sujetos de derecho*. En este sentido, resulta imperante dejar de ver a la naturaleza y su biodiversidad como objetos (ej. recursos naturales o servicios para los humanos) y reconocerles como sujetos o co-habitantes que tienen un valor en sí mismos, y por lo tanto son *sujetos de derecho*.

Es importante destacar que el reconocimiento del valor intrínseco en todas las formas de vida no significa dejar a la naturaleza intocada. Por el contrario, se reconoce y defiende que los seres humanos somos parte de la naturaleza y por lo tanto nos interrelacionamos recíprocamente con ella a través de todos nuestros ciclos vitales^{59, 60}. Al ser la naturaleza un elemento universal que se complementa, se corresponde, se interrelaciona y con la que se tiene relaciones recíprocas, la consecuencia obvia es que esta debe ser protegida⁶¹. En este sentido, todos los componentes de la vida en la biosfera tiene un igual derecho a vivir y prosperar⁶². Para alcanzar este desafío, se requiere de una transformación ética y de un cambio de paradigma. Debemos transitar hacia una constitución socio-ecológica que resguarde y asegure los derechos la Naturaleza a través de un diálogo plurinacional, multicultural y plurilingüe.

57 Millaleo S (2020) Guarda de la naturaleza: Conocimientos ecológicos tradicionales de los Pueblos Indígenas y estrategias de protección. *Cadernos de Derecho Actual* 13: 202-230.

58 Caguana AR y Naranjo VM (2020) Los derechos de la naturaleza en diálogo intercultural: una mirada a la jurisprudencia sobre los páramos andinos y los glaciares indios. *Deusto Journal of Human Rights* 6: 99-123.

59 Ávila RF (2010) El derecho de la naturaleza: fundamentos. Quito.

60 Gudynas E (2010) La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa* 13: 45-71.

61 Ávila (2010) Op. Cit.

62 Gudynas (2010) Op. Cit.



Biodiversidad, bien común, recursos naturales y soberanía

Bárbara Saavedra

La biodiversidad es la base biofísica que permite y sobre la que se sostiene la vida humana y, por ende, cada una de sus manifestaciones, sea ella social, cultural, y por supuesto económica. Entre 10 a 30 millones de especies⁶³ conforman un andamiaje ecológico que sostiene y da bienestar a las poblaciones humanas, las que se distribuyen en los ecosistemas del mundo: mares, lagos, ríos, riachuelos, océanos, estepas, bosques, humedales, fosas oceánicas, cumbres altoandinas, salares, y muchos otros. Los sistemas naturales son complejos y funcionan de manera integrada, dinámica, con interconexiones ecológicas que operan a diferentes escalas. La biodiversidad es idiosincrática, pues las especies son el producto de historias evolutivas muy antiguas, únicas e irrepitibles. En dichas tramas ecológicas se anidan las sociedades humanas y los hábitats que han creado incluyendo ciudades, cultivos, plantaciones, estepas ganaderas, parcelas de agrado, entre muchas otras. Cada uno de ellos depende de la biodiversidad y a la vez alberga parte importante de ella. La biodiversidad sostiene procesos fundamentales, que son los que finalmente contribuyen al bienestar a las sociedades, a través de la producción primaria y secundaria de bienes, y contribuciones de diverso tipo⁶⁴.⁶⁵ Está claro que la naturaleza o biodiversidad tienen un valor intrínseco e inalienable para el bienestar de las sociedades, siendo por sobre todo el espacio biofísico en el que se generan la identidad y la espiritualidad de dichas sociedades.

La pérdida de biodiversidad —o la degradación de la naturaleza— es el mayor problema global que enfrenta el mundo, con impacto en otros bien reconocidos como el cambio climático⁶⁶. A la fecha el 75% de la superficie terrestre ha sido alterada, 85% de los hume-

dales degradados, y el 66% del océano mundial acusa impactos graves, y un quinto de las especies se han visto afectadas⁶⁷. Esta degradación de la biodiversidad repercute directa y/o indirectamente en el andamiaje vivo del que eran parte, y por tanto en las numerosas y vitales contribuciones que permiten el bienestar y la sobrevivencia de las comunidades humanas. La pérdida de biodiversidad disminuye la capacidad de reacción y resiliencia ante desastres como terremotos, inundaciones, remoción en masa de materiales, aluviones, entre otros⁶⁸, muchos de los cuales aumentarán por efecto del cambio climático.

La biodiversidad de una nación constituye el bien común más relevante y necesario de y para su gente. Es además una pieza esencial y determinante en la creación de soberanía a la que siempre han aspirado las naciones modernas. Esta matriz ecológica-evolutiva tanto en su estructura, organización y funcionamiento, responde a procesos y factores ecológico-evolutivos. No reconoce limitaciones políticas, ni de propiedad. La complejidad en escala múltiple es consustancial a la biodiversidad y hace que ella en su totalidad no sea apropiable ni enajenable, a la vez que esa complejidad y diversidad son atributos esenciales para mantener su integridad.

Podemos observar o definir límites geográficos aparentes en la naturaleza, como pueden serlo el borde de un lago, las altas cumbres de una cordillera, o la ribera de este lado o aquel de un río. Se puede delimitar un puñado de árboles, o confinar en una red o una jaula una masa de peces variados. Todos y cada uno de estos límites, sin embargo, son imaginarios. Pues la biodiversidad, debido a su condición sistémica, está evidente o solapadamente siempre en conexión con

63 Erwin (1983) Op. Cit.; May (1988) Op. Cit.; Costello et al. (2013) Op. Cit. Kenneth et al. (2016) Op. Cit.

64 Millennium Ecosystem Assessment (2005) Ecosystems and Human Well-being: Biodiversity Synthesis. World Resources Institute, Washington, DC.

65 IPBES (2019) Op. Cit.

66 Folke C, S Polasky, J Rockström, V Galaz, F Westley, M Lamont, M Scheffer, H Osterblom, SR Carpenter, FS Chapin III, KC Seto, EU Weber, BI Crona, GC Daily, P Dasgupta, O Gaffney, LJ Gordon, H Hoff, SA Levin, J Lubchenco, W Steffen, BH Walker (2021) Our future in the Anthropocene biosphere. *Ambio* 50: 834-869.

67 IPBES (2019) Op. Cit.

68 Doswald N y M Estrella (2015) Promoting ecosystems for disaster risk reduction and climate change adaptation: opportunities for Integration. Discussion Paper, UNEP.

otros factores, sean ellos vivos o inertes. Más aún, su integridad depende de la mantención de dichas conexiones las que le permiten persistir y florecer en el tiempo, toda vez que su existencia pueda ser alterada irremediablemente por amenazas que están tanto dentro como fuera de los límites de la propiedad en cuestión.

Los alambres de púas, o las disposiciones legales no protegen a la propiedad privada de las amenazas crónicas a la que hoy está expuesta la biodiversidad. No la ponen a salvo de incendios, la contaminación, el cambio climático, las especies invasoras, la marea roja, la gripe aviar, el coronavirus, por nombrar algunos entre muchos y evidentes riesgos. Por tanto, la necesidad de trabajar y articular la protección de la totalidad del entorno, debe incluir el interés y quehacer individual no sólo del Estado, sino también de las personas. Fijar en una constitución esta reciprocidad consciente de derechos y deberes en el cuidado de la biodiversidad como valioso e irremplazable bien común, es un cambio de paradigma decisivo y necesario para enfrentar y lograr el tránsito de Chile al próximo siglo.

El reconocimiento de la biodiversidad en la Constitución como factor común inalienable de la existencia y bienestar humano, debe ser explícito. Y debe conllevar el mandato de su protección, restauración y promoción de este bien común. Con la consiguiente atención y esfuerzos que ella requiere para asegurar su continuidad en el tiempo, pues está en la base de la justicia intergeneracional.

Biodiversidad no es lo mismo que recursos naturales

Cuando en la constitución del 80 se hace mención a la naturaleza, tal referencia es puramente economista y alejada de los atributos y características que le son propias y que la definen, pues en dicha propuesta se la entiende sólo como fuente de recursos naturales (RRNN). Por lo mismo, un nuevo papel constitucional debe atender al hecho que biodiversidad no es lo mismo que RRNN.

Es cierto que parte de las estructuras y procesos que constituyen la biodiversidad pueden devenir en la generación contribuciones (bienes o servicios) a ser aprovechados por las sociedades o partes de ella — por el mundo público, privado o ambos, por comunidades locales e incluso globales—, y que muchos de ellos son RRNN que tienen el potencial de ser renovados. Son justamente algunas de las contribuciones que obtenemos de los ecosistemas naturales, inclu-

yendo por ejemplo materias primas como madera, pesca, medicinas, suelo, los que pueden ser apropiados y gestionados para su uso prolongado. Otros beneficios menos conocidos como la recarga de acuíferos, control de plagas, ciclaje de nutrientes, reducción de transmisión de enfermedades, polinización, pueden asimismo ser gestionados para su provisión permanente. El aprovechamiento racional y equitativo de tales contribuciones debería ser objeto de preocupación por atender y resguardar de los diversos y variados actores socio-ecológicos que conectan con la naturaleza o la impactan de manera muy diversa, partiendo por el Estado de Chile y las personas —jurídicas y naturales— que lo conformamos.

Queda claro entonces que, si se aspira a mantener y explotar los RRNN que produce la biodiversidad, o si se espera mantener aquellas otras contribuciones que precisamos para nuestro bienestar, se hace inevitable la necesidad de conocer, conservar, promover y restaurar la biodiversidad nacional, que es finalmente el bien común máspreciado para nuestro país, y responsable final de provisión de dichos insumos. Dada su compleja condición sistémica, es la sociedad toda la que debe confluir en el proceso de su cuidado, independientemente del derecho de propiedad, privada o colectiva, que exista sobre una u otra fracción del territorio.

Biodiversidad y Soberanía

El reconocimiento del valor inherente de la biodiversidad para el bienestar de sus pueblos y comunidades, precisará repensar toda una serie de conceptos tradicionales, incluyendo especialmente aquellos de soberanía y seguridad. Debemos comenzar a entender soberanía no simplemente como aquella que está definida por fronteras artificiosas, a las que hay que defender de una posible invasión por otros, a quienes, dado el caso, habría que expulsar o eliminar a balazos. Este es un afán permanente que consume ingentes sumas de cualquier presupuesto nacional y cuantiosos recursos de todo tipo. A la luz de lo expuesto, la soberanía debe ser entendida en una extensión contextual mucho más amplia y racional que la puramente político-administrativa-militar.

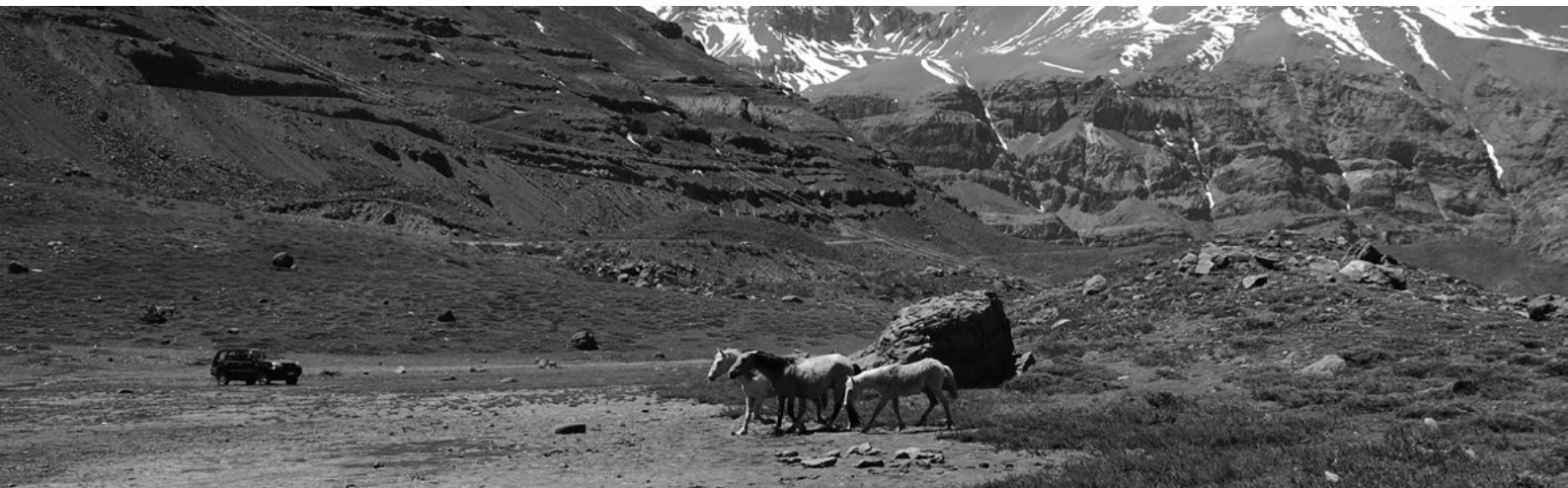
Al hablar de soberanía, y la necesidad de su protección, es imperativo reconocer el contexto de degradación ambiental en que nos encontramos, y a la necesidad vital de mantener, promover y restaurar los ecosistemas que conforman y dan vida a todo el territorio y aguas nacionales, al mismo tiempo de pro-

tección a las gentes que los habitan. El valor real de dichos territorios (que incluye su precio de mercado) es efectivo sólo en la medida que estos son capaces de albergar una biodiversidad íntegra y sana. Aquellos ecosistemas degradados, contaminados, sobre-explotados, erosionados, secos, o yermos, carecen de valor alguno y son en general abandonados a su muerte lenta, pues no son capaces de sostener vida, incluyendo la humana. Ellos debieran ser el blanco real de nuestro imaginario soberano. Puesto que únicamente aquellos territorios vivos, contenedores de ecosistemas íntegros y pujantes, son capaces de proveer las condiciones mínimas que permiten la producción de agua y otros RRNN básicos para el bienestar de las personas y sus sociedades.

La real defensa de la soberanía de un territorio no se asegura sólo por la existencia de un cada vez más oneroso pasivo militar. Dicha defensa debería apuntar a la creación y mantención de condiciones mínimas

que aseguren el buen vivir de nuestras poblaciones, las que habitan esos territorios soberanos. Hablamos de la protección del agua, del suelo cultivable, de los bosques, humedales, ríos, zonas costeras, por nombrar algunos de los bienes comunes soberanos de cualquier nación. Los que en un mundo cada vez más deteriorado como el actual, merecen ser defendidos tanto o más que imaginarias líneas fronterizas. Tal práctica defensiva y profiláctica resulta determinante elemental no sólo para la existencia de la población actual, sino ante todo para las futuras.

Incorporar un entendimiento eco-lógico básico de soberanía a una nueva constitución de estado, abriría el espacio necesario para visionar y diseñar nuevos conceptos que permitan construir un Chile diferente. Estos nuevos conceptos deberían comprender al menos la soberanía y seguridad ecológica de nuestro país, que resultan condición mínima y necesaria para avanzar en una real soberanía territorial.



Recursos genéticos y biodiversidad

Cristina Dorador

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) de 1992 define la biodiversidad como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, que se produce a tres niveles: la diversidad dentro de las especies —o sea su diversidad genética—, la diversidad entre las especies y la diversidad de los ecosistemas”.

Este acuerdo comprende tres objetivos muy claros, incluidos en su Artículo 1: 1) Conservación de la diversidad biológica, 2) uso sostenible de los componentes y 3) participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

Este último objetivo es la base del Protocolo de Nagoya que se refiere expresamente al acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización, el que está vigente desde el año 2014⁶⁹, que Chile no ha suscrito, además de tener oposición de sectores como comunidades indígenas.

Como recursos genéticos se entiende aquellos derivados de plantas, animales y microorganismos que son utilizados por distintos usuarios, incluyendo instituciones, empresas, investigadores, para diferentes fines como biotecnología, agricultura, industria farmacéutica, entre otros. Hasta el día de hoy sin embargo, Chile no posee ninguna legislación específica que regule el acceso a los recursos genéticos, ni tampoco que fomente su conservación o conocimiento. Se han presentado proyectos de ley (cambios constitucionales que no han prosperado⁷⁰.

1. Chile posee una alta biodiversidad caracterizada por un alto endemismo

El patrimonio genético puede ser visto como una marca tangible de la biodiversidad. Es decir, los genes,

como unidad estructural y funcional de las especies, constituyen un legado evolutivo vinculado específicamente al territorio. En este contexto, se puede señalar que la preservación de la biodiversidad es también la preservación de este legado genético, el cual a su vez es sujeto de cambios a distintas escalas.

Los llamados recursos genéticos son productos o procesos que derivan de la diversidad genética. El término ‘recurso genético’ es una forma utilitaria de interpretar la biodiversidad, y forman parte de las muchas contribuciones que la sociedad obtiene de la naturaleza y su biodiversidad.

En este sentido, la alta biodiversidad que posee el país en distintos ambientes también conlleva a un alto potencial de producción, directa o indirecta, de productos derivados de su genética. Esto ha sido ampliamente reconocido por la literatura especializada y por industrias como la farmacéutica, existiendo ejemplos como el compuesto rapamicina aislado desde una bacteria de Rapa Nui, el que tiene aplicación directa a tratamientos como trasplante de órganos.

Es por esto que la protección de la biodiversidad en toda su complejidad, incluyendo su componente genético, también implica la protección económica, aportando a su diversificación y/o transición, lo que precisa que la posible explotación de recursos genéticos sea regulada.

Distintos factores como el aislamiento biogeográfico, las condiciones extremas y una alta variabilidad territorial y climática han favorecido el desarrollo de singulares historias evolutivas para la biodiversidad chilena, lo que sumado a diversidad cultural propia de nuestro país, han configurado territorios altamente enriquecidos en potenciales productos con elevado valor ecológico, y actividad biológica que pueden tener asociados un elevado potencial comercial.

69 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2011) Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica: texto y anexo.

70 Por ejemplo, el Proyecto de Ley ingresado el año 2018 al Congreso Nacional que consagra el dominio público de los recursos genéticos provenientes de animales y vegetales endémicos del territorio nacional https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11957-07.

En particular las comunidades indígenas tienen una relación indisoluble con el uso de organismos como plantas para fines medicinales u otros, lo cual es producto de conocimiento traspasado entre distintas generaciones. Es por ello que la nueva Constitución debiese reconocer y proteger el patrimonio genético del país, así como respetar los límites de su utilización y/o reconocimiento como patrimonio cultural de distintas sociedades.

En Chile no existe una estrategia de Biodiversidad que considere el estudio y descripción de la diversidad microbiana, considerando que la mayoría de los organismos de la Tierra y la mayor diversidad biológica es efectivamente microbiana.

Dado su valor fundacional, estratégico Chile debe contar con un reconocimiento de su biodiversidad, más allá de los aspectos utilitarios que poseen las normativas internacionales como Nagoya que buscan la 'equidad global'. Avanzando hacia el entendimiento integrado, sistémico y territorial de la naturaleza y biodiversidad de nuestro país, su patrimonio común más relevante.

2. Ejemplos de otras constituciones

La Constitución de Bolivia menciona los recursos genéticos en cuatro artículos, los cuales están relacionados con el uso autónomo de las comunidades indígenas (Artículo 304), el control de entrada y salida de recursos biológicos y genéticos del país (Artículo 407). En particular el artículo 381 indica que "El Estado protegerá todos los recursos genéticos y microorganismos que se encuentren en los ecosistemas del territorio, así como los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento. Para su protección se establecerá un sistema de registro que salvaguarde su existencia, así como la propiedad intelectual en favor del Estado o de los sujetos sociales locales que la reclamen. Para todos aquellos recursos no registrados, el Estado establecerá los procedimientos para su protección mediante la ley".

La Constitución de Ecuador a su vez menciona e incorpora los recursos genéticos en siete artículos. Importante se declara que los recursos genéticos son de interés público y no son apropiables. Del mismo modo, se fomenta la protección de la biodiversidad y los recursos genéticos, y se prohíbe la introducción de organismos y materiales que alteren el patrimonio genético. Esto último resulta altamente relevante, por cuando la segunda causa más importante de pérdida

de biodiversidad es el arribo de especies exóticas, lo que en el caso de Chile incluye especies muy conocidas y con amplio impacto socioecológico, como la mosca de fruta, el alga *Dydimó*, conejos, castores, entre muchos otros.

Tanto Bolivia como Ecuador han firmado el Protocolo de Nagoya.

3. Algunas reflexiones y propuestas

a) Las prácticas extractivas afectan el patrimonio genético

Diversos procesos extractivos, por ejemplo, los relacionados a la minería de gran escala, afectan grandes extensiones de territorio, impactando ecosistemas de alto valor para la diversidad como salares, humedales, glaciares, zonas andinas. Todas estas áreas son el hábitat de singulares microorganismos, y la sola intervención tiene el potencial de afectar el patrimonio genético y sus recursos asociados. Por lo tanto, el desarrollo de estos proyectos debería requerir una estimación específica de la afectación genética, alimentando el diseño y gestión de proyectos con el fin de disminuir su impacto ya sea en extensión o intensidad, o definitiva relocalización.

Más aún, se debe considerar que la exportación directa de recursos naturales, que está en la base del modelo económico chileno, se debe considerar cada vez que se exporta un 'recurso natural', se pierde parte de la biodiversidad genética local. Pues junto con el concentrado de cobre y otros productos, también van asociados los microorganismos nativos, aquella invisible y vital fracción del patrimonio natural chileno.

b) Todo el ambiente es parte del patrimonio genético

Dada la ubicuidad, valor estructural, funcional y estratégico de la diversidad microbiana, en la práctica no existen hábitats que tengan 'menor valor'. A diferencia de la visión habitual de que existen territorios carentes de valor como el Desierto de Atacama, se debe promover una mayor horizontalidad en el trato y/o visión que se tiene sobre los ecosistemas, que pueda hacerse cargo de incluir todos los niveles y complejidades —la mayoría invisibles— de la biodiversidad nacional. Esto representa un cambio de visión sobre las relaciones que existen entre el ser humano y el ambiente desde un punto de vista de explotación de los recursos naturales, abriendo espacios insospechados de beneficio y cuidado mutuo.

c) El conocimiento indígena no está debidamente reconocido ni protegido

Las comunidades indígenas albergan un conocimiento ancestral sobre la aplicabilidad de la biodiversidad genética en diversos ámbitos, como por ejemplo la salud. Es justamente este tipo de conocimiento el que está en la base del proceso de investigación y descubrimiento de nuevos productos. Es por ello, que prácticas tradicionales en el uso de plantas medicinales, sus métodos de aplicación, u otras son muy importantes de reconocer y de resguardar, pues ellas son parte de un legado cultural y natural del país. Es importante avanzar en el reconocimiento y abordaje de preguntas críticas: ¿cómo se relaciona este conocimiento con prácticas comerciales?, que es justamente lo que aborda el Protocolo de Nagoya; ¿quién es dueño del patrimonio genético? ¿cómo se regula su propiedad y se comparten de manera equitativa sus potenciales beneficios?

d) Los microorganismos como respaldo genético y el microbioma

Nuevas investigaciones han demostrado que los microorganismos conforman unidades mínimas espaciales de diversidad biológica, y que están presentes en (casi) todos los ambientes del planeta. Más aún, los microorganismos son parte indisociable de otros organismos, siendo esenciales para la existencia y salud de muchos de ellos, incluyendo a los seres humanos, por cuanto conforman microbiomas con los que convivimos íntimamente. Por ello, los límites de protección genética de la forma tradicional

se desdibujan, saliendo del concepto más tradicional de conservación de especies, por ejemplo, a la de multiespecies, o comunidades de microorganismos. Probablemente esta idea no sea simple de aplicar a una Constitución política, pero es necesario avanzar en el entendimiento del operar de los sistemas vivos, su estructura y funcionalidad, abriendo espacios para nuevos avances hacia la integración y visión sistémica, además de cuestionamientos éticos necesarios para organizar nuestra sociedad en el futuro.

e) Mirada ecosistémica y relacional respecto al patrimonio genético

El patrimonio genético y sus recursos derivados forman efectivamente parte de ecosistemas específicos, complejos y diversos. La práctica de aislar microorganismos en el laboratorio solo permite ‘proteger’ a menos del 1% de toda la riqueza microbiana, sin llegar a proteger ninguna de las relaciones ecológicas que ellas establecen, sea entre diferentes taxa o entre ellos y su ambiente biofísico. Por ello la aspiración a resguardar el patrimonio genético en bancos de recursos genéticos, es un esfuerzo que tiene escaso impacto en el objetivo de conservación. Incluso si se hicieran grandes esfuerzos por cultivar y aislar microorganismos, éstos no alcanzarían a dar cuenta de toda la complejidad sistémica que es propia de las comunidades bacterianas o cualquier otra comunidad vida. Para el caso de germoplasma, también debería resguardarse su rizósfera y parte del ambiente originario, pues estas relaciones son indisociables del ambiente.



Recursos genéticos y Constitución

Lorna Püschel H.

1. Introducción

Chile es parte del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), principal tratado internacional marco que regula la conservación de la biodiversidad. Los objetivos de dicho tratado son tres: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos⁷¹.

A nivel internacional, este último objetivo se ha desarrollado a través de un protocolo al CDB, el Protocolo sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización, más conocido como Protocolo de Nagoya, el cual no ha sido ratificado por nuestro país.

Este protocolo define los recursos genéticos como todo material de origen vegetal, animal o microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia, que tenga un valor real o potencial⁷². La utilización de tales recursos, por su parte, corresponde a la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre su composición genética y/o composición bioquímica, incluyendo la aplicación de biotecnología⁷³.

En términos prácticos, nos referimos al acceso a recursos genéticos presentes en plantas, animales o microorganismos originarios de Chile —ya sea en condiciones *in situ* (existentes en un área protegida, por ejemplo), como *ex situ* (aislados y mantenidos en un banco de germoplasma, por ejemplo)— para la investigación científica o para el desarrollo de productos, cuyos beneficios debiesen distribuirse de manera justa y equitativa.

Si bien Chile no es un país especialmente rico en biodiversidad, sí se caracteriza por un alto grado de endemismo, es decir, tiene una gran cantidad de especies que son únicas, exclusivas de nuestro territorio y que no se encuentran en ningún otro lugar del mundo⁷⁴. Aunque la información a nivel de genes es escasa, sabemos que los recursos fitogenéticos endémicos son los más valiosos, estimándose que al menos un 10,7% de las especies, particularmente de zonas áridas y semiáridas, tienen potencial de uso medicinal, como también de uso ornamental, forrajero y alimenticio⁷⁵.

2. La situación actual

Chile carece de toda regulación sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios. Un paso relevante para generar tal regulación es determinar la naturaleza jurídica de los recursos genéticos y el régimen de propiedad que les es aplicable.

La Constitución actual nada dice expresamente sobre la materia. Entendiendo que los recursos genéticos constituyen bienes, corresponde acudir a lo dispuesto en su artículo 19 número 23 en busca de una respuesta. Esta norma consagra el llamado derecho a la propiedad, en los siguientes términos:

“23°.- 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.

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

71 El artículo 15 del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) desarrolla este objetivo.

72 Combinación de las definiciones de “material genético” y “recurso genético” del art. 2 del CDB.

73 Art. 2 letra c) del Protocolo de Nagoya.

74 En promedio, un 25% de las especies nativas serían endémicas, destacando un alto endemismo en anfibios, peces de aguas continentales, reptiles y plantas vasculares. Ministerio del Medio Ambiente, Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030 (2017): pág. 26.

75 Ministerio del Medio Ambiente, Quinto Informe Nacional de Biodiversidad de Chile (2014): pág. 33.

Como se observa, la regla general vigente es la facultad para adquirir la propiedad sobre toda clase de bienes. La excepción —es decir, la inapropiabilidad— la constituyen los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.

Hay quienes han sostenido que, considerando su naturaleza e importancia estratégica, los recursos genéticos caen en esta categoría⁷⁶. No obstante, si revisamos la interpretación que ha adoptado el Tribunal Constitucional sobre la norma, veremos que esta es restrictiva, asociando la excepción a bienes de uso y goce colectivo. En contraste, otra lectura es que los recursos genéticos siguen la regla general —son apropiables— y que, conforme al principio jurídico según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, los recursos genéticos se encuentran sometidos al régimen de propiedad aplicable al recurso biológico respectivo⁷⁷. Finalmente, una tercera lectura plantea que los recursos genéticos no pueden adscribirse a ninguna de las categorías anteriores⁷⁸.

3. Por qué regular a nivel constitucional

Si tomamos como referencia la regulación constitucional actual, lo cierto es que abordar esta materia en una nueva Constitución, despejando la duda interpretativa anterior, tiene especial interés si se plantea que los recursos formen parte del dominio público.

Entendiendo 1) que la utilización de la composición genética o bioquímica de una especie es distinta a la utilización de la especie misma (o individuos de la especie); 2) que el régimen de propiedad aplicable a los recursos genéticos es determinante para otorgar mayor o menor flexibilidad al legislador a la hora de regular el acceso y distribución de beneficios⁷⁹; 3) que la forma más idónea para regular una distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos originarios de Chile es asignándoles una naturaleza pública.

De acuerdo a las categorías actuales, esta propuesta puede expresarse de dos formas: bienes nacionales de uso público o bienes de propiedad del Estado. Esta segunda ha sido la propuesta efectuada por parlamentarios en diversas oportunidades⁸⁰. No obstante, debido a que los recursos genéticos no son fácilmente adscribibles a ninguna de estas categorías —en rigor no son de uso colectivo y tampoco parece adecuado asignarlos al Estado (*i.e.* Fisco)—, se ha optado aquí por usar una nomenclatura genérica, a fin de otorgar un rol preponderante al Estado a la hora de regular.

Un elemento adicional, derivado del artículo 8 j) del Convenio sobre Diversidad Biológica y que ha sido desarrollado más ampliamente en el Protocolo de Nagoya, es el rol que cumplen las comunidades indígenas y locales respecto a recursos genéticos que puedan encontrarse en su posesión⁸¹ o respecto a conocimientos tradicionales asociados a tales recursos⁸².

76 Arellano G y Donoso A (2013) Biodiversidad y Patrimonio Genético, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile: pág. 68.

77 Esto significa, por ejemplo, que los recursos genéticos presentes en animales silvestres, serán apropiables por quien se apropie a su vez del animal (por ocupación). En el caso de recursos genéticos de especies vegetales silvestres, estos serán de propiedad del dueño del suelo por adherencia. No es claro lo que ocurre respecto de microorganismos. Ver Flores L (2004) Análisis del manejo regulatorio e institucional de los recursos genéticos en la legislación chilena, Fundación Sociedades Sustentables y Darwin Initiative: pág. 11.

78 Hervé D (2015) Justicia Ambiental y Recursos Naturales. Ediciones Universitarias de Valparaíso: pág. 290.

79 En efecto, si los recursos genéticos son de dominio público, habrá mayor libertad para regular. Si, en cambio, los recursos genéticos tienen son susceptibles de apropiación, la regulación sobre acceso deberá tenerlo en consideración; más concretamente, el consentimiento del dueño debiese formar parte (total o parcialmente) del consentimiento fundamentado previo y de las condiciones mutuamente acordadas.

80 Se han presentado al Congreso sendos proyectos de reforma constitucional, todos los cuales proponen, con algunas variaciones, establecer de manera expresa, en el artículo 19 número 24 de la Constitución, “el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos genéticos. Ver boletines:

-N° 3820-07, ingresado a la Cámara de Diputados el 5 de abril de 2005, hoy archivado. Sus autores: Enrique Accorsi (PPD), Carlos Jarpa (ind), Sergio Ojeda (PDC) y Jaime Quintana (PPD). -N° 8751-07, ingresado a la Cámara de Diputados el 20 de diciembre de 2012, hoy en primer trámite constitucional en la Comisión de Cultura, Artes y Comunicaciones de la Cámara de Diputados. Autores: René Alinco (ind), Pepe Auth (ind), Cristián Campos (PPD), Lautaro Carmona (PC), Alfonso De Urresti (PS), Fidel Espinoza (PS), Luis Lemus (PS), Miodrag Marinovic (ind), Fernando Meza (ind), José Pérez (PRSD). -N° 11957-07, ingresado a la Cámara de Diputados el 1 de agosto de 2018, hoy en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la misma corporación. Autores; René Alinco (ind), Fidel Espinoza (PS), Tucapel Jiménez (PPD), Emilia Nuyado (PS), Marisela Santibáñez (PC), Alejandra Sepúlveda (FRVS) y Esteban Velásquez (FRVS).

81 El artículo 5.2 del Protocolo de Nagoya dispone: “Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas”.

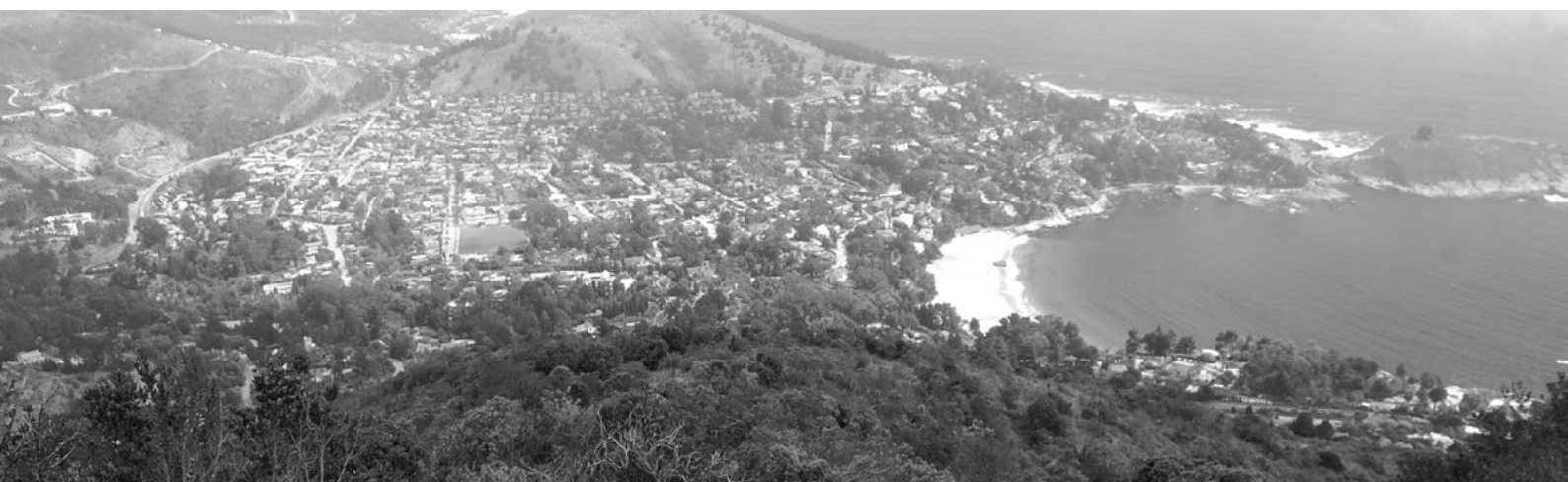
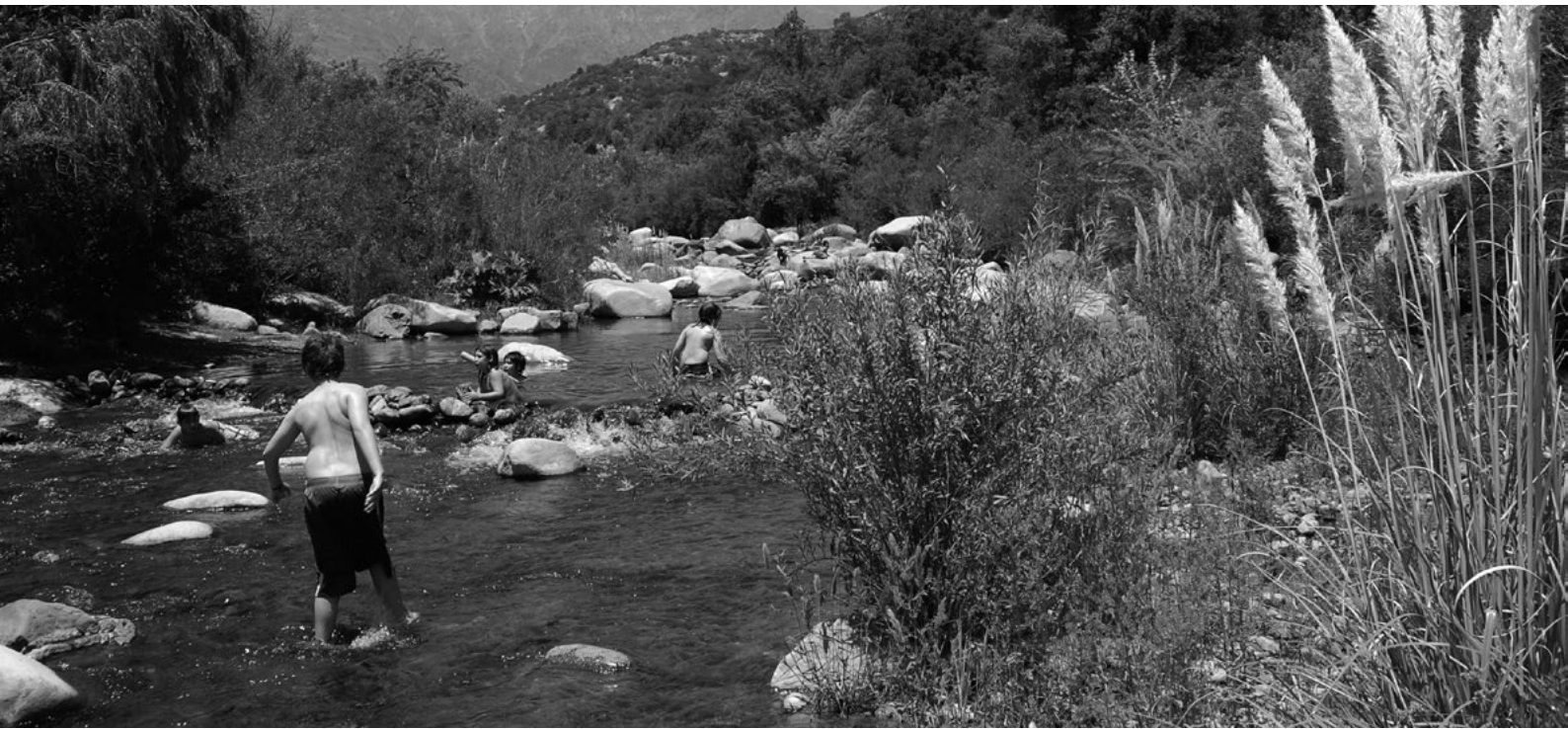
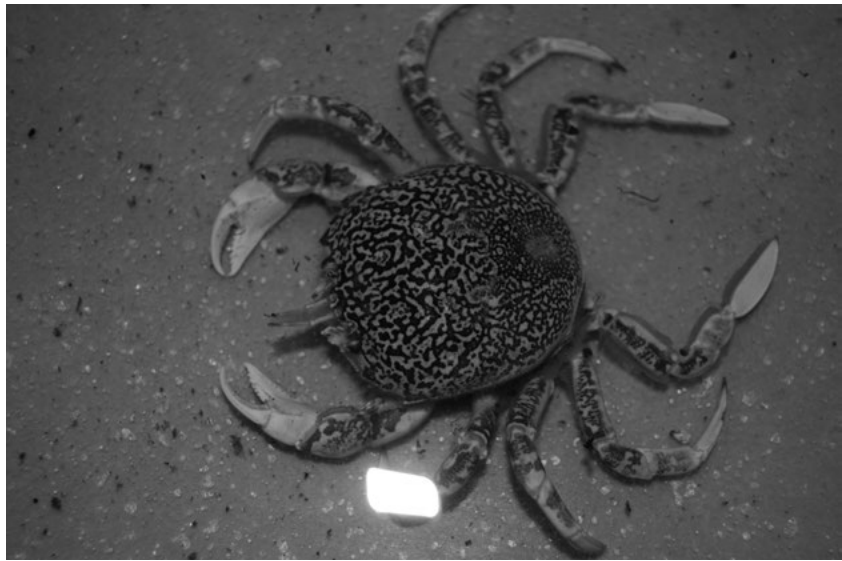
82 El artículo 5.5. del Protocolo de Nagoya dispone: “Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas”.

4. Propuesta para la Nueva Constitución chilena

“Los recursos genéticos originarios de Chile se entenderán patrimonio de la Nación. Una ley regulará el acceso a dichos recursos y sus derivados, velando por

una distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de su utilización.

Lo anterior es sin perjuicio de los derechos que se reconozcan a las comunidades indígenas y locales sobre tales recursos, así como sobre los conocimientos tradicionales asociados a los mismos”.



Red de Constitucionalismo Ecológico: una comunidad en defensa de la biodiversidad

Nuriluz Hermosilla

La historia tiene múltiples versiones, y nos ha tocado aprender desde la escuela la historia de los vencedores. Pero hay allí una gran pérdida, pues es la historia escrita que relata el dominio y el expolio por medio de la guerra, de hombres con el poder de las armas. Se ha silenciado y humillado el inmenso valor de la épica y la ética de la vida cotidiana, doméstica, colectiva de hombres y mujeres en sus diferentes edades, en sus diversidades gestuales, intelectuales y sensitivas. Pero es desde el sentipensar cotidiano que se construye el ethos de los pueblos, una postura vital que no fragmenta, no jerarquiza, no compartimentaliza la vida, donde la forma de relacionarse entre los humanos, con la naturaleza o los seres no materiales responde a un sistema jurídico no escrito, con sus argumentos, que son válidos también para los derechos de los humanos. Que es a la vez ética y moral.

Al acercarnos a los territorios desde la mirada de quienes lo viven, pierde sustancia el valor de cambio, quedando sólo como el respaldo y justificación para cercados y transacciones que difícilmente tienen que ver con la circulación, la recolección, los encuentros, que corresponden al valor de uso de los espacios, que sobre todo es un valor social.

La historia de los pueblos transita y sustenta transcurrires mucho más allá de la palabra escrita, así ha sido por cientos de miles de años, antes y en los márgenes de los imperios. La modernidad en que vivimos ha naturalizado la explotación de grandes segmentos de nuestro paisaje con monocultivos y escaso trabajo humano, también humillado y tercerizado, bajo la modalidad asalariada. Sin embargo, en la historia de la humanidad lo que define la relación entre humanos y en la naturaleza, es el valor de uso de los territorios, tradicional, en economías sustentables de recolección o —a lo más— extractiva de pequeña escala, en los trabajos cotidianos por reproducir la vida. Las relaciones sociales se ejercen en la horizontalidad del trato respetuoso y amoroso, colaborativo.

Para dar cuenta del valor social compartido, es necesario relevar el valor simbólico asignado al territorio,

ya que éste constituye el reflejo material del sustento ético que permite la reproducción cultural. La historia de la vida sobre los territorios lleva consigo un “conocimiento ancestral” referido a las dinámicas ecológicas, ciclos anuales y de mayor alcance temporal. Se recuerdan los aprendizajes —por ejemplo, frente a eventos catastróficos— que son interpretados y recopilados en el saber compartido. El conocimiento tradicional es a la vez explicación de mundo y manual de práctica en la cotidianeidad, así como en las decisiones estratégicas colectivas frente a las crisis. Se interpreta en los sueños y se reproduce en los ritos necesarios para que operen los agentes fundamentales del Cosmos.

Nuestro trabajo con comunidades Mapuche en lucha, nos ha permitido validar ante las miradas occidentales las recuperaciones productivas del territorio escuchando sus argumentos de justicia, que no son más que el Derecho consuetudinario sostenido desde los antepasados y ejercido en el presente. Somos gentes y pueblos en la historia. Propongo con respeto, un acercamiento explicativo desde la filosofía y ética mapuche, para que sirva como puente entre este ejercicio político de la Ciencia y la práctica política de los pueblos. Allí, el conocimiento no es pasivo, es necesaria la acción humana para que la vida siga su curso, bajo sus propias leyes. La responsabilidad de cada uno en la acción colectiva lleva una mirada existencial que trasciende el presente de las vidas individuales. El bien vivir incluye esta coherencia ética para construirse, y está escrito en el *az mapu*, el código cultural compartido. Ello redundaría en que la persona che, no existe per se, sino que se construye cotidianamente en decisiones éticas, que significan finalmente que las vidas son caminos para llegar a ser che.

La naturaleza es un conjunto no excluyente de biodiversidad, seres espirituales originados en el principio de los tiempos, vidas humanas, presente y pasado en un espiral que cruzamos constantemente. Esta concepción es *itxofilmongen*, que ha sido pobremente traducido como biodiversidad, dejando fuera la concepción ética e histórica del transcurrir.

Lógicamente, los pueblos cuidan la reproducción de cada cultura. Desde allí surge lo que hemos llamado el valor curatorial de las culturas, todas aquellas prácticas elaboradas en el tiempo largo de su historia, que propenden al cuidado de la reproducción de la vida. Esta larga relación no es estática o solamente observante, pues también se traduce en formas de manejo de la carga genética de animales y vegetales, cuidado de semillas, con diferentes formas de domesticación a favor de la relación productiva para las personas. En el tiempo largo, los resultados son de beneficio mutuo.

El respeto coherente del *az mapu* en el transcurrir del *itxofilmongen* permite definir un Buen Vivir de los pueblos según la concepción mapuche: el *kvume mongen*. En el caso de nuestro pueblo presente, proponemos que se escriba como Dignidad.

En el presente que se nos ha dado vivir, es fundamental hacerse cargo de la memoria indígena, campesina, doméstica que nos habita y nos llena de sentidos comunes que permiten ponernos del lado de éticas curatoriales.

Como personas, somos parte de un pueblo que se ha levantado en lucha por los cuidados y la dignidad de la vida. Como científicos, podemos ver que este levantamiento trasciende las fronteras de este país y

de la presente situación sanitaria, y que se opone a un modelo de dominio sobre gentes y naturaleza en pro de la ganancia especuladora y extractivista. Modelo que no conserva esta magnífica complejidad producto de millones de años de evolución y reproducción de la vida.

En este territorio puesto al servicio del neoliberalismo, concesionado a la explotación para la ganancia de entelequias empresariales y manejos mafiosos del poder de decisión de un país, nos declaramos un pueblo en Revuelta a partir de octubre de 2019. Con base en argumentos de justicia y conocimiento tradicionales, hemos exigido el cambio de las reglas del juego para ponerlas al servicio del buen vivir de todos, sin exclusión, con la decisión colectiva del trabajo colaborativo.

En ese sentido, científicos y científicas, antropólogos y juristas que nos hemos reunido en esta comunidad por la defensa de la vida diversa, estamos más cerca de una Reivindicación territorial, de las luchas de Macarena Valdés, Berta Cáceres o las hermanas Berta y Nicolasa Quintremán, más cerca de este pueblo en revuelta. Nos constituimos en este poder destituyente de un orden que nos maltrata, para poner nuestro maletín de herramientas al servicio de la escritura una nueva constitución para este país plurinacional.



Cambio climático: crisis y resiliencia

Pablo A. Marquet

El cambio climático (CC) es un componente más de lo que se denomina cambio global, o conjunto de modificaciones globales sobre los ecosistemas, sus procesos y componentes producto de las actividades humanas. Los componentes del cambio global interactúan entre sí, por lo general en forma sinérgica. Por ejemplo, el calentamiento global se exagera con cambios en el uso del suelo y modificaciones en el ciclo del agua y nitrógeno y la pérdida de biodiversidad asociada a los cambios en el uso del suelo. Nuestro país no está exento de estas sinergias que son palpables y se traducen a menudo en el colapso de ecosistemas, mega-incendios, mega-sequías, erosión, entre otros^{83, 84, 85, 86}.

La evidencia científica disponible es concluyente en señalar que el CC es uno de las principales amenazas que enfrenta el planeta y la sociedad humana, causando graves decrecimientos en la productividad de los cultivos, en la incidencia de eventos extremos de pluviosidad y temperatura, así como en la incidencia de incendios e impactos en sistemas costeros, en la economía global y local y en la biodiversidad^{87, 88, 89, 90}.

La evidencia presentada en los reportes citados, es contundente y nos permite afirmar con certeza lo siguiente:

1) El CC es de origen antropogénico, y responde a un modelo socioeconómico que se sustenta en energías contaminantes y ricas en carbono que se ha potenciado a partir de 1950 y que de seguir en un escenario “Business as Usual”, generará grandes pérdidas económicas, una crisis de extinción de la biodiversidad y el desplazamiento de personas en búsqueda de mejores condiciones de vida.

2) Para el caso de Chile, el análisis de los modelos disponibles anticipa decrecimientos importantes en las precipitaciones en la zona centro sur de Chile e incrementos en las temperaturas además de sequías más extensas y recurrentes.

3) La solución a los desafíos que nos plantea la actual crisis climática tienen que ver con:

Desafíos locales para la mitigación y adaptación

- Una acelerada descarbonización de la economía, en sectores claves como energía. Chile tiene un gran potencial para la generación de energías renovables y la descarbonización de su economía. Esto último debiera ser una prioridad.

83 Garreaud RD, Álvarez-Garretón C, Barichivich J, Boisier JP, Christie D, Galleguillos M, LeQuesne C, McPhee J, Zambrano-Bigiarini M (2017) The 2010-2015 megadrought in central Chile: impacts on regional hydroclimate and vegetation. *Hydrology and Earth System Sciences* 21: 6307-6327.

84 Garreaud R (2018) Record-breaking climate anomalies lead to severe drought and environmental disruption in western Patagonia in 2016. *Climate Research* 74: 217-229.

85 Bowman DMJS, Moreira-Muñoz A, Kolden CA, Chávez RO, Muñoz AA, Salinas F, González-Reyes Á, Rocco R, de la Barrera F, Williamson GJ, Borchers N, Cifuentes LA, Abatzoglou JT, Johnston FH (2019) Human-environmental drivers and impacts of the globally extreme 2017 Chilean fires. *Ambio* 48: 350-362.

86 Marquet PA, Altamirano A, Arroyo MTK, Fernández M, Gelcich S, Górski K, Habit E, Lara A, Maass A, Pauchard A, Pliscoff P, Samaniego H, Smith-Ramírez C (Ed) (2019) Biodiversidad y cambio climático en Chile: Evidencia científica para la toma de decisiones. Informe de la mesa de Biodiversidad. Santiago: Comité Científico COP25; Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.

87 Diffenbaugh NS, Singh D, Mankin JS (2018) Unprecedented climate events: Historical changes, aspirational targets, and national commitments. *Science Advances* 4: eaao3354.

88 Intergovernmental Panel on Climate Change. 2018. Global warming of 1.5°C.

89 Diffenbaugh NS, Burke M (2019) Global warming has increased global economic inequality. *Proceedings of the National Academy of Sciences* 116: 9808-9813.

90 IPBES (2019) Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services.

- La implementación de Soluciones Basadas en la Naturaleza (SBN) que implican una transformación de las actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras y silviculturales hacia industrias que potencien el secuestro de carbono sobre y bajo el suelo.
- Conservación y restauración de ecosistemas que poseen un gran stock de carbono en sus suelos y/o sobre éstos, como bosques nativos, turberas y bofedales.
- Potenciar la producción y consumo local generando comunidades circulares, conscientes y preocupadas de su entorno ambiental (transformación ciudadana).
- Justicia climática o quien paga los costos de la adaptación y la mitigación, siendo necesario adoptar una visión integracionista que no aisle al CC de otros problemas como la desigualdad, acceso a salud por ejemplo, pues de lo contrario se arriesga a que los que menos tiene sean los más impactados por el CC y por los costos asociados⁹¹.

Desafíos globales

- Chile debe reconocer que el futuro de su bienestar como sociedad está asociado al bienestar mundial y en particular a la reducción de emisiones. En este contexto es importante apoyar el multilateralismo y apoyar una solución coordinada a los desafíos climáticos.
- Es importante apoyar en forma positiva la generación de mercados de carbono y el establecimiento de reglas claras para la implementación del artículo 6 del acuerdo de París. La generación de mercados voluntarios de carbono es de gran relevancia para alcanzar el umbral global de 0 emisiones al 2050 y para potenciar la implementación de transformaciones productivas asociadas a las SBN. Estos mercados debieran estar inspirados en principios de eficiencia para la mitigación y cooperación, considerando aspectos de justicia climática de distribución.

Una mejor alineación y cumplimiento de los compromisos del Acuerdo de París con los objetivos de la Convención de Biodiversidad posteriores al 2020 y los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas, son esenciales para lograr la transformación social y económica asociada a la meta de una buena calidad de vida en armonía con la naturaleza para todos.

El enfoque debe ser múltiple y hacer hincapié en la descarbonización de las economías y el sector energético a corto plazo, así como en la aplicación de Soluciones Basadas en la Naturaleza que tengan una gran capacidad de captación de carbono y puedan aportar beneficios a las comunidades locales⁹² como la reforestación, la restauración y la conservación de la biodiversidad tanto sobre la tierra como en el océano (e.g. bosques de macroalgas, ballenas), pero también en aquellas que transformarán nuestra relación con los ecosistemas naturales y fomentarán la adaptación, como las de la agricultura, la ganadería, la silvicultura y las industrias pesqueras, que pueden aportar no sólo beneficios económicos a las comunidades locales, sino también mejoras en la calidad de vida y la gobernanza y, por lo tanto, cambios que se ajusten a la realidad local y sean socialmente aceptados.

El riesgo de no actuar rápidamente para reducir las emisiones y limitar el calentamiento es que el propio calentamiento podría afectar a la capacidad de las SBN para ser eficaces a medio plazo⁹³. Todos estos objetivos pueden fomentarse si se ponen en marcha los incentivos adecuados, como un atractivo precio al carbono, lo que junto con el desbloqueo del artículo 6 del Acuerdo de París, son pasos esenciales para fomentar políticas de mitigación, energías alternativas, inversión en tecnologías para la mitigación y crear mercados internacionales de carbono basados en la adicionalidad y el aumento en la ambición de sus Contribuciones Nacionalmente Determinadas (CND).

La transformación que debemos fomentar requerirá cambios en la forma en que nos relacionamos con nosotros mismos y con el resto de la naturaleza y acelerar un cambio social y económico en consecuencia; alineando las mejores ciencias naturales con las mejores ciencias sociales, las artes, las humanidades y la diplomacia.

Desafíos emergentes

La creciente toma de conciencia de que el cambio climático es una cuestión de seguridad mundial que puede dar lugar a disturbios sociales, migraciones forzadas y desplazamientos de poblaciones, puede ser un importante motor para el multilateralismo y la

91 Caney S (2009) Justice and the distribution of greenhouse gas emissions. *Journal of Global Ethics* 5: 125-146.

92 Seddon N, Chausson A, Berry P, Girardin CAJ, Smith A, Turner B (2020) Understanding the value and limits of nature-based solutions to climate change and other global challenges. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences* 375: 20190120.

93 Seddon et al. (2020) Op. Cit.

cooperación internacionales, y una ambición cada vez mayor en el marco de los CND. Sin embargo, la securitización instrumental puede resultar fácilmente contraproducente y dar lugar al fatalismo, al escepticismo y a la inacción⁹⁴, desincentivando la cooperación internacional y la adopción de SBN. Se trata de una cuestión compleja, ya que aunque no se busque un uso instrumental, las declaraciones relativas a los efectos del cambio climático probablemente conducirán a resultados futuros no previstos que generarán efectos sociales indeseables. En este contexto, resulta primordial idear formas de comunicar la incertidumbre de las proyecciones de futuros posibles⁹⁵, fomentando la noción de que la acción colectiva los hace modificables en lugar de la inacción y el fatalismo. Una forma de lograrlo es promover cambios sociales que conduzcan a sistemas de gobierno resistentes anclados en la cooperación y la cogestión, reforzando la mitigación, la adaptación y la calidad de vida. Por ejemplo, concediendo derechos de acceso a las poblaciones locales que explotan recursos comunes, como la pesca en pequeña escala⁹⁶, lo mismo que concediendo acceso a las tierras ancestrales a los grupos indígenas. Estos cambios sociales pueden aumentar la gestión sostenible, mejorar la biodiversidad y la capacidad de captura y almacenamiento de carbono de los ecosistemas⁹⁷ que de otro modo estarían sometidos a un extractivismo incontrolado. Además, lo hacen reforzando el sentido y la relación con el lugar, donde se encuentran los cimientos de las prácticas culturales a través de las cuales se experimenta, se entiende, se resiste y se responde al cambio ambiental⁹⁸ generando así comunidades resilientes. La inclusión de las comunidades ancestrales, es por lo tanto un aspecto importante de las soluciones basadas en la naturaleza, toda vez que el conocimiento ancestral de algunos sistemas y especies es muy acabo, como sucede con las comunidades Pewenches y los bosques de Araucaria en el sur de

Chile^{99, 100}. Las practicas ancestrales tienden a favorecer la persistencia y regeneración de los ecosistemas.

Lo anterior nos permite postular los siguientes principios generales

Principio de Conciencia global

Chile asume que su destino como nación no es independiente del estado global del planeta y por lo tanto compromete su esfuerzo local para abatir los problemas sociales, económicos y ambientales que afectan al planeta.

Principio de Integración

Chile entiende que su destino como nación depende de las contribuciones que le provee la naturaleza y del capital natural, el cual incluye las riquezas geológicas, y la biodiversidad bajo su administración por lo que se compromete a monitorearlos y manejarlos en forma sustentable, alineado con los objetivos de desarrollo sustentable de las Naciones Unidas. Se entiende que el CC no es un fenómeno aislado, por lo que es importante consagrar principios de justicia distributiva desde una perspectiva integral.

Principio de transversalidad

El Estado de Chile reconoce que el bienestar económico y social, así como el de sus ciudadanos, es posible gracias al capital natural del país y a las contribuciones que general la naturaleza a todos sus habitantes. En este contexto es un derecho de sus ciudadanos y un deber del estado el garantizar el adecuado suministro de estas contribuciones y garantizar el cuidado de los ecosistemas de los que somos parte, así como de la biodiversidad de su territorio incluyendo una mirada ecosistémica en todas sus políticas sectoriales. Esta lógica debiera operar también en la suscripción de tratados comerciales internacionales.

94 Warner J, Boas I (2019) Securitization of climate change: How invoking global dangers for instrumental ends can backfire. *Environment and Planning C: Politics and Space* 37: 1471-1488.

95 Bradshaw GA, Borchers JG (2000) Uncertainty as information: Narrowing the science-policy gap. *Conservation Ecology* 4.

96 Wilen JE, Cancino J, Uchida H (2012) The Economics of Territorial Use Rights Fisheries, or TURFs. *Review of Environmental Economics and Policy* 6: 237-257.

97 Gelcich S, Martínez-Harms MJ, Tapia-Lewin S, Vásquez-Lavín F, Ruano-Chamorro C (2019) Comanagement of small-scale fisheries and ecosystem services. *Conservation Letters* 12: e12637.

98 Ford JD, King N, Galappaththi EK, Pearce T, McDowell G, Harper SL (2020) The resilience of indigenous peoples to environmental change. *One Earth* 2: 532-543.

99 Herrmann TM (2006) Indigenous Knowledge and Management of Araucaria Araucana Forest in the Chilean Andes: Implications for Native Forest Conservation. *Biodiversity and Conservation* 15: 647-662.

100 Barreau A, Ibarra JT, Wyndham FS, Rojas A, Kozak RA (2016) How can we teach our children if we cannot access the forest? Generational change in Mapuche knowledge of wild edible plants in Andean temperate ecosystems of Chile. *Journal of Ethnobiology* 36: 412-432.



Derecho a un ambiente sano y cambio climático

Pilar Moraga

El derecho a un ambiente sano aparece en el contexto internacional en los años 70¹⁰¹ y en las constituciones nacionales hacia fines de la década¹⁰². Marcado por un fuerte enfoque antropocéntrico, se consagra en la mayoría de los casos como un derecho individual propio de la teoría de derechos humanos¹⁰³, cuya vulneración no se relaciona directamente con la afectación al medio ambiente, sino cuando ésta tiene consecuencias sobre el ser humano.

Sin perjuicio de lo anterior, este enfoque empieza a convivir con los derechos de la naturaleza, que reconoce a esta última como sujeto de derecho¹⁰⁴, al mismo tiempo que se comienza a reforzar el carácter colectivo del bien jurídico protegido.

Lo anterior puede observarse en la jurisprudencia comparada que deja en evidencia la tensión existente entre el ejercicio de un derecho individual que tiende a brindar protección a intereses colectivos, cuestión que se vuelve aún más patente en el contexto del cambio climático¹⁰⁵. Así por ejemplo, la Corte Suprema chilena sostiene que: “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público (...) Y, en lo que dice relación con el

segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no solo de las actuales generaciones sino también las futuras. En ese sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual”¹⁰⁶.

Por su parte, la Corte Suprema colombiana indica que la acción de tutela se ejerce por aquellos que han sido afectados individualmente en su derecho, sin perjuicio de lo cual puedan ser varias las personas afectadas por el mismo hecho y que por ende, procede toda vez que el menoscabo de intereses grupales infringe consecuentemente garantías individuales¹⁰⁷.

En la actualidad, alrededor de 150 países reconocen la protección del medio ambiente como derecho o de-

101 Principio 1. El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. Declaración de Estocolmo. Subrayado por la autora.

102 United Nations Environment Program (2019) Environmental Rule of Law. First Global Report 2019. Lewis B (2018) Environmental Human Rights and Climate Change Current Status and Future Prospects: 43.

103 “It was concluded that, in order to be consistent with traditional human rights theory, the right ought to be constructed as an individual right”. Lewis B (2018), Environmental Human Rights and Climate Change Current Status and Future Prospects: pág. 211.

104 Borrás S (2016) Transitions from Human Rights to the Environment to the rights of Nature. Transnational Environmental Law, Cambridge University Press.

105 “It was also noted, however, that the environment is a collective ‘good’, and that viewing it as something enjoyed only by individuals creates potential conflicts and is inconsistent with ideas of interconnected ecosystems and the global commons. This problem is amplified with respect to climate change. Greenhouse gas emissions are an inherently ‘collective’ problem, and the effects of climate change are transboundary and cross-sectoral, making them ill-suited to a narrow, individualized discussion”. Lewis B (2018) Environmental Human Rights and Climate Change Current Status and Future Prospects: pág. 209.

106 Caso Dunas de Concón, Corte Suprema de Chile, Rol n°12.808-2019, sentencia de 05 de junio de 2019. La Corte considera que toda obra, programa o actividad próxima a un área protegida susceptible de ser afectada por un proyecto de inversión, debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través del instrumento de revisión más intenso contemplado en la legislación vigente, como es el Estudio de Impacto Ambiental. El proyecto se emplaza en un predio contiguo al Santuario de la Naturaleza “Campo Dunar de la Punta de Concón”, por lo que éste podría ser afectado dada la proximidad de las viviendas que se pretende construir.

107 Corte Suprema de Colombia, STC4360-2018, sentencia de 04 de abril de 2018: 11 y 12.

ber, de los cuales más de 85 reconocen el derecho a un ambiente de calidad, derecho a un ambiente sano, derecho a un ambiente limpio, derecho a un ambiente libre de contaminación, derecho a un ambiente equilibrado¹⁰⁸.

Tales categorías de derechos han servido de fundamento de demandas de litigación climática, las cuales han sido interpretadas a la luz del Acuerdo de París, particularmente en controversias motivadas por el aumento de emisión de gases de efecto invernadero (GEI), producidas por la explotación de recursos naturales.

La doctrina explica este fenómeno en razón de los problemas de eficacia que experimenta la gobernanza internacional: “Ante la frustración que genera la poca efectividad de la arquitectura climática global, y considerando los efectos que se proyectan para la seguridad humana en general y en especial para los países en desarrollo, se ha comenzado a discutir, desde organizaciones de la sociedad, agencias internacionales y académicos, el tratar las consecuencias del cambio climático desde una perspectiva centrada en los derechos humanos”¹⁰⁹.

Esta tendencia acarrea consecuencias jurídicas importantes, pues al establecer claramente que la afectación de la atmósfera, a través de la acumulación de gases de efecto invernadero, es una causal de vulneración al derecho constitucional a un ambiente sano, debido a los impactos que el cambio climático genera sobre la población, las Cortes amplían el contenido de este derecho desde una óptica territorial y temporal. En este sentido y considerando que, a diferencia de otros problemas ambientales, más locales, el fenómeno del cambio climático tiene efectos planetarios y que éstos superan la escala de tiempo humana, la litigación climática ha abierto la discusión sobre la aplicación extraterritorial de este derecho y la necesidad de resguardar los intereses de las generaciones futuras.

La discusión de dos casos recientes relacionados con la deforestación del amazonia colombiana y el otorgamiento de licencias de petróleo por parte de la autoridad noruega, confirman tal perspectiva. Ambos dicen relación con recursos naturales (bosque, petróleo) cuya explotación contribuye a incrementar las emisiones de gases de efecto invernadero, sea por la disminución de sumideros naturales o por la producción y quema de combustibles fósiles.

108 Lewis B (2018) Environmental Human Rights and Climate Change Current Status and Future Prospects: 43-49.

109 le Clercq JA (2011) Las consecuencias del cambio climático, la responsabilidad del daño y la protección de los Derechos Humanos, una relación problemática: pág. 388.



El cambio climático es un problema de desigualdad socio-ecológica

Rosario Carmona

Para enfrentarlo, es necesario transformar las instituciones y sus respuestas. Para lograr esto, es fundamental considerar diferentes tipos de conocimiento, particularmente los de los más vulnerables, como los pueblos indígenas.

Las causas del cambio climático se remiten al incremento de la actividad humana basada en un sistema de pensamiento antropocéntrico, que establece una dicotomía entre lo humano y la naturaleza, concibiendo a esta última como una fuente externa de recursos. Este mismo sistema de pensamiento ha sido el que promovió los procesos de colonización en América Latina y sentó las bases para la constitución de las repúblicas. El Estado chileno se configuró a partir de un régimen de inequidad en torno a la distribución de oportunidades y capacidades, permitiendo que solo ciertos sectores accedieran a la administración de los territorios, la información y la participación y, por lo tanto, al ejercicio del poder.

Este proceso ha derivado en una profunda desigualdad socio-ecológica, que actualmente se refuerza con los efectos del cambio climático. Quienes poseen los más bajos ingresos son quienes reciben los mayores impactos de este fenómeno; a la vez, aquellos que han sido empujados a escenarios de vulnerabilidad climática, son los que más dependen directamente de los territorios afectados. La desigualdad también se ve reflejada en el hecho de que estos sectores son los que menos han incidido en

los procesos de toma de decisión que han desencadenado el cambio climático, menos han accedido a los beneficios económicos de tales decisiones y, a la vez, son los que menos participan en el diseño de las estrategias para afrontarlo.

Dentro de estos sectores se encuentran las comunidades locales y pueblos indígenas, quienes durante siglos, y debido a una larga convivencia con el territorio, han elaborado estrategias de adaptación a los cambios ambientales e incluso ya se están adaptando al cambio climático actual. Sus prácticas de adaptación están relacionadas con la vida cotidiana y se basan en conocimientos ecológicos tradicionales, pero también son dinámicas.

Actualmente, el conocimiento indígena es reconocido por su rol ante el cuidado de la biodiversidad¹¹⁰ y su potencial para solucionar problemas ambientales, principalmente para mitigación¹¹¹, adaptación¹¹², conservación y prevención de riesgos. La historia del clima local, el monitoreo comunitario, los calendarios, así como las prácticas sociales y las historias asociadas con el medio ambiente tienen la capacidad de complementar los datos del clima¹¹³. La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático¹¹⁴ reconoce estos aportes y ha publicado revisiones sobre el conocimiento indígena para adaptación y consideración. Y desde 2016, los líderes indígenas y las partes trabajan en una Plataforma de Comunidades Locales y Pueblos Indígenas (LCIPP).

110 Alrededor de un 80% de la biodiversidad existente en el planeta se encuentra sobre territorios indígenas. Las tierras que habitan los pueblos indígenas se cruzan con alrededor del 40% de todas las áreas protegidas y más del 65% de las tierras más remotas y menos habitadas del planeta. Garnett ST, Burgess ND, Fa JE, Fernández-Llamazares A, Molnár Z, Robinson CJ, Watson JEM, Zander KK, Austin B, Brondizio ES, Collier NF, Duncan T, Ellis E, Geyle H, Jackson MV, Jonas H, Malmer P, McGowan B, Sivongxay A y Leiper I (2018) A Spatial Overview of the Global Importance of Indigenous Lands for Conservation. *Nature Sustainability* 1: 369-74.

111 Ramos-Castillo A, Castellanos EJ McLean KG (2017) Indigenous Peoples, Local Communities and Climate Change Mitigation. *Climatic Change* 140: 1-4.

112 Townsend J, Moola F y Craig MK (2020) Indigenous Peoples Are Critical to the Success of Nature-Based Solutions to Climate Change. En: D Lesbarrères (Ed.) *Facets* 5: 551-556.

113 Green D, Billy J y Tapim A (2010) Indigenous Australians' knowledge of weather and climate. *Climatic Change* 100: 337-54.

114 UNFCCC (2013) Best practices and available tools for the use of indigenous and traditional knowledge and practices for adaptation, and the application of gender-sensitive approaches and tools for understanding and assessing impacts, vulnerability and adaptation to climate change. United Nation Framework Convention on Climate Change; UNFCCC (2016) A compilation of good practices, tools and available data collection initiatives for the use of local, indigenous and traditional knowledge and practices for adaptation. United Nation Framework Convention on Climate Change.

No obstante lo anterior, los pueblos indígenas tienden a ser posicionadas como meras víctimas del cambio climático. Continúan siendo excluidos de los procesos de toma de decisión relativos a este fenómeno —o incluidos parcialmente solo en las etapas primarias y de diagnóstico—. Y sus conocimientos tradicionales comúnmente son considerados como subjetivos y arbitrarios con relación a la ciencia. Además, aunque los pueblos indígenas confían en sus conocimientos, la velocidad de los cambios ambientales, la variabilidad del clima y la incidencia de las políticas públicas han mermado esta confianza. Si estos asuntos no son abordados, la vulnerabilidad climática de los pueblos indígenas aumentará¹¹⁵.

Para enfrentar la desigualdad y vulnerabilidad climáticas, e incluir a las comunidades locales y los pueblos indígenas en el debate, debemos comenzar por cuestionar el pensamiento antropocéntrico y dicotómico. Esto se puede alcanzar por medio de un proceso de transformación social deliberado. O'Brien y Sygna¹¹⁶ identifican tres esferas que deben considerarse para una transformación deliberada: práctica, política y personal. La esfera práctica implica acciones y soluciones técnicas; incluye cambios en el comportamiento, innovaciones sociales y tecnológicas y reformas institucionales y administrativas. La esfera política incluye los sistemas ecológicos, políticos, económicos, legales, sociales y culturales. Aquí los problemas son identificados y los distintos actores dialogan y negocian. En la esfera personal se encuentran las creencias individuales y colectivas, así como los valores y visiones de mundo que le dan forma a las estructuras de la esfera política e influyen en la esfera práctica. Los cambios en la esfera práctica modifican las maneras de interactuar con el mundo y permiten ver las estructuras de distinta manera, por lo que las transformaciones en esta esfera son más poderosas que en las otras; no obstante, éstas no pueden ser forzadas. Para modificarlas, las personas debemos desear expandir nuestras “esferas de influencia” y para esto, tenemos que realizar cambios en nuestra esfera individual.

Es responsabilidad del Estado promover los cambios necesarios en las tres esferas con miras a concretar este proceso transformativo. Para comenzar, se requiere revisar críticamente los valores asociados a la comprensión del cambio climático. Y reconocer que existen otros valores y visiones de mundo que son pertinentes, los cuales pueden promover otro tipo de respuestas. La integración de estas respuestas con la ciencia contribuirá a la elaboración de políticas cli-

máticas más acordes a los territorios donde se implementarán.

Para facilitar este proceso, el Estado debe promover las siguientes acciones:

1. Asegurar el bienestar subjetivo y material de todos los habitantes y de las futuras generaciones. Este bienestar se basa en una relación sustentable e interconectada con la naturaleza.
2. Reconocer el problema del cambio climático como un problema de desigualdad socio-ecológica.
3. Abordar la desigualdad y vulnerabilidad climática desde una perspectiva histórica. Considerando las responsabilidades, prioridades y medidas necesarias de una manera contextualizada y con énfasis en la justicia social.
4. Diseñar políticas climáticas, especialmente de mitigación y adaptación, a partir de un enfoque territorial que resguarde los derechos humanos, especialmente los de los pueblos indígenas.
5. Asegurar la participación incidente de los pueblos indígenas en todas las etapas de la política climática. Creando mecanismos que permitan la integración de sus conocimientos.
6. Promover la investigación transdisciplinaria e intercultural sobre el cambio climático.
7. Validar y hacer dialogar diversos sistemas de conocimiento. Las decisiones deben estar basadas en un diálogo horizontal e intercultural de saberes y en una co-producción de conocimientos.
8. Además de proteger la naturaleza, velar por que todos los habitantes se desenvuelvan de manera consciente y sustentable.
9. Facilitar y promover la coordinación y trabajo intersectorial en torno al cambio climático. Otorgándole mayor protagonismo a los Ministerios de Desarrollo Social, de Ciencia y de Educación.
10. Seguir las recomendaciones de Naciones Unidas respecto a la consideración de los pueblos indígenas en la política climática. Y asegurar la coherencia entre los compromisos que se suscriben internacionalmente y la legislación nacional.

115 Ramos-Castillo A, Castellanos EJ McLean KG (2017) Op. Cit.

116 O'Brien K y Sygna L (2013) Responding to climate change: the three spheres of transformation. Proceedings of Transformation in a changing climate: 16-23.



Cuidado socioecológico: apuntes sobre modelos de desarrollo para una Constitución ecológica

Manuel Tironi

1. Definiciones: modelos de desarrollo y los límites de la sustentabilidad

Uno de los temas que se instaló con fuerza gracias a la revuelta —y su posterior debate constitucional— fue el tipo de *modelo de desarrollo* al que debería aspirar el país. En ello reside parte de la potencia sociohistórica de lo sucedido en octubre del 2019: que en el corazón de la crisis no hay sólo una interpelación ante un desajuste coyuntural, sino un quiebre más profundo en relación el modo basal de organizar la sociedad en su búsqueda de bienestar, como sea que se le defina.

Usualmente se entiende “modelo de desarrollo” como el conjunto de lineamientos surgidos a partir de consensos y acuerdos que buscan lograr el desarrollo de una unidad territorial determinada, y que involucra no sólo el ámbito económico, sino también los ámbitos social, político y cultural. Un modelo de desarrollo no sólo define las estrategias y métodos para llegar a un determinado fin, sino también los supuestos básicos sobre los que descansan dichas estrategias: cómo se define “bienestar”, dónde se ubica y quiénes componen la “ciudadanía” y qué se entenderá por “naturaleza” son cuestiones fundamentales que se definen en un modelo de desarrollo. En este sentido, más que modelos en una definición estricta, los modelos de desarrollo son propuestas onto-civilizatorias que demarcan qué se entenderá por *realidad*. De hecho, que se hable de modelos de *desarrollo* indica ya un cierto imaginario discursivo —anclado en los acuerdos post Segunda Guerra Mundial y ejecutado por las instituciones de Bretton Woods (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional), la ONU y las agencias nacionales. Es por esta razón que el debate por los modelos de desarrollo, un tema central en la economía política, ha tendido a enmarcarse en las alternativas de *desarrollo*, en lugar de pensar alternativa al *desarrollo*.

La tensión con la actual Constitución es, precisamente, que establecería las bases de un modelo de desarrollo neoliberal. En su texto nunca habla explícitamente de “modelo de desarrollo”, pero lo dibuja en

lo que se ha llamado “principio de subsidiariedad”: es a través de este principio que se consagra un modelo general de priorizaciones y ejes rectores para organizar el desarrollo del país.

El principio de subsidiariedad es el modelo político-jurídico según el cual la acción del Estado se debe reducir a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma. Y mientras este principio nunca se nombra como tal en la Constitución, queda como eje rector en la conexión entre (o en interpretación conectada de) dos artículos clave:

- Art. 1: “*El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines.*” Este artículo define el rol eminentemente abstencionista del Estado, el que debe respetar la libertad y autonomía que le cabe al individuo y los grupos intermedios, quedando su acción relegada a los ámbitos en que éstos no puedan o quieran intervenir.
- Art. 19: “*el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza.*” Establece la primacía que le cabría a los particulares en el desarrollo de actividades empresariales-económicas, en desmedro del rol que el Estado debe cumplir en dicha materia.

Si bien en sí misma esta articulación no alcanza a definir un modelo de desarrollo, es la condición que permite sostener el modelo neoliberal que se ejecutó en el país. La interpretación jurídica que se ha hecho en base a estos dos artículos es que el Estado no sólo debe entregarle al mundo privado-civil el desarrollo de tareas clave para el país, sino que debe proteger e incentivar dicho traspaso. El resultado es un modelo donde el Estado deserta de su rol desarrollador —dejándose al sector privado en áreas claves como la industria, la salud, la vivienda, la educación, la previsión, etc.— y crea regulaciones que consagran y protegen dicho derecho frente al Estado y el colectivo social.

2. Problemas de la sustentabilidad

En el horizonte del debate más tradicional sobre modelos de desarrollo, no le correspondería a una Constitución, en principio, definir el modelo de un país, sea industrial, social-demócrata, agrario, u otro. Como lo muestra la propia crisis que propició el debate sobre los modelos de desarrollo, las formas, estrategias y modalidades de desarrollo son discusiones políticas que deben ser flexibles para ajustarse a las circunstancias y a valores cambiantes.

La Constitución debe, sin embargo, establecer los ejes amplios de bienestar individual, colectivo y ecológico, en sintonía con los derechos y deberes fundamentales que deben regir el funcionamiento de la sociedad. En este escenario, la figura de la *sustentabilidad* surge como un marco hermenéutico que podría establecer estos lineamientos.

La “sustentabilidad” se define tradicionalmente como la capacidad para asegurar la calidad de vida actual sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. Así, una definición clásica de “desarrollo sustentable” sería *los lineamientos consensuados que buscan el desarrollo —económico, social y ambiental— de un territorio de manera que el aseguramiento de la vida actual no comprometa las necesidades de generaciones futuras.*

Sin embargo, esta definición —que ha dominado los discursos y programas sustentables en el mundo industrial-liberal— tiene tres problemas principales:

- *Límites de la naturaleza.* La definición mantiene un imaginario de crecimiento perpetuo que no reconoce los umbrales de no-continuidad entre los sistemas biofísicos y la acción antropogénica: siempre estaría la posibilidad de encontrar un arreglo tecnológico para lograr el equilibrio entre requerimientos presentes y necesidades futuras, dejando incólume las lógicas a la base del daño socioecológico.
- *Gobernanza y participación.* Esta definición clásica tampoco resalta la dimensión democrática del desarrollo sustentable, es decir, el imperativo de

pensar los procedimientos políticos a través de los cuales se diseña, implementa y evalúa el desarrollo sustentable: invisibiliza que el desarrollo sustentable incluye definiciones sobre formas de participación, soberanías indígenas y territoriales, anclajes comunitarios, validación de conocimientos diversos, y otros.

- *Colonialismo.* Al no incorporar perspectivas críticas con respecto a los dos puntos anteriores, ni al modo en cómo se definen nociones de “desarrollo” y “sustentabilidad”, la figura del desarrollo sustentable corre el riesgo de perpetuar lógicas coloniales. En particular, mantener tanto las dinámicas comerciales norte-sur propias de los Estado rentistas, como las estructuras de producción de conocimiento.

A la base de estas críticas hay una serie de propuestas alternativas que han surgido en distintos espacios políticos en América Latina. Si bien siguen la pista del desarrollo sustentable, se trata de modelos que se desanclan de sus sesgos desarrollistas, institucionalistas y neocoloniales. El “Buen vivir”, por ejemplo, ya sea en su versión Kichwa (*Sumak Kawsay*) o Aymara (*Suma Qamaña*), propone un modelo de sociedad sustentable que subraya nociones de mutualidad y convivencia humano-naturaleza propias de las sociedades indígenas andinas^{117 118 119}. Por su parte, perspectivas feministas —sean ecofeministas, populares o comunitarias— abogan por un modelo que le agregue a la idea de sustentabilidad acciones despatriarcalizadoras y el reconocimiento del cuidado como eje articulador de la vida social económica y ecológica^{120, 121}.

3. Propuestas: encaminar el modo de pensar el desarrollo

Siguiendo una lógica estratégica que asegure mínimos de sostenibilidad y flexibilidad, parece importante que la nueva Constitución deje abierto el camino a la construcción de nuevos modelos de desarrollo, más que comprometer de manera expresa un modelo específico, sea del tipo que sea.

117 Acosta A (2008) El Buen Vivir, una oportunidad por construir. En: Ecuador Debate. Innovaciones y retos constitucionales, Quito: CAAP: 33-47.

118 Gudynas E y Acosta A (2011) El buen vivir o la disolución de la idea del progreso. En: M Rojas (Ed) La medición del progreso y el bienestar. Propuestas desde América Latina: 103-110. Foro Consultivo Científico y Tecnológico de México, México.

119 Vanhulst J (2015) El laberinto de los discursos del Buen vivir: entre Sumak Kawsay y Socialismo del siglo XXI. Polis 14 (40): 233-261.

120 Carrasco C (2006) La economía feminista: una apuesta por otra economía. En: Vara MJ (Ed) Estudios sobre género y economía. Akal, Madrid.

121 Aguinaga M, Lang M, Mokrani D y Santillana A (2011) Pensar desde el feminismo: críticas y alternativas al desarrollo. En: Lang M y Mokrani D (Eds) Más allá del desarrollo. Abya Yala Editores, Quito.

Sin embargo, la experiencia internacional¹²² da pistas sobre cómo pre-configurar constitucionalmente un modelo de desarrollo que recoja al menos los principios basales de sustentabilidad, buen vivir y cuidado que varias propuestas han esbozado. Mi sugerencia es que sea un modelo de *cuidado socioecológico*, es decir, que no sólo apele al balance entre necesidades presentes y futuras, sino que también reconozca el valor intrínseco de la naturaleza, las condiciones eminentemente democráticas, plurinacionales y multinaturales de la sustentabilidad, y el cuidado como eje articulador de la vida colectiva.

Propongo seis ideas que pueden fijar ciertos principios básicos con respecto al tipo de desarrollo que buscaremos como país, sus condiciones y límites. La *Charte de l'environnement* de la Constitución francesa (CE), con todas sus limitaciones y debilidades, puede servir de inspiración sobre cómo traducir estos principios en clave constitucional. Específicamente, estos principios se podrían derivar de una definición amplia de *desarrollo sustentable ecológico* que, tomando como ejemplo el Art. 6 de la CE, podría ir en un preámbulo y estar fraseada del siguiente modo:

Las políticas públicas deben promover el cuidado socioecológico. Para ello, deben conciliar la protección y mejoramiento del medio ambiente, el resguardo del buen vivir y la dignidad de los pueblos indígenas con el desarrollo económico y el progreso social, comprendiendo que la naturaleza y la biodiversidad son la base biofísica que sostiene la vida.

De este principio se derivarían seis ideas-fuerza, organizadas en tres grandes ejes u objetivos estratégicos del desarrollo sustentable ecológico: a) *post-extractivismo*; b) *ética del cuidado*; y c) *participación*. A continuación, se hace una muy breve descripción de cada eje y sus ideas-fuerza (Figura 1).

Eje Post-Extractivismo:

- Límites explotación. Una forma para introducir una sensibilidad post-extractivista en la Constitución es estableciendo un principio explícito de limitación a explotación de recursos naturales si ello daña la biodiversidad:

*La biodiversidad y el bienestar individual y colectivo están afectados por ciertas formas de consumo y producción, así como por la explotación excesiva de la naturaleza*¹²³.

- Principio precautorio. Asegura que cualquier actividad económica-empresarial, sea del Estado o privados, no se ejecute ante incertidumbres medioambientales justificadas:

*En caso de potencial daño medioambiental serio e irreversible, las autoridades a través de competencias deben aplicar un principio precautorio e implementar medidas para minimizar los riesgos*¹²⁴.

Eje Ética del Cuidado:

- Interdependencia. Un principio crítico de un modelo de desarrollo realmente sustentable debe superar el binomio naturaleza/sociedad con un principio que reconozca la co-determinación entre sistemas naturales y sociales y la dependencia de toda forma de vida (humana y no humana) a dicho entramado:

*Los sistemas naturales y sus equilibrios han permitido y condicionado la emergencia de la humanidad, por lo que el futuro y la misma existencia de ésta están inextricablemente vinculados a sus entornos naturales*¹²⁵.

- Cuidado y reparación. Introducir una noción de cuidado y reparación como derecho fundamental es clave para limitar crecimiento económico con nociones de protección y solidaridad intergeneracional¹²⁶: *El Estado debe tomar acciones de cuidado y de reparación cuando sea necesario para salvaguardar la naturaleza y la biodiversidad y el buen vivir.*

Eje Participación:

- Autonomías territoriales. Una manera de anclar la definición y aplicación del desarrollo sustentable a la importancia fundamental de las soberanías epistémicas, políticas y territoriales tanto de pueblos originarios como de colectivos situados, es incluir una noción de descentralización y autonomía territorial en la toma de decisiones ambientales (en relación, por ejemplo, al Sistema de Evaluación Ambiental)¹²⁷:

122 Para esta nota le presté especial atención a la *Charte de l'environnement* incorporada el 2004 en la Constitución francesa.

123 En base a Preámbulo de la *Charte de l'environnement*.

124 En base a Art. 5 de la *Charte de l'environnement* y Art. L.110-1.1° del Código Medioambiental.

125 En base a Preámbulo de la *Charte de l'environnement*.

126 No incluyo aquí la restauración de tierras a pueblos indígenas. Si bien es sin lugar a dudas parte fundamental de cualquier principio de reparación, lo dejo fuera para no sobrecargar este principio, asumiendo que la cuestión plurinacional tendrá su propio desarrollo y será tratada en extenso en otros espacios de la Constitución.

127 Asumiendo que la cuestión plurinacional será trabajada en extenso en otros pasajes de la Constitución.

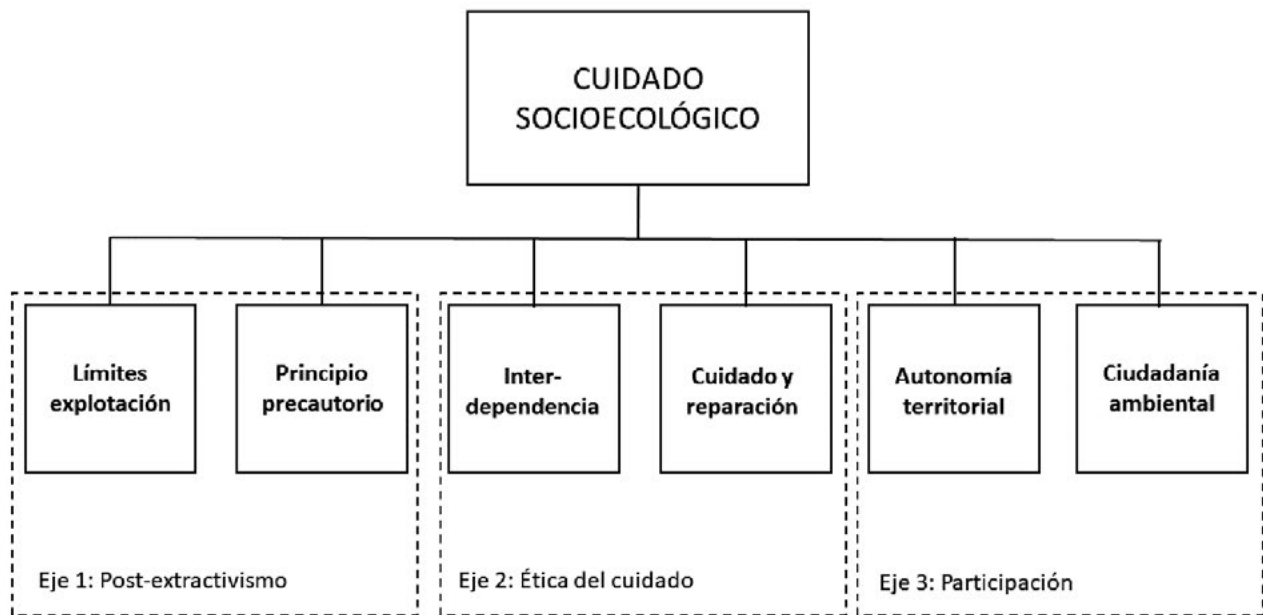
Se garantiza la participación sustantiva de las comunidades locales, a través de los mecanismos pertinentes, así como de los Pueblos Originarios en virtud de tratados internacionales, en la definición de los proyectos de desarrollo que impacten su bienestar social y natural.

- Ciudadanía ambiental. La formación de una cultura ambiental que integre en la formación de

ciudadanas y ciudadanos los principios mencionados debería estar en el núcleo mismo del deber del Estado:

La educación debe contribuir al ejercicio de los derechos y deberes del Estado, las comunidades y los ciudadanos y ciudadanas en relación a la naturaleza y la biodiversidad, el desarrollo sustentable y el cuidado socioecológico.

FIGURA 1.
Grandes ejes u objetivos estratégicos del desarrollo sustentable ecológico:
Eje 1-post-extractivismo; Eje 2-ética del cuidado; Eje 3-participación.





Crisis socio-ecológica y felicidad: el rol de la agencia personal ante la transformación social

Rosario Carmona

Edgardo Lander¹²⁸, al preguntarse cómo hemos sido capaces de jerarquizar a las sociedades humanas y sus valores, sugiere que la respuesta se encuentra en un comportamiento previo, la jerarquización entre lo humano y lo no humano. Este gesto diferenciador, que establece dicotomías basadas en valores que se desean imponer, parte de una premisa que separa a la cultura del resto de la naturaleza, construyendo a esta última como algo externo, dominable y explotable. Bajo esta perspectiva, somos la única especie que porta un valor en sí misma y que además tiene la capacidad de valorar el entorno, los ecosistemas, las especies y a los otros. Este tipo de pensamiento es el mismo que justificó los procesos de colonización que modelaron nuestras sociedades latinoamericanas y subestimó diversos lenguajes de valoración¹²⁹, lo que en la actualidad se refleja en múltiples conflictos socio-ecológicos¹³⁰. Este sistema de pensamiento se reproduce no solo a través de las instituciones, sino también por medio de nuestras subjetividades y cotidianidades.

Sin embargo, la naturaleza siempre nos recuerda que no podemos separarnos. Nuestra incidencia sobre los sistemas naturales es mucho más fuerte de lo que asumimos y sus repercusiones no solo inciden sobre aquello que consideramos la naturaleza, sino que sobre nosotros mismos. El desequilibrio que esto genera propicia la irrupción de enfermedades emergentes, como el COVID-19, así como alteraciones en nuestros sistemas fisiológicos y sociales, que nos instalan en un lugar de vulnerabilidad.

Revisar la relación con lo no humano nos puede entregar luces para replantear los términos que entablamos socialmente. Este proceso puede resultar transformador, pero para que realmente lo sea, no puede ser forzado. O'Brien y Sygna¹³¹ identifican tres esferas

que deben considerarse para una transformación de liberada: práctica, política y personal (Figura 1).

La esfera práctica implica acciones y soluciones técnicas; incluye cambios en el comportamiento, innovaciones sociales y tecnológicas y reformas institucionales y administrativas. Sin embargo, estas acciones tienden a validarse a través de cifras, parámetros, indicadores y medidas, lo cual no siempre resulta efectivo.

FIGURA 1
Las tres esferas de la transformación.
Tomado de O'Brien y Sygna 2013.



La esfera política incluye los sistemas ecológicos, políticos, económicos, legales, sociales y culturales. Es aquí donde los problemas son identificados y donde los distintos actores dialogan y negocian. Por lo

128 Lander E (2000) Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. En E Lander (Ed): Colonialidad del saber. Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas: 4-23. CLACSO.

129 Martínez Alier J (2009) Lenguajes de valoración. El Viejo topo 253: 94-103.

130 EJOLT (s.f.) Environmental Justice Atlas [Map]. Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade. Recuperado 24 de julio de 2017, de <https://ejatlas.org/>

131 O'Brien K y Sygna L (2013) Op. Cit.: pág. 16-23.

tanto, esta esfera abarca los sistemas y estructuras que definen los límites y posibilidades para que las transformaciones prácticas tomen lugar. En la esfera personal se encuentran las creencias individuales y colectivas, así como los valores y visiones de mundo que le dan forma a las estructuras de la esfera política e influyen la esfera práctica.

La esfera política incluye los sistemas ecológicos, políticos, económicos, legales, sociales y culturales. Es aquí donde los problemas son identificados y donde los distintos actores dialogan y negocian. Por lo tanto, esta esfera abarca los sistemas y estructuras que definen los límites y posibilidades para que las transformaciones prácticas tomen lugar. En la esfera personal se encuentran las creencias individuales y colectivas, así como los valores y visiones de mundo que le dan forma a las estructuras de la esfera política e influyen la esfera práctica.

Los cambios en la esfera práctica modifican las maneras de interactuar con el mundo y permiten ver las estructuras de distinta manera. Por lo que las transformaciones en esta esfera son más poderosas que en las otras, no obstante, estas no pueden ser forzadas. Para modificarlas, las personas debemos desear “expandir nuestras esferas de influencia” y para esto debemos realizar cambios en la esfera individual. Y aunque los cambios en este nivel pueden ser promovidos por transformaciones en las otras dos esferas, requieren también ser trabajados de manera personal. Comprendida de esta manera, la crisis socio-ecológica puede concebirse como una oportunidad de transformación personal que inevitablemente conllevará la transformación de las instituciones y perfeccionamiento de la sociedad.

Una vía para promover la transformación personal puede ser el fortalecimiento del principio de interconexión. Recordar que somos parte fundamental de la naturaleza y que por lo tanto, aquello que provocamos en nuestro entorno es lo mismo que lo que nos ocasionamos a nosotros mismos. Del mismo modo, el daño que ocasionamos sobre nuestros cuerpos y subjetividades tiene un impacto sobre la naturaleza. El cuerpo es el medio a través del cual podemos

percibir y producir el entorno. Un cuerpo equilibrado, interconectado, puede producir un entorno en equilibrio, mientras que un cuerpo dañado y explotado, tiene el potencial de reproducir el impacto negativo. Es decir, el cuidado de la naturaleza va de la mano con el cuidado de nosotros mismos.

Estas reflexiones revelan la importancia de la felicidad y el bienestar subjetivo en el cuidado de la naturaleza. Mayores niveles de bienestar subjetivo pueden traducirse en comportamientos más conscientes y sustentables —como menos consumismo y decisiones alimentarias más apropiadas—, así como en el fortalecimiento de los valores intrínsecos y decisiones más éticas y menos reactivas¹³². Lo anterior no solo puede tener impactos positivos en el entorno, sino que también sobre nuestra convivencia.

Los hábitos que no generan comportamientos sustentables —como la reactividad, la ambición, el miedo, la acumulación y la violencia, todos ellos vinculables a la crisis socio-ecológica— pueden estar determinados por el sentimiento de insatisfacción que genera la desconexión con la naturaleza, lo cual nos empuja a buscar la felicidad en el afuera¹³³. La búsqueda de felicidad nos ha atrapado en comportamientos adictivos, que van desde el uso de narcóticos hasta las horas que le destinamos a nuestro trabajo o a las redes sociales. Las adicciones nos alejan del presente y, contrariamente a lo que prometen, eventualmente nos hacen desear más. Nuestra existencia pierde valor en un mundo donde el valor se encuentra afuera, en cosas materiales, experiencias, imágenes, incluso personas que, paradójicamente, no podemos poseer. Mientras más las deseamos, más nos alejamos de nosotros mismos.

A veces encontramos un cierto alivio en el futuro: nos proponemos construir un disfraz que se parezca a aquello que idealizamos, nos acercamos a esas personas que parecieran traernos la felicidad que merecemos, alcanzamos los medios para adquirir los bienes que supuestamente nos hacen falta, ocupamos nuestro tiempo con actividades que creemos son fundamentales o que nos entregarán una sensación de realización. La promesa es tan seductora que no nos

132 Thiermann U y W Sheate (2021) The way forward in mindfulness and sustainability: a critical review and research agenda. *Journal of Cognitive Enhancement* 5:118-139.

133 Según el sociobiólogo Robert Wright (2007), la búsqueda de situaciones placenteras puede ser explicada en términos evolutivos: la reproducción de nuestra especie se debe en cierta medida al sentimiento de gratificación que producen las actividades clave para nuestra supervivencia, como comer y el sexo. Sin embargo, como muchas de las actividades básicas son más accesibles en la mayoría de los países industrializados y en vías de desarrollo, hemos tendido a confundir el placer con la felicidad. Debido a esto, la búsqueda de placer se ha transformado en una tarea sin pausa. Lo cual a su vez es promovido por élites que manejan los medios de comunicación y la publicidad. Wright R (2007) *Why Buddhism is true: the Science and philosophy of meditation and enlightenment*. Simon & Schuster, New York.

detenemos a pensar sobre el efecto de estas acciones: ¿A quiénes debemos forzar para acceder a ciertos bienes? ¿Qué impacto ocasionamos en la naturaleza? ¿Cómo nos violentamos a nosotros mismos?

Además, aunque encontramos un placer momentáneo, volvemos a desilusionarnos, pues ninguna experiencia cumple su promesa. Volvemos a sentirnos vacíos. Y muchas veces, mirando al pasado, buscamos culpables: tal persona arruinó mi vida, tal sistema no me permite vivir como merezco, tales estructuras no me dejan ser feliz... tales políticos, tales economías, tales creencias, y así sucesivamente. Le achacamos nuestra infelicidad a un otro u otra cosa. Culpando a los otros fortalecemos las posturas antagónicas, escucharnos se vuelve cada vez más difícil. Construir una sociedad justa en conjunto parece de este modo imposible.

Por lo tanto, además de enfocarse en las esferas política y práctica, el proceso constituyente debe apuntar a una reflexión sobre el rol de la esfera personal. ¿Cómo una Constitución puede promover el bienestar subjetivo de los habitantes del país? ¿Cómo la promoción de una sociedad ecológica, interconectada con el entorno, puede presentarse como una oportunidad para la transformación de nuestra sociedad?

¿Puede la felicidad ser comprendida como una herramienta para la justicia social?

Aunque difícil, la reparación de la naturaleza es posible. Tenemos el potencial de reconsiderar la manera en la cual nos relacionamos con nosotros mismos. Si nos tratamos mejor, seguramente trataremos mejor a los demás, tendremos la capacidad de organizar mejor nuestra sociedad y entablar una relación más equilibrada con la naturaleza. Este camino es largo y por supuesto no nos entrega una solución inmediata a las crisis que enfrentamos, pero probablemente es más sustentable que la mera reacción a nuestros problemas. Mientras no difuminemos la ficción que aloja en nuestras subjetividades y nos separa de la naturaleza, probablemente seguiremos sintiéndonos insatisfechos y continuaremos perpetuando el abuso y la explotación entre seres humanos. Más infelices nos sentiremos, y más daño sumaremos.

La crisis socio-ecológica demanda una transformación general, tanto de nuestras instituciones como de nuestros sistemas de pensamiento y acciones. Si no la promovemos ahora, futuras crisis nos lo volverán a demandar. Requerimos de un proceso de transformación que nos modifique como seres humanos. O más bien, que nos recuerde lo que somos.



Océano y mares en la nueva Constitución

Oswaldo Ulloa, Alejandro Correa & Mauricio Urbina

Antecedentes

1. En la actual Constitución de Chile:

No hay referencia al(los) “océano(s)” en ningún artículo.

Referencias al “mar” aparecen sólo en dos partes:

a) Derecho de Propiedad – Concesiones Mineras (Artículo 19, N° 24).

“El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.”

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

b) Defensa (Artículo 32, N° 19)

*“Disponer de las fuerzas de aire, **mar** y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional;”*

En cuanto a la protección del océano como parte del Medio Ambiente (Artículo 19, N° 8):

“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, resulta restrictivo, porque el foco

de esta garantía constitucional está puesto en la salud de las personas. No obstante, también aplica al medio ambiente marino, por cuanto el artículo 2° literal m) de la Ley N° 19.300, al definir el alcance de la expresión “Medio Ambiente Libre de Contaminación”, extiende su protección hacia la preservación de la naturaleza y todo el patrimonio ambiental del país, en el siguiente sentido: “aquél en el que los contaminantes se encuentra en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, **a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental**”.

2. Ejemplos de otras constituciones en que se hace referencia al “océano” o “mar”:

a) España (1978)

Artículo 132:

N° 1. *“La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación”.*

N° 2. *“Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley, y en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica exclusiva y la plataforma continental”.*

N° 3. *“Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.”*

Artículo 149:

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:”

19ª *“Pesca marítima”*

20ª *“Marina Mercante, ...puertos de interés general, ...”*

21ª *“...cables submarinos”*

b) Perú (1993)

Artículo 54.- Territorio, soberanía y jurisdicción
“El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre.

El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley.

En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.”

3. Uso del Mar como Fuente de Agua Potable

El agua de mar se está utilizando cada día más para producir agua potable. Tal es el caso de Antofagasta, donde el 100% del agua es producida por plantas desalinizadoras. Por lo tanto, el derecho al agua limpia no sólo debe entenderse proveniente de los ríos, lagos, capas subterráneas, sino que también desde el mar.

4. Política Oceánica Nacional

En marzo del 2018 se promulgó la primera Política Oceánica Nacional.

Como Visión se establece: *“En procura de un océano saludable como objeto de su protección y conservación; benefactor en su dimensión económica y social; seguro para las distintas actividades que se desarrollen en él; formativo para fortalecer su calidad de laboratorio natural y de desarrollo académico; inspirador como acervo cultural nacional; y predecible en cuanto a los fenómenos que lo afectan, tanto naturales, como de origen antropogénico.”*

En la normativa aplicable se menciona la Constitución Política, pero no se detalla ningún artículo de la misma. También se hace referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), Ley del Medio Ambiente, entre otras.

El Programa Oceánico para la implementación, actualización, seguimiento y de la misma de esta política se está actualmente elaborando y se aplicará sectorialmente.

Dentro de las Áreas Sectoriales está la Número 1: *“Conservación del Océano y de sus Recursos”.*

5. Normativa Internacional y Nacional

La ley 21.200 que modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República para habilitar el proceso constituyente establece que “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Por lo tanto, el margen de acción para la nueva constitución está delimitado por los TTII vigentes.

En materia de Océanos, existen distintos tratados internacionales ratificados por Chile. Uno de ellos, y sin duda la más importante, es la CONVEMAR, que se conoce como la “Constitución de los Océanos”.

La CONVEMAR establece regímenes jurídicos para distintos espacios marítimos sometidos a la jurisdicción de un Estado ribereño, como también regula conductas que deben observar los Estados en el Alta Mar y sobre el suelo marino (Seabed).

Al especificar las normas aplicables para cada uno de los regímenes, la CONVEMAR aborda diversas materias, que van desde las reglas de delimitación interestatal de las zonas marítimas, tales como el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva (ZEE) y la plataforma continental (consagrado también en el Código Civil, art. 593), **hasta la protección del medio ambiente marino.**

- Mar territorial (hasta la milla 12): plena soberanía y dominio absoluto. Plenas facultades para regular la explotación de los recursos.
- Zona contigua (desde la milla 12 a la 24): regulación sobre conservación del medio marino, investigación científica, navegación de terceros Estados.
- ZEE y plataforma continental (desde la milla 24 a la 200): derechos exclusivos sobre los recursos naturales (RRNN). Facultades para regular la explotación de los recursos, pero respetando ciertos derechos de otros Estados (libre navegación y sobrevuelo, tendido de cables y tuberías). Tiene derechos de soberanía, pero no plena soberanía como en el mar territorial.

De tal forma, la legislación doméstica sobre RRNN debe dar cumplimiento a la Parte V de la CONVEMAR (art. 61):

Respecto de los recursos marinos vivos:

- El Estado ribereño debe determinar las cuotas permitidas, tomando en consideración la mejor evidencia científica disponible, debiendo asegurar, a través de medidas apropiadas de conservación y de manejo, que su mantención no se arriesgue por la sobreexplotación.
- Dichas medidas deben diseñarse para mantener y restaurar (o recuperar) poblaciones de especies a niveles que aseguren un rendimiento máximo sostenible, con arreglo a factores económicos y ambientales pertinentes, incluyendo las necesidades económicas de las comunidades pesqueras, las necesidades especiales de países en desarrollo, y teniendo en cuenta las modalidades de pesca, la interdependencia de las poblaciones y otros estándares mínimos recomendados internacionalmente.
- Al tomar tales medidas, deben considerarse los efectos en especies asociadas o dependientes de las especies capturadas, con miras a preservar o restablecer las poblaciones de tales especies asociadas o dependientes por encima de los niveles en que su reproducción pueda verse gravemente amenazada. Esto es aplicar un enfoque ecosistémico.

La ley general de pesca y acuicultura (LGPA) N° 18.892 y sus modificaciones, establece una serie de principios generales que recogen —en alguna medida—, las disposiciones de la CONVEMAR. Sin embargo, la praxis indica que su aplicación está lejos de ser adecuada. Así lo ha señalado la propia FAO en su informe de revisión sobre esta ley.

- Los principios rectores son:
 - Enfoque Ecosistémico
 - Uso sostenible
 - Enfoque Precautorio
 - Seguridad e Inocuidad Alimentaria

En consideración a que el marco jurídico de la Nueva Constitución deberá respetar íntegramente los tratados internacionales vigentes, entre los cuales la **CONVEMAR** establece un marco jurídico contundente sobre **protección y uso sustentable de los océanos**, particularmente sobre sus recursos vivos, se presenta una buena oportunidad para consagrar y fortalecer constitucionalmente ese marco jurídico analizado. De esta manera, todas las leyes que se dicten *a posteriori*, deberán respetar dicho marco jurídico, debido al principio de supremacía constitucional. Asimismo, considerando que los principios generales de la LGPA deben ser respetados por expresa disposición de la **CONVEMAR**, se recomienda consagrar asimismo constitucionalmente los principios mencionados.

6. Adicionalmente, se recomienda avanzar en los siguientes aspectos:

Cambio Climático:

- Establecer como meta la carbono neutralidad al 2050. Ya está considerada en el Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático que se tramita en el Senado. Sin embargo, establecerlo como meta en la Constitución le daría mayor relevancia a este asunto, y resultaría consistente con la visión a largo plazo que debe inspirar la Carta Magna, para permear toda la institucionalidad del país, no solo la ambiental, hacia ese objetivo.
- Reconocer el rol de los océanos como regulador del clima, sumidero de carbono, y
- Releva y fortalecer a la institucionalidad ambiental para implementar medidas eficaces de adaptación en el Borde Costero.

Gobernanza responsable:

- Mandatar a la ley para establecer un modelo de gobernanza sobre el Borde Costero y el Mar Territorial, que asegure la participación efectiva de los actores territoriales más relevantes en los procesos de toma de decisiones —incluidas las afectaciones que otorgan a los particulares el derecho de uso y goce sobre los recursos naturales (concesiones)—, en el marco de los nuevos Gobiernos Regionales.

Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada:

- Mandatar a la ley para fortalecer la institucionalidad pesquera y el presupuesto que se asigne a fiscalización y cumplimiento.

Propuestas para la Nueva Constitución

1. Consagrar el/los siguiente(s) precepto(s) constitucional(es):

“El espacio marítimo, que comprende desde la zona costera hasta las 200 millas marinas, incluidos el suelo, subsuelo y su espacio aéreo, es de dominio público. La ley determinará un sistema de gobernanza para este espacio y regulará la manera de acceder, usar, gozar y disponer de éste y de los recursos existentes en él, con arreglo a factores ambientales, sociales y económicos pertinentes. Dicha ley dará especial protección a las necesidades de las comunidades locales y de pueblos originarios, y respetará el principio precautorio, el enfoque ecosistémico, la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales”.

2. Incorporar expresamente al “agua de mar” como un Derecho Fundamental, dentro del concepto más íntegro y comprensivo de Derecho al Agua (véase Contreras y Prieto, en este volumen).



La Antártica en la nueva Constitución chilena

Luis Valentín Ferrada W.

1. Introducción

Desde una perspectiva chilena todo lo referente a la Antártica es un tema fundamental, que comprende lo medioambiental, pero va en realidad mucho más allá de ello.

La Política Antártica Nacional (PAN, 2017) y la nueva Ley Antártica Chilena (LACH, 2020) disponen que el primer objetivo de la acción nacional antártica es “proteger y fortalecer los derechos antárticos de Chile, con claros fundamentos geográficos, históricos y jurídicos”¹³⁴, sin perjuicio de ejercer sus competencias en el marco del Sistema del Tratado Antártico (STA)¹³⁵. Para lograr lo anterior, el país necesita un ordenamiento jurídico antártico sólido y actualizado que dé cuenta de las complejidades jurídicas y geográficas inherentes.

Otro objetivo común de la PAN y la nueva LACH es la protección del medioambiente antártico y sus ecosistemas dependientes y asociados¹³⁶. En el articulado de la ley se precisan obligaciones, requisitos, fiscalizaciones y sanciones orientadas a la protección medioambiental.

Los derechos soberanos de Chile en la Antártica se remontan a los orígenes de nuestro país, siendo delimitado el Territorio Chileno Antártico (TChA) en 1940¹³⁷.

Si bien existe un amplio desarrollo normativo chileno respecto a la Antártica¹³⁸, que considera regulaciones domésticas y recepción de normas internacionales, desde el 2000 se planteó la necesidad de sistematizar, armonizar y modernizar esta normativa. Tal trabajo se emprendió de manera definitiva el 2011, concluyendo con la nueva LACH (2020)¹³⁹.

Durante los estudios preliminares y redacción del proyecto de ley, se advirtió que muchos de los tópicos a regular se vinculaban con el ejercicio de derechos y garantías consagrados en la Constitución.

Esta restricción al ejercicio de determinados derechos y garantías es especialmente compleja, fundándose en la correcta administración del TChA y la protección de su medioambiente, así como en el cumplimiento de compromisos internacionales. Chile ejerce tanto competencias territoriales en los espacios antárticos bajo su soberanía, como extraterritoriales en el resto de la Antártica y sus mares adyacentes, en cumplimiento del STA.

2. Niveles normativos del ordenamiento antártico chileno

Durante la elaboración del anteproyecto de ley (2011-2013), se estimó que una estructura normativa coherente debía comprender tres niveles concatenados:

134 Decreto Supremo 56 del Ministerio de Relaciones Exteriores (2017), Objetivo 1; Ley 21.255 (2020), artículo 1° número 1.

135 Decreto Supremo 56 del Ministerio de Relaciones Exteriores (2017), Objetivo 2. Se entiende por Sistema del Tratado Antártico al conjunto de normas contenidas en el Tratado Antártico (1959, en vigor 1961), las disposiciones vinculantes acordadas en las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico, el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medioambiente (1991, en vigor 1998), la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (1980, en vigor 1982), las disposiciones vinculantes acordadas en las reuniones de la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, y a la Convención sobre la Conservación de las Focas Antárticas (1972, en vigor 1978).

136 Decreto Supremo 56 del Ministerio de Relaciones Exteriores (2017), Objetivo 3; Ley 21.255 (2020), artículo 1° número 3.

137 Decreto Supremo 1.747 del Ministerio de Relaciones Exteriores (1940/1955), reafirmado con algunas actualizaciones respecto al desarrollo contemporáneo del derecho del mar por la Ley 21.255 (2020), artículo 2. Un buen resumen de los fundamentos chilenos en Juliet, Raúl (2017) “Exposición sobre la Antártica del señor Ministro de Relaciones Exteriores, don Raúl Juliet Gómez, ante el Senado de la República de Chile, en sesión extraordinaria de fecha 21 de enero de 1947”. Revista Tribuna Internacional 6 (11); una visión más amplia y general al respecto en Ferrada LV (2014) Iniciativa privada y estatal en la actividad antártica. Pasado, presente y futuro, en B Morales (Ed) Estado, sociedad y participación. XLIII Jornadas chilenas de derecho público. Santiago: Universidad de Concepción/Thomson Reuter/Legal Publishing: 539-558.

138 Ferrada LV (2012) Consideraciones generales sobre la normativa chilena antártica (1939-2011). Revista de Derecho Público 77: 277-293. En la investigación que sustenta el libro de próxima publicación, Ferrada LV (2021) Historia del Derecho Chileno Antártico 1843-2020, se han identificado más de 300 normas legales y reglamentarias nacionales en que total o parcialmente regulan materias antárticas.

139 Ferrada LV (2020) La nueva Ley Antártica Chilena. Escenarios Actuales 25(4): 101-105.

(1) Constitucional, a través de la incorporación en la Constitución de una norma que consagrara al TChA como un territorio especial y habilitara la restricción de ciertas garantías y derechos constitucionales.

(2) Legal, mediante la promulgación de una ley marco que estableciera la institucionalidad y fijara los parámetros generales para las actividades antárticas chilenas.

(3) Reglamentario, por medio de la promulgación de diversos reglamentos que desarrollaran la ley. En definitiva, se decidió avanzar exclusivamente en la iniciativa de rango legal, cuyo resultado ha sido la nueva LACH, la que a su vez dispone una serie de reglamentos¹⁴⁰.

El tema constitucional no ha vuelto a plantearse de manera explícita. Hasta hoy.

3. La Antártica en la Constitución

Estimo que el actual debate constitucional es una oportunidad especialmente propicia para reabrir estas reflexiones. Sin querer entrar a la discusión sobre qué significa, en términos concretos, aquello de la “hoja en blanco”, será imprescindible hacer referencia a la Constitución en vigor, aunque estemos proponiendo contenidos para la nueva Carta Fundamental. Asimismo, conforme a las normas para su elaboración ella debe respetar “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, incluidos los que integran el STA¹⁴¹.

3.1. Fundamentos políticos

La inclusión de un tema en la norma máxima del ordenamiento jurídico de un país refleja la importancia que este le da. Incorporar lo antártico a la Nueva Constitución es una potente señal política, tanto interna como externa.

La posición jurídica de los Estados que afirman poseer soberanía sobre porciones del continente antártico está expresamente garantizada por el artículo IV.1.a

del Tratado Antártico. Sin embargo, no existe un reconocimiento general al respecto, y hay Estados que rechazan la existencia de tales derechos. En tiempos de reordenamiento geopolítico mundial, es aún más acuciante la necesidad de reafirmar nuestra voluntad soberana antártica.

El concepto de soberanía debe entenderse en un sentido moderno, como fuente de derechos, pero también de obligaciones. El que Chile ejerza soberanía en la Antártica se traduce en un deber activo de proteger su medioambiente.

3.2. Fundamentos jurídicos

Teniendo el país un interés autónomo y un compromiso internacional de regular las actividades antárticas, y siendo el TChA parte esencial del territorio nacional —o no pudiendo en cualquier caso las autoridades chilenas considerarlo de otro modo— es imperioso que tales regulaciones respeten las garantías constitucionales. Para regular, restringir o condicionar los derechos y garantías que la Constitución asegura a toda persona, se requiere que el propio texto constitucional así lo autorice, ya que ni la ley ni el reglamento pueden hacerlo si acaso ella no contempla dicha posibilidad¹⁴².

De igual modo, si un tratado internacional pretende limitar derechos y garantías constitucionales o determinar cómo estos deben ser ejercidos, es insuficiente que el Congreso haya aprobado previamente su ratificación, aprobación o adhesión, si acaso la Constitución no autoriza tal limitación, condición o modalidad¹⁴³.

El Presidente de la República puede ejercer su potestad reglamentaria para obligar internacionalmente al país sin intervención del Congreso, cuando se adoptan medidas o se celebran acuerdos accesorios para el cumplimiento de un tratado en vigor, en cuanto no aborden materias de ley¹⁴⁴. Los acuerdos vinculantes adoptados en las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico y en las reuniones de la Comisión para la

140 En particular, sobre (1) el Comité Operativo para la Evaluación de Impacto Ambiental sobre el Medioambiente Antártico (art 17 inc. 2° y art. 37 inc. 5°); (2) las Secciones y Comités Nacionales Antárticos (art. 18 inc. 2°); (3) las actividades que requieren autorización previa (art. 24 inc. 2°); (4) las autorizaciones para realizar actividades antárticas no estatales (art. 25 inc. 5°); (5) las actividades científicas y tecnológicas antárticas (art. 27 inc. 6°); (6) las actividades turísticas (art. 31 inc. 4°); (7) las actividades pesqueras y otras actividades de captura de recursos vivos marinos antárticos (art. 32 inc. 1°); y (8) la protección y conservación del medioambiente antártico (incluye eliminación y tratamiento de residuos) (art. 35 inc. 3° y 36 inc. 4°). Además, se señala que se “elaborará pautas o medidas para responder a los incidentes que puedan tener efectos adversos para el medio ambiente antártico o sus ecosistemas dependientes y asociados” (art. 41 inc. 2°), lo que también pudiera considerarse una materia reglamentaria.

141 Constitución Política de la República (2005), artículo 135 inc. 4°.

142 Constitución Política de la República (2005), artículo 19, número 26.

143 Constitución Política de la República (2005), artículo 19, número 26.

144 Constitución Política de la República (2005), artículo 54 número 1 inc. 4°.

Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos corresponden a este tipo¹⁴⁵. Por lo mismo, tales acuerdos son formalmente incorporados al ordenamiento chileno mediante una norma administrativa (decreto promulgatorio o resolución de la Subsecretaría de Pesca).

Asumiendo que la Nueva Constitución pudiera contener cambios a estos aspectos, en principio al menos las siguientes garantías constitucionales deben ser restringidas en la Antártica:

- Derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos o igualdad ante la justicia, desde que la forma, plazos, modalidades, etc., de la administración de justicia en la Antártica no podrá ser otorgada o aplicada en iguales condiciones que en el resto del territorio nacional¹⁴⁶;
- Derechos a la libertad personal y a la seguridad individual, en que se incluyen la libertad de residencia y movilidad, la garantía sobre el plazo para ser puesto a disposición del juez competente en caso de detención por flagrancia o por la autoridad facultada para ello, los lugares de detención, etc., derechos y garantías que se verán restringidos o gravemente restringidos en la Antártica¹⁴⁷;
- Establecimiento de restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades con la finalidad de proteger el medio ambiente¹⁴⁸;
- Derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, si alguien quisiera así hacerlo en la Antártica, o el derecho de los padres destinados junto a sus familias como parte de la dotación Antártica a escoger el establecimiento educacional para sus hijos¹⁴⁹;

- Derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, o derecho a establecer, operar y mantener estaciones de televisión, si alguien quisiera así hacerlo en la Antártica¹⁵⁰;

- Derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional¹⁵¹;

- Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes¹⁵²;

- Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, tanto en términos generales como en particular respecto a las concesiones para exploración y explotación de minerales e hidrocarburos¹⁵³;

- Derecho de propiedad intelectual e industrial¹⁵⁴;

- Ejercicio del derecho a sufragio y demás derechos políticos¹⁵⁵; etc.

La coherencia política —actuar con el convencimiento absoluto de que el TChA es parte integrante de Chile y se haya sujeto a su soberanía— y la coherencia jurídica —respetar y promover el estado de derecho en todo el territorio nacional, incluyendo el TChA—, llevan a considerar que para limitar estos derechos, de un modo que significa afectarlos “en su esencia” o llegar a impedir su libre ejercicio, es requisito esencial que la Constitución autorice expresamente tales restricciones¹⁵⁶.

Además, la Administración requiere de facultades y competencias especiales y específicas para actuar del modo en que debe hacerlo en la Antártica¹⁵⁷.

145 Téngase presente que en ambos foros de adoptan también acuerdos no-vinculantes o de un alcance más restringido. En las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico se adoptaron entre 1961 y 1994 las denominadas “Recomendaciones”, en que más allá de su nombre son internacionalmente vinculantes. Desde 1995 al presente se distingue entre “Medidas”, que son internacionalmente vinculantes; “Decisiones”, que son obligatorias, pero solo afectan el funcionamiento de la propia Reunión Consultiva o de la Secretaría del Tratado Antártico; y “Resoluciones”, que son textos meramente exhortatorios (no vinculantes). Por su parte, la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos ha adoptado desde 1982 al presente “Medidas de Conservación”, que son internacionalmente vinculantes; y “Resoluciones”, las que son consideradas como normas de *soft-law*.

146 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 3.

147 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 7.

148 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 8.

149 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 11.

150 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 12.

151 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 21.

152 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 23.

153 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 24.

154 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 25.

155 Constitución Política de la República (2005), artículos 13 a 18.

156 Constitución Política de la República (2005), artículo 19 número 26.

157. Constitución Política de la República (2005), artículos 6 y 7.

4. Derecho comparado

Solo sirven para un análisis de derecho comparado en estas materias los otros seis Estados que afirman poseer derechos soberanos en la Antártica, ya que únicamente ellos enfrentan una situación político-jurídica relativamente similar a la chilena. De estos, solo Francia aborda los temas antárticos en su Constitución, mediante una norma equivalente a la que se propone incluir en la Nueva Constitución chilena. Ella fue incorporada el año 2003 a la Constitución francesa de 1958, con una modificación menor el 2008¹⁵⁸. Se aplica también la Carta del Medioambiente del 2004, que se entiende directamente vinculada a la Constitución.

Ecuador también aborda a la Antártica en su Constitución, pero lo hace en abierta infracción a sus compromisos internacionales, ya que efectúa el 2008 una reclamación territorial prohibida por el Tratado Antártico, del que es parte desde 1987¹⁵⁹.

5. Similitudes y distinciones con los territorios insulares de Isla de Pascua y Juan Fernández

El 2007 se introdujo en el texto constitucional la siguiente disposición: “Son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández. El Gobierno y Administración de estos territorios se regirá por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas”¹⁶⁰. Se fijó además una norma transitoria¹⁶¹. Una segunda ley agregó el 2012 que “Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7° del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado”¹⁶².

La idea de considerar al TChA como un “territorio especial” semejante a tales territorios insulares fue, aunque incurriendo en confusiones que se estiman graves, parte de una moción parlamentaria presen-

tada el año 2010 y archivada sin mayor tramitación el 2019¹⁶³. Se pretendía equiparar la “Provincia Antártica Chilena” con las señaladas islas.

Ello no tomaba en cuenta que la Provincia Antártica Chilena se compone de las comunas de Cabo de Hornos y de Antártica (TChA), y si bien ambos espacios, desde la Cordillera de Darwin en la Isla Grande de Tierra del Fuego hasta el Polo Sur, se encuentran bajo la absoluta soberanía nacional, el área al sur de los 60° de latitud sur está al mismo tiempo regida por el STA. Es decir, en tales espacios coexiste con la soberanía chilena un régimen de co-gobierno internacional. Esto hace que la realidad política-jurídica de las citadas islas pueda ser equivalente a la de la comuna de Cabo de Hornos, pero es diversa a la del TChA.

6. A modo de conclusión: la norma constitucional propuesta

Se propone consagrar como una norma de la Nueva Constitución lo siguiente:

“El Territorio Chileno Antártico constituye un territorio especial. Sin perjuicio de las normas de Derecho Internacional aplicables, el gobierno y administración de este territorio se regirá por la Ley Antártica Chilena, Ley 21.255 del 2020, y otras normas aplicables, y tendrá como uno de sus objetivos fundamentales la protección del medioambiente antártico y sus ecosistemas dependientes y asociados.

Los derechos fundamentales relativos a la libertad de libre tránsito y permanencia, de propiedad y a la propiedad, de realizar actividades económicas o cualquier otro tipo de actividades, y el ejercicio de aquellos derechos que se concretan mediante prestaciones del Estado, garantizados por esta Constitución o en tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes, se ejercerán en dicho territorio en la forma que determine la Ley Antártica Chilena u otras leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser aprobadas con quórum calificado”.

158 Constitución de la República Francesa (1958), artículo 72-3 inc. 4°.

159 Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 4 inc. 4°, en relación con el Tratado Antártico, artículo IV.2.

160 Constitución Política de la República (2005), artículo 126 bis., inc. 1°.

161 Constitución Política de la República (2005), disposición transitoria vigesimosegunda.

162 Constitución Política de la República (2005), artículo 126 bis., inc. 2°.

163 Boletín N° 7.015-06. “Imágenes antárticas páginas 80 y 85, gentileza del Instituto Antártico de Chile (INACH)”.



Modelos de desarrollo y naturaleza

Dominique Hervé Espejo

El modelo de desarrollo actual está determinado por ciertas disposiciones constitucionales, que, entre otras materias, se refieren a la propiedad sobre los recursos naturales (RRNN).

La propiedad cumple siempre una misma función en lo que dice relación con los RRNN. Constituye el modelo institucional que determina las reglas para la asignación y distribución de la riqueza proveniente de los usos alternativos de tales recursos. Por lo tanto, la distribución de los beneficios ambientales que provee la naturaleza depende —principalmente— de las reglas que configuran la estructura de la propiedad sobre los recursos naturales. El contenido de tales reglas será lo que defina el alcance y los límites del acceso, uso y aprovechamiento de dichos recursos dentro de una sociedad. Es por ello que la titularidad —pública o privada— de los recursos naturales es un antecedente relevante para analizar el modelo de desarrollo de una sociedad.

1. Régimen actual de propiedad y naturaleza según la Constitución

Los recursos naturales se pueden definir como bienes valiosos cuya producción se realiza a través de procesos naturales o sin intervención humana y cuya provisión se encuentra severamente restringida por la naturaleza¹⁶⁴. El artículo 2 letra r) de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) los define de la siguiente manera: *Recursos Naturales: los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos.*

Las definiciones anteriores se caracterizan por su carácter antropocéntrico. Es decir, se definen en su carácter de valiosos para el ser humano. Por lo tanto, actualmente el derecho en materia de recursos na-

turales no reconoce el valor de los componentes de la naturaleza en sí mismos considerados, sino que lo que pretende es determinar el acceso, uso y aprovechamiento de los mismos por parte de los seres humanos.

El régimen jurídico actual aplicable a la naturaleza ha sido desarrollado, en su mayor parte, en función de su explotación y de su rol como fuente de la riqueza económica de una sociedad. Por eso la propiedad ha sido la institución que la ha regulado.

Las actuales normas constitucionales distinguen entre recursos naturales de propiedad privada, que es la regla general; recursos naturales de dominio público; y recursos “comunes a todos los hombres”. La relevancia de esta clasificación tiene que ver con la distinción entre aquellos bienes o recursos naturales que pueden y los que no pueden ser apropiados por los particulares. Esta distinción es importante puesto que los recursos naturales que no son objeto de propiedad privada o no se encuentran declarados por la ley como bienes de dominio público, en la práctica corresponden a bienes de libre acceso con todas las consecuencias que ello implica.

La norma principal en este aspecto es el artículo 19 N° 23 de la actual Constitución: *“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.*

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

Por lo tanto, la regla general es la libre apropiación de los bienes, norma que es funcional al modelo de

164 Young O (1982) Resource Regimes, Natural Resources and Social Institutions. University of California Press, Berkeley y Los Angeles.

economía libre o no planificada que la Constitución consagra a través de los preceptos que forman lo que se ha llamado la “Constitución económica”¹⁶⁵.

Para que un recurso natural sea de dominio público tiene que haber sido declarado como tal por una norma jurídica. La constitución lo establece respecto de los recursos minerales en su artículo 19 N° 24 inciso sexto¹⁶⁶. Respecto de otros recursos, como las aguas, la declaración no se encuentra en la Constitución, sino que en el Código de Aguas y el Código Civil.

Sin embargo, el régimen constitucional de propiedad de los recursos naturales es más complejo todavía. La Constitución actual introdujo la garantía de la propiedad privada sobre los derechos que ejercen los particulares sobre las aguas y los recursos minerales. Es decir, el Estado puede permitir a los particulares el uso y aprovechamiento de los recursos naturales de dominio público, a través de las denominadas “concesiones”. Respecto de los recursos minerales, se trata de “concesiones mineras”. En el caso de las aguas se las ha denominado “derechos de aprovechamiento de aguas”. Respecto de estas concesiones es que la Constitución, en su artículo 19 N° 24, ha garantizado la propiedad privada. En efecto, tanto sobre las concesiones mineras¹⁶⁷, como sobre los derechos de aprovechamiento de aguas¹⁶⁸, la actual Constitución reconoce el derecho de propiedad privada de los particulares. 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.

Al garantizar la Constitución 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. Esto debido a que las facultades del Estado, como

administrador de los recursos naturales de titularidad pública, se debilitan al enfrentarse a derechos de propiedad privada de los particulares sobre su uso. Es esta situación la que se ha criticado fuertemente respecto al estatuto jurídico de las aguas, pero lo mismo ocurre respecto de los recursos minerales.

Así, el Estado se ve fuertemente debilitado en sus capacidades de definir el uso y aprovechamiento de esos recursos. Estas normas son fundamentales para evaluar la gestión que puede hacer el Estado respecto de la definición de usos y fines de los recursos naturales, todo lo cual está íntimamente vinculado con la protección del medio ambiente y con el modelo de desarrollo que una sociedad adopta.

2. Alternativas al régimen actual de propiedad sobre la naturaleza. Breve explicación

a. Derechos de la naturaleza: se ha postulado la idea de reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos. Lo anterior cambia el paradigma establecido actualmente, en la medida que la naturaleza ya no constituye un bien objeto de protección, sino que un sujeto titular de derechos. Países como Ecuador, Colombia, India o Nueva Zelanda han adoptado este enfoque, ya sea a nivel constitucional como jurisprudencial.

b. Estado administrador o guardián de la naturaleza: de acuerdo con esta idea, el Estado más que “propietario” de los recursos naturales, se constituye como un administrador o guardián de la naturaleza, de manera que tiene el deber de protegerla y asignar su uso, con el límite de su preservación para las futuras generaciones. En Estados Unidos se ha planteado una figura que sigue este enfoque mediante el reconocimiento del *Public Trust*.

165 José Luis Guerrero sostiene que la constitución económica adhiere claramente a un modelo capitalista y liberal a través de la garantía constitucional a la propiedad privada preeminente y la libre iniciativa económica. El autor critica la adhesión a un modelo económico en particular en la medida que restringe el manejo adecuado de las coyunturas, relegando al Estado a un rol subsidiario. GUERRERO JL (2000) La Libertad para Desarrollar Actividades Económicas del artículo 19 N° 21 y la Constitución Económica. Revista Persona y Sociedad XIV N° 3, Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales, ILADES, Universidad Alberto Hurtado: 141-156.

166 Artículo 19 N°24, inciso sexto: El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante, la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

167 Artículo 19 N° 24, inciso noveno: «El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número».

168 Artículo 19 N° 24, inciso undécimo: «Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos».

3. Mecanismos de distribución de la riqueza en la constitución

Por último, en cuanto al modelo de desarrollo vigente en la Constitución, se debe mencionar que la normativa actual no favorece mecanismos de distribución de la riqueza dentro de los territorios en que esta se genera. En efecto, por ejemplo, al regular la garantía de igual repartición de tributos (artículo 19 N° 20) la Constitución exige que lo recaudado ingrese al patrimonio de la Nación y, por lo tanto, impide la afectación a un destino determinado, salvo ciertas excepciones. Esta característica de nuestra carta fundamental, poco

abordada desde la perspectiva ambiental, implica en la práctica restricciones a la destinación de fondos para la protección del medio ambiente en ciertos lugares y territorios, limitando mecanismos de redistribución de la riqueza. Así, se plantea la necesidad de abordar *la distribución territorial de beneficios provenientes del uso de los recursos naturales*. Esta idea apunta a establecer un sistema que permita distribuir en los territorios los beneficios provenientes del uso y aprovechamiento de los recursos naturales presentes en dichos lugares. Puede ser a través de la destinación de fondos o el establecimiento de impuestos con destinación territorial.



Constitución y recursos naturales: definiciones sobre el acceso, uso y aprovechamiento y un nuevo modelo de gobernanza¹⁶⁹

Ximena Insunza Corvalán

Las causas de los conflictos socio ambientales son variadas, pero no hay duda que muchos de éstos tienen una vinculación directa con el régimen de propiedad y distribución de los beneficios en el marco de la explotación de los recursos naturales (RRNN). Así lo han sostenido varios autores¹⁷⁰: las causas de los conflictos ambientales se pueden encontrar en la inequidad en el acceso y uso de los recursos naturales y sus servicios ambientales, en una distribución ecológica inequitativa. Al mismo tiempo, las externalidades ambientales no están siendo internalizadas por el modelo económico imperante.

En nuestro país, la matriz económica desde hace décadas se basa en la explotación de los RRNN, estableciéndose un modelo extractivista y de comodificación de nuestra economía, modelo económico que ha traído aparejada la degradación de nuestro medio ambiente y sus componentes, así como una inexorable inequidad social.

Algunos creen que el orden público económico consagrado en la actual Constitución debiera permanecer igual, inalterable. Otros, en cambio, sostienen que su modificación es forzosa e inevitable para transitar a otro tipo de modelo de desarrollo y entendimiento con la naturaleza.

La reforma constitucional en ciernes debe abordar y determinar reglas mínimas para delimitar los regímenes que regulan la propiedad y, en consecuencia, el acceso, uso y aprovechamiento de los RRNN, en relación con la comprensión de la justicia ambiental, en su dimensión distributiva y política.

Determinar cómo accederemos, usaremos y aprovecharemos nuestros recursos naturales en un contexto de modificación de nuestro texto constitucional es ineludible. Es que la determinación de la propiedad de los RRNN resulta indispensable para establecer las nuevas bases de un nuevo entendimiento entre la humanidad y los elementos de la naturaleza.

Nuestra legislación define RRNN en la letra r), de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente como “los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos”. Algunos autores¹⁷¹ han distinguido entre *appropriato*: “todos aquellos bienes que permite a los particulares apropiarse, ya sea directamente o traslativamente y cuya regulación corresponde al derecho civil, y *publicatio*: todas las demás cosas no susceptibles de ser apropiadas por los particulares.

Aquí surge una clasificación posible de RRNN: i) comunes a todas las personas; ii) de dominio público o bienes nacionales de uso público y iii) de dominio estatal o de reserva estatal, todo ello en contraposición con los RRNN de propiedad privada, que otorga el derecho a gozar y disponer de los bienes sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

Con esa clasificación sobre la mesa, las propuestas o alternativas para considerar a los RRNN en la nueva Constitución, en un capítulo especial que se refiera a éstos o al régimen económico, y no sólo en el catálogo de derechos fundamentales, son, a mi juicio, cuatro.

169 Este texto contiene algunas ideas de un artículo de un libro (de mi autoría) que se encuentra en evaluación para mi aprobación, no obstante, ello se han incorporado nuevas ideas y su contenido es distinto y mucho más sintético.

170 Martínez Alier J (2005) El Ecologismo de los Pobres. Conflictos Ambientales y Lenguajes de Valoración. Icaria, Barcelona; Sabatini F. y Sepúlveda C (2002) Conflictos Ambientales, entre la globalización y la sociedad civil, CIPMA. Santiago de Chile.

171 Alejandro Vergara, La *summa divisio* de los bienes y recursos naturales ante la Constitución de 1980.

La primera, es reconocer los derechos de la naturaleza en sí misma, como se ha visto en diversas constituciones recientes, lo cual puede ser un avance, pero, a mi juicio no resuelve el dilema de la propiedad de nuestros recursos naturales. Este hecho dificulta su justiciabilidad y no cambiaría necesariamente las premisas bases del modelo de desarrollo que hasta ahora ha imperado, ni distribuiría el poder de una manera más equilibrada.

Una segunda alternativa sería consagrar que los RRNN renovables y no renovables son de propiedad de la nación y que su uso y aprovechamiento podrá ser habilitado por el Estado a los privados, bajo actos autorizatorios, siempre que se asegure el respeto a su función ecológica y equidad intergeneracional.

Una tercera alternativa podría ser no referirse a la propiedad de los RRNN renovables y no renovables, pero incluir un capítulo especial sobre modelo de desarrollo o en las bases institucionales de la Constitución que su acceso, uso y aprovechamiento deberá ajustarse a un modelo de desarrollo que conserve el equilibrio ecológico.

Por último, una cuarta alternativa es adoptar la doctrina del *public trust*, en la que se “le da al gobierno una potestad complementaria al referirse a una especie de propiedad pública. Si bien el *police power* otorga al gobierno la autoridad para tomar medidas que preserven y protejan los recursos naturales, la doctrina del *public trust* impone también obligaciones al gobierno de hacerlo”¹⁷².

En el contexto actual, la tercera alternativa parece la más viable, y en todo caso, lo más importante es salvaguardar que cada vez que exista un choque entre los derechos privados y el modelo de explotación de RRNN, éstos últimos tengan un régimen de protección, que permita ponerle coto a la degradación ambiental.

Sin embargo, la definición en la Constitución del régimen de propiedad de los RRNN, su acceso, uso y aprovechamiento, no resuelve el problema a cabali-

dad, sino que es preciso reflexionar en otro elemento central que ha estado siempre subvalorado: la coordinación del Estado y un nuevo modelo de gobernanza.

En relación con la obligación de coordinación del Estado, éste debiera ser también un principio rector de la nueva Constitución, y debe abandonarse la coordinación formal para transitar a una sustantiva, eso implica un cambio cultural que permita consagrar espacios de entendimiento que aseguren la interacción de los sectores con otros dentro de la Administración del Estado, que reciban además los aportes de las ciencias y de la ciudadanía. Surge así la necesidad imperiosa de consagrar un modelo distinto de gobernanza en el que los diversos actores —Estado, ciudadanía, conocimiento científico, tradicional, entre otros—, puedan participar en la toma de decisiones sobre el modelo de su uso y aprovechamiento a nivel territorial más localizado, y otras decisiones relativas a la gestión ambiental.

Lo anterior implica tomarse en serio la descentralización, la distribución del poder, y precisa asegurar la coordinación de los distintos organismos —en su amplia concepción— a la hora de elaborar políticas públicas relativas a los RRNN, a gestionar los diversos instrumentos de gestión relativo a ellos y la de fiscalizar los actos administrativos autorizatorios —también en sentido amplio— que tienen por objetivo su acceso, uso y aprovechamiento, y posteriormente la mantención de los ecosistemas.

En conclusión, a mi juicio, la Constitución, debe contener principios mínimos que determinen el régimen de propiedad, y en consecuencia, todo su acceso, uso y aprovechamiento, abarcando todo el ciclo regulatorio en materia de RRNN, desde la formulación de políticas públicas, gestión ambiental hasta la fiscalización y sanción, y cada una de estas etapas la ciudadanía, las ciencias y todos los otros actores deben jugar un rol, asegurando que el resultado de este proceso sea incidente, pero además que el Estado actúe de manera coordinada, sólo de esta manera podremos avanzar a un nuevo entendimiento con la naturaleza y la relación de interdependencia que nos vincula con ella.

172 Bauer C, Blumm M, Delgado V, Guiloff M, Hervé D, Jiménez G, Marshall P y McKay T (2021) Protección de la naturaleza y una nueva Constitución para Chile: lecciones de la doctrina del Public Trust. The Chile California Conservation Exchange (CCCX), California.



Extractivismo en Chile: los negocios de exportación forestal y agrícola, basados en monocultivos de pino, eucalipto y palto

Cristián Frêne Conget

Introducción

Chile tiene una economía abierta al mundo, basada en la exportación de bienes obtenidos directamente de la naturaleza, donde los modelos forestal y agrícola orientados a la exportación tienen una alta relevancia, ya que están entre los 5 sectores de la economía que más aportan al PIB nacional, junto a la minería, la acuicultura y el turismo. Sin embargo, estos modelos no benefician de manera igualitaria a la población chilena, ya que se trata de nichos de negocio altamente concentrados en pocas corporaciones privadas, quienes logran un enorme lucro a partir de las millonarias ganancias que obtienen en ambos rubros, pero socializan las llamadas externalidades negativas, con graves efectos ambientales y sociales. Es decir, el modelo extractivista chileno no se hace responsable de los efectos adversos que genera su actividad en los territorios donde se desarrolla, impactando negativamente la vida de los habitantes de esos territorios.

Los impactos socio-ambientales del modelo forestal y agrícola están documentados, pero se encuentran dispersos en un sinnúmero de artículos científicos y técnicos de diversas disciplinas —forestal, agrícola, hidrológica, social, antropológica, entre otras—, así como libros e informes de carácter nacional e internacional. A continuación, se entrega una síntesis de estos estudios y se ha dispuesto un anexo con referencias bibliográficas para poder indagar de manera detallada en los temas aquí planteados¹⁷³.

Modelo Forestal

El modelo forestal exportador se basa en monocultivos de pino, principalmente *Pinus radiata*, y euca-

lipto, mayoritariamente las especies del género *Eucalyptus*, *globulus* y *nitens*. Genera 140 mil empleos y está concentrada en dos grandes corporaciones chilenas, Arauco (Familia Angelini) y CMPC (Familia Matte), además de empresas transnacionales de menor tamaño en Chile. Están agrupadas en la Corporación Chilena de la Madera (CORMA), junto a cerca de 180 personas jurídicas y naturales, donde controlan toda la cadena de producción, transformación de la madera y exportación, que es regulada por los dos grupos principales, ARAUCO y CMPC. El modelo forestal cuenta con cerca de 3 millones de hectáreas de monocultivos forestales (65% pino y 30% eucaliptos), distribuidos principalmente entre las regiones del Maule y Los Lagos, alcanzando su mayor expansión en las Regiones del Biobío y el Maule.

El sector forestal en Chile aporta al crecimiento económico del país, sin embargo, la historia e investigación de los monocultivos forestales muestra que no ha sido planificado en base a la sustentabilidad ni al bienestar de todos los chilenos. A partir de la segunda mitad del siglo XX se crearon empresas del Estado en el área forestal, a iniciativa de CORFO. Posterior al golpe de estado de 1973, en 1974 se dictó el Decreto Ley 701 sobre Fomento Forestal, otorgando incentivos para la forestación y recuperación de suelos degradados e iniciando un proceso privatizador de 30 grandes empresas estatales con enormes pérdidas monetarias para el fisco por los bajos precios de venta. Del total de plantaciones bonificadas por el Estado hasta el año 1997, sólo un 6% correspondió a pequeños propietarios y 94% a medianos y grandes propietarios. En 1998 se dicta la Ley 19.561 que incentiva la plantación forestal en terrenos de pequeños propietarios, pero solo el 38% del total plantado (227.491 hectáreas) fue forestado por pequeños propietarios y

173 Listado de Referencias disponible en <https://drive.google.com/file/d/1ut1VAGo06DutBCL9uLwXJdW3MAZ-snYZ/view?usp=sharing>

el 62% por medianos y grandes propietarios, utilizan un subterfugio legal.

Actualmente las plantaciones forestales de especies exóticas sustentan una economía centrada en las exportaciones y basada principalmente en la producción de fibra para celulosa y papel. La celulosa representa cerca del 50% de las exportaciones de productos forestales, cuyos destinos son China, EEUU, Europa y Japón. El acelerado crecimiento de la industria forestal chilena en las últimas décadas genera divisas por exportaciones desde U\$855 millones en el año 1990 hasta los U\$5.000 millones de dólares en el año 2019, marcando un máximo histórico de U\$6.800 millones en 2018.

Más del 70% de las ganancias de las exportaciones del sector forestal en Chile son percibidas por tres grandes conglomerados. ARAUCO y CMPC son los grupos económicos propietarios de todas las plantas de celulosa en Chile. Si agregamos a MASISA, entre los tres concentran en el año 2010 el 36% de los viveros forestales, 64% de las plantaciones forestales, 26% de los aserraderos, 37% de la producción de astillas, 75% de tableros y 81% de papeles y cartones.

En la Región del Biobío se encuentra el 43% de los trabajadores forestales y sólo entre el 25 y 30% de ellos tiene contrato permanente. Los niveles de ingreso de los trabajadores forestales muestran que el 82% se encuentran bajo la línea de la pobreza. De todos los segmentos laborales —área productiva, transporte y servicios—, la subcontratación corresponde al 42% en 2010. Esta fragmentación dificulta la generación de derechos colectivos para los trabajadores. El transporte está tercerizado y subsiste bajo presiones permanentes a la baja en sus tarifas para aumentar la eficiencia económica.

El modelo forestal genera diversos impactos ambientales, como la sustitución de bosque nativo, impactos a la biodiversidad, suelos y agua provocados por los métodos de cultivo y cosecha, junto con el efecto devastador de incendios forestales. Además, la contaminación de la industria transformadora de la madera es relevante y no ha sido monitoreada adecuadamente.

En el centro del modelo forestal (entre los ríos Maule y Cobquecura), se registró una reducción de bosque nativo equivalente a un 67% de la superficie original entre 1975 y 2000, principalmente sustituido por monocultivos forestales. Actualmente la sustitución continúa en las regiones del sur (Araucanía a Los Lagos).

Otro aspecto atribuido a las plantaciones de especies exóticas es que disminuyen la productividad de los suelos por la erosión asociada al sistema de cosecha a tala rasa y la demanda de nutrientes de las especies de rápido crecimiento. El modelo forestal chileno homogeneizó el manejo actual de la tierra, utilizando ciclos de rotación corta, sin franjas de protección ribereña y conectando las zonas taladas entre ellas y con las redes fluviales a través de caminos forestales. Se reconoce además que el consumo de agua de especies de rápido crecimiento como el pino y eucalipto, junto con el manejo silvícola —cosechas, forestaciones, construcción de caminos, fumigaciones— modifican tanto la cantidad como la calidad del agua superficial, afectando negativamente la regulación del ciclo hidrológico local, que se evidencia en el descenso del rendimiento hídrico de las cuencas forestadas del sur de Chile.

La industria de la celulosa es altamente contaminante, como ha quedado demostrado con el funcionamiento de las plantas de celulosa Valdivia, Nueva Aldea, Arauco, Licancel, Constitución, Nacimiento y Santa Fe, entre otras. Los impactos más importantes se refieren a la contaminación de aguas superficiales y borde costero, junto a la contaminación del aire, que genera malos olores que se extienden a varios kilómetros alrededor de las plantas. El sector costero y de secano de la Región del Biobío son representativos, donde las comunas de Nacimiento y Arauco han sido zonas de sacrificio del sector forestal por décadas, con una alta concentración de la superficie con plantaciones forestales y complejos industriales de producción de celulosa.

Los principales impactos sociales del modelo forestal en los territorios donde se desarrollan las plantaciones y la industria se relacionan con la pobreza rural y contribuyen a la pérdida de diversidad cultural y económica del sector rural. En la actualidad, las regiones donde se desarrolla el modelo forestal son las que ostentan los Índices de Desarrollo Humano más bajos y las peores condiciones de distribución del ingreso en Chile. Las cifras señalan que el sector forestal, si bien no es el responsable exclusivo, al menos no ha contribuido a mejorar la situación socio-económica de los habitantes de estas regiones.

El conflicto por la propiedad de la tierra y el agua es intenso en territorios que ancestralmente fueron habitados por el Pueblo Mapuche. Diversos investigadores, abogados, historiadores y comunidades plantean que en el proceso de expansión forestal se incluyeron considerables extensiones de tierras que fueron

usurpadas. Esta situación de usurpación de tierras y compra fraudulenta también afecta a miles de familias campesinas y de colonos, sin embargo, no ha sido documentada adecuadamente.

En resumen, el modelo forestal genera problemas socio-ecológicos debido a que la toma de decisiones de las empresas forestales en los territorios donde tienen su patrimonio afecta a los ecosistemas y sus habitantes. Esto no es considerado por los inversionistas privados cuando deciden la ubicación de las plantaciones e industrias de transformación de la madera, ni tampoco por el Estado cuando implementa incentivos a la actividad forestal exportadora.

Finalmente, las familias que dominan el modelo forestal (Angelini y Matte) tienen alta influencia política y han sido parte del financiamiento ilegal de la política, colusiones (e.g. confort, precio de metro ruma para celulosa) y tráfico de influencias en los distintos poderes del Estado. Estos casos fueron expuestos en años previos por la prensa y el Poder Judicial chileno, pero rápidamente acallados con los mecanismos aplicados por la Fiscalía Nacional y el SII para no perseverar en la búsqueda de responsables de estos delitos, junto al silencio cómplice de toda la clase política.

Las principales propuestas para modificar el sector forestal chileno son: i) desconcentrar el poder permitiendo la incorporación de pequeños y medianos propietarios forestales, y disminuir el acaparamiento de la propiedad de la tierra y la industria en pocas familias, ii) desarrollar un proceso de planificación territorial que permita ordenar y limitar las actividades forestales en el tiempo, teniendo consideración por las otras actividades humanas en los territorios y, iii) aplicar prácticas de manejo con criterios ecológicos que permitan recuperar suelos, aumentar la diversidad biológica y considerando un límite a la producción basado en la capacidad de carga de los ecosistemas.

Modelo agroexportador

El modelo agroexportador basado en monocultivos de palto (distintas variedades de *Persea americana*) genera 38.000 empleos y está concentrada en aproximadamente 50 empresas, agrupados en el Comité de Paltas de Chile, con una superficie de cultivo cercana a las 30.000 hectáreas, concentradas en la Región de Valparaíso por su clima mediterráneo. En la temporada 2019-2020 Chile produjo 168.000 toneladas de palta, de las cuales 28% fue consumida en Chile y

72% fue exportada principalmente a Europa, Estados Unidos, China y Argentina.

La zona mediterránea de Chile es única en el planeta por su gran biodiversidad y altos endemismos, y ha sido considerada uno de los 25 sitios prioritarios para la conservación mundial (hotspot de biodiversidad). Sin embargo, el uso histórico ha generado cambios de uso de suelo que han impactado gran parte del paisaje. La destrucción de los ecosistemas nativos de Chile central, principalmente espinales de *Acacia caven* y bosque esclerófilo, para su sustitución por plantaciones agrícolas implica la remoción de la biomasa original y la posterior labranza del suelo, que genera pérdida de biodiversidad, carbono y estabilidad estructural del suelo. Lo anterior desencadena una serie de impactos ambientales.

A pesar de tener un reconocimiento como zona de importancia global para la conservación de la biodiversidad, concentra los ecosistemas más amenazados de nuestro país y tiene los niveles más bajos de superficie protegida por el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado. Por estas razones esta zona es considerada como ejemplo de “colapso ecosistémico”, es decir, son ecosistemas con un nivel máximo de degradación y en un proceso cuya trayectoria solo genera más degradación y homogeneización del paisaje.

Desde el año 2010 en el centro de Chile ha prevalecido una secuencia ininterrumpida de años secos, denominada mega sequía, con déficit anuales de lluvia que oscilan entre el 25 y el 45%. Esta zona enfrenta el período seco más severo en los últimos 700 años, que ha significado la disminución de hasta el 90% de los caudales de ríos, embalses y niveles de agua subterránea, con una merma sustancial en la productividad de la vegetación, pero con una mezcla en el paisaje de parches verdes en tierras de cultivo bajo riego y cafés en la vegetación nativa.

En la zona centro de Chile existe una expansión exponencial de la superficie plantada con monocultivos de palto en los últimos 35 años, que se concentra en las cuencas de los ríos Aconcagua (de 700 hectáreas en 1988 a 12.000 hectáreas en 2018) y Petorca. El incremento más importante en la superficie de monocultivos de palto (mayor a 5.000 hectáreas), ocurrió durante la mega sequía de los últimos 10 años.

La demanda hídrica de plantaciones de palto es entre 5 y 14 veces mayor que el ecosistema nativo de espinal. Se ha registrado una evapotranspiración de entre

128 y 139 mm/año en ecosistemas de espinal, mientras la evapotranspiración de cultivos de palto puede llegar a cifras de 700 y 2.000 mm/año en zonas bajas y altas elevaciones, respectivamente, para la Región de Valparaíso. El consumo de agua para riego alcanza hasta el 18% de la precipitación media anual. Este volumen extraído es similar al déficit medio anual de precipitación del periodo que comprende la mega sequía.

En el río Petorca se han registrado bajas inusuales en la escorrentía medida durante la mega sequía, lo que no puede explicarse completamente por las condiciones meteorológicas. Las extracciones de agua para la agricultura intensiva, sumado a las mayores tasas de evapotranspiración de los paltos, juegan un papel importante en la crisis hídrica.

A esto se debe agregar que en la Región de Valparaíso existe una superficie actual de suelos erosionados de 907 mil hectáreas, que representa el 57% de la superficie regional. Cabildo, Petorca y San Esteban son las comunas con la mayor superficie de suelos erosionados bajo las categorías “severa” y “muy severa”. Las tasas de erosión del suelo y de escorrentía en laderas plantadas con palto no son ecológicamente sostenibles bajo las prácticas de cultivo actuales. Además, se han registrado altas concentraciones de herbicidas en el agua de escurrimiento superficial.

Los ecosistemas de *Acacia cavendishii* capturan entre 0,5 y 1,1 toneladas de carbono por hectárea al año, contribuyendo activamente en la captura de dióxido de carbono, mientras las formaciones dominadas por otras especies del bosque esclerófilo de importancia, como Peumo y Quillay, pueden almacenar hasta 2,7 toneladas de carbono por hectárea al año. La capacidad de almacenamiento de carbono también se ve afectada por el reemplazo de estas especies por cultivos de agricultura intensiva como el palto. La sustitución de bosque nativo por agricultura implica la pérdida de entre 42% y 59% del carbono almacenado en el suelo y biomasa del ecosistema original y las prácticas de manejo en los monocultivos de palto significa la pérdida de un 39% del carbono almacenado en el suelo.

Por lo tanto, los ecosistemas esclerófilos dominados por *Acacia cavendishii* actúan como sumideros de carbono y presentan bajos requerimientos hídricos, resguardando la calidad y cantidad de las aguas sub superficiales. Además, estos ecosistemas favorecen

la fijación de nitrógeno atmosférico en el suelo, por ser leguminosas, mejorando su fertilidad. En el escenario actual de cambio climático, su conservación es fundamental para enfrentar la sequía y adaptarse a los escenarios futuros de anomalías climáticas.

En cuanto a los impactos sociales, las comunidades locales han manejado de manera sostenible los cultivos funcionales a sus modos de vida durante milenios, sin embargo, el monocultivo de “superalimentos” como la palta los ha reemplazado al convertirse en productos básicos globales con una gran demanda, en detrimento de los policultivos tradicionales. La producción de monocultivos está dominada por corporaciones privadas, que favorecen las ganancias a corto plazo sobre la sostenibilidad a largo plazo. La dominación de estas corporaciones podría seguir erosionando los sistemas alimentarios locales, que en muchos casos eran saludables, sostenibles y socialmente justos.

Actualmente el monocultivo de paltos genera problemas socio-ecológicos en Chile, ya que existe una fractura socio-metabólica en los territorios de la provincia de Petorca, ocasionada por la intensificación de la exportación frutícola. Esta fractura ha vuelto inviables formas de vida preexistentes, en particular los modos de vida campesinos, al integrar a la provincia al mercado internacional de la fruta. A modo de ejemplo, en la actualidad el Municipio de Petorca registra más de 2.000 personas que dependen de camiones aljibe para el suministro de agua, lo que corresponde al 20% de la población total de la cuenca del río Petorca, que no disponen de agua para poder criar animales y/o plantar los cultivos básicos para su alimentación.

Las principales propuestas para modificar el sector agroexportador chileno son: i) permitir la incorporación de pequeños y medianos propietarios agrícolas, y disminuir el acaparamiento de agua por parte de las corporaciones privadas, ii) desarrollar un proceso de planificación territorial a escala de grandes cuencas (e.g. cuenca del río Petorca) que permita ordenar y limitar las actividades productivas en el tiempo, teniendo consideración por las otras actividades humanas en los territorios y, iii) aplicar prácticas de manejo con criterios ecológicos que permitan recuperar suelos, aumentar la diversidad biológica y considerar un límite a la producción, basado en la capacidad de carga de los ecosistemas.



Constitución y Minería

Liliana Galdámez Zelada

La minería en la Constitución de 1980 ha sido abordada desde la perspectiva del desarrollismo, no existen en la Constitución referencias específicas a esta actividad ni a su relación con el entorno, los territorios y las comunidades.

La minería se ha abordado en la Constitución a partir del derecho de propiedad. Es la propiedad de los recursos mineros lo que despertó el interés de la Comisión Ortúzar y de las otras instancias que participaron en su redacción¹⁷⁴.

El régimen de propiedad de la minería o asociado a ella, podríamos decir que tiene al menos tres titulares, por una parte, el dominio estatal de las minas, por otro, el dominio que corresponde a los titulares de las concesiones mineras y el reconocimiento de los derechos de propiedad de la superficie de los yacimientos mineros. Intervienen en el proceso de constitución de una concesión minera el Juez y el Presidente, según el ámbito minero al que nos referimos. Otras formas de control o de valoración ambiental en la Constitución no existen, ni organismos

174 Constitución, Artículo 19 No 24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

-Sólo 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.

-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. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

-A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

-La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

-El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

-Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

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

-El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

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

-Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.

técnicos que desarrollen valoraciones del impacto en el territorio, sus entornos, el agua. Estas valoraciones se contienen en normas infra constitucionales, más no en la Constitución.

Resulta paradigmático que lo que interesa a la Constitución sea el régimen de propiedad y de concesiones mineras, y las formas y modos en que se otorgan las concesiones. ¿Dónde reside la singularidad de este tratamiento? En la constitucionalización del régimen de propiedad minera, en la constitucionalización del régimen administrativo de la concesión minera, en establecer competencia de autoridades como las que caben al Presidente, sin referencias a las reglas que rigen su actuación en la materia, con atribuciones que no se fundamentan en criterios objetivos, menos ambientales, que como señalé son propias del régimen presidencialista que la Constitución desarrolla. Esta constitucionalización, por otra parte, no se extiende a las consideraciones ambientales y la minería. A esto se debe agregar, el derecho de aprovechamiento de aguas que consagra la Constitución en el inciso final del artículo 19 No 24.

Por el contrario, en el derecho comparado, particularmente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, se desarrollan principios y grandes criterios que rigen la actividad minera, sin referencias a su régimen administrativo en la Constitución, ni se reconocen derechos de aprovechamiento de aguas.

La Constitución carece de principios en torno a la forma, el sentido, los resguardos, los impactos que tiene la actividad minera.

No existen consideraciones ambientales respecto a la minería, y si estuvieran implícitas en la Constitución, podríamos considerar que se trata de cláusulas dormidas, además, no se le delimita un campo para las actuaciones del juez y del Presidente en esta materia.

I. ¿Qué se dice de la propiedad?

A) Dominio estatal: El Estado tiene el dominio absoluto, *exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas... con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas.*

B) Límites a los propietarios de los predios superficiales: *Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para*

facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Esta limitación no considera los territorios, las personas ni las comunidades como una dimensión a considerar en esta explotación;

C) Concesiones de exploración y explotación minera: *Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional.*

Es el juez quién define esas concesiones, que serán por resolución judicial, sin estudio de los impactos ambientales de la minería de la Constitución, estas no se consideran como un asunto de relevancia constitucional, no obstante, se debe precisar que es en el ámbito infraconstitucional donde tales consideraciones pudieran desarrollarse a través de los procedimientos e institucionalidad ambiental.

D) Interés público: “La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”. No existe un desarrollo interpretativo de esta obligación. Las interpretaciones de tal interés público se relacionan con el pago de patentes o el desarrollo efectivo de la actividad de exploración o explotación minera.

E) El amparo y protección de la concesión minera delegado en la Ley Orgánica Constitucional: “*Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión*”;

F) Terminación y extinción de la concesión minera de competencia del poder judicial: “*Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho*”;

G) Derecho de propiedad sobre la concesión de exploración o explotación: “*El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número*”;

H) Sustancias no susceptibles de concesión se pueden ejecutar por el Estado, sus empresas o por medio

de concesiones administrativas o contratos especiales, bajo las condiciones que fije el Presidente: *“La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo”*;

I) Yacimientos en las aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional o en zonas que la ley se declaren de importancia para la seguridad nacional se pueden ejecutar por el Estado, sus empresas o por medio de concesiones administrativas o contratos especiales, bajo las condiciones que fije el Presidente que les puede poner término con la indemnización respectiva: *“Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional;*

J) Derecho de aprovechamiento de aguas: *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”*.

II. La minería en el constitucionalismo comparado

Ecuador: Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos...

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los

lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre...

11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales

Sección cuarta Recursos naturales

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.

Sección quinta

Suelo Art. 409.- Es de interés público y prioridad nacional la conservación del suelo, en especial su capa fértil. Se establecerá un marco normativo para su protección y uso sustentable que prevenga su degradación, en particular la provocada por la contaminación, la desertificación y la erosión. En áreas afectadas por procesos de degradación y desertificación, el Estado desarrollará y estimulará proyectos de forestación, reforestación y revegetación que eviten el monocultivo y utilicen, de manera preferente, especies nativas y adaptadas a la zona.

Art. 410.- El Estado brindará a los agricultores y a las comunidades rurales apoyo para la conservación y restauración de los suelos, así como para el desarrollo de prácticas agrícolas que los protejan y promuevan la soberanía alimentaria.

Sección sexta

Agua Art. 411.- El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos

asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

Art. 412.- La autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico.

Biosfera, ecología urbana y energías alternativas

Art. 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.

Art. 414.- 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.

Art. 415.- El Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes. Los gobiernos autónomos descentralizados desarrollarán programas de uso racional del agua, y de reducción reciclaje y tratamiento adecuado de desechos sólidos y líquidos.

Se incentivará y facilitará el transporte terrestre no motorizado, en especial mediante el establecimiento de ciclo vías.

III. Propuestas

Que la Constitución incorpore y desarrolle principios para la explotación de la minería, bajo supuestos de sustentabilidad;

Que el Estado impulse una economía diversificada, sustentable, ampliando la matriz de la actividad económica hacia la ciencia, la innovación, el conocimiento;

Que reconozca que la explotación minera se desarrollará considerando sus impactos en el territorio, que la valoración ecosistémica de tales impactos incidirá en los criterios para su explotación;

Que los beneficios económicos que deriven de esta función, atiendan el interés público presente en la minería y los aportes económicos que de ella se desprendan;

Que se creen obligaciones para el titular de la concesión minera en cuanto la protección, restauración, recuperación de los territorios afectados por su actividad;

Que el régimen de concesiones minera sea eliminado de la Constitución y abordado en el ámbito legislativo (véase Folchi, este volumen);

Sin derechos de aprovechamiento de aguas;

Que la Constitución reconozca el derecho humano al agua y al saneamiento.



Nueva Constitución: el fin de los privilegios mineros

Mauricio Folchi

La actividad minera goza en nuestro país de una condición jurídica privilegiada. El código de Minería de 1983 y la Constitución establecen la primacía de la propiedad del subsuelo sobre la propiedad superficial. Esto significa que los propietarios de los terrenos superficiales no pueden oponerse a los trabajos de exploración y explotación minera que los titulares de concesiones mineras deseen realizar en sus terrenos. Asimismo, el Código establece su primacía sobre el Código de Aguas en relación al aprovechamiento de las llamadas “aguas del minero” (aguas que se captan en las labores de exploración o explotación minera) y que quedan excluidas del sistema de gestión de las cuencas. Si sumamos a esto el enorme poder económico de los proyectos mineros y las debilidades del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, nos encontramos con un escenario político de enorme asimetría de poder y creciente conflictividad en los territorios a consecuencia de los impactos ecológicos y socioambientales de los proyectos mineros. Una nueva Constitución debería suprimir el privilegio minero y redistribuir el poder.

El rango constitucional y la naturaleza de la propiedad minera

La Constitución establece que las minas pertenecen al Estado y que éste las entrega en concesión a los particulares, quedando los predios superficiales sometidos a las obligaciones y limitaciones que la exploración, explotación y beneficio de dichas minas requiera (Art. 19, N° 24). Esta concepción de la propiedad minera existe en Chile desde los tiempos de la Colonia. Todas las ordenanzas de minería promulgadas en España y América desde el siglo XVI (e incluso antes) la definen en esos términos. Esta misma concepción se recogió en los distintos códigos que han regulado la actividad minera durante la República, incluido el Código Minero de 1983 (véase Anexo).

Aunque parezca contradictorio que el Estado se declare dueño de las minas y, acto seguido, conceda

a los particulares la propiedad de las mismas, esta fórmula —conocida como “regalía minera” o “libertad de minas”— responde a una cierta lógica económica y jurídica, que fue incorporada a muchas legislaciones. Lo singular de la propiedad minera chilena no es, por lo tanto, esta aparente contradicción, sino el hecho que esta definición tenga rango constitucional, lo cual es absolutamente innecesario. Contrariamente a lo que se pudiera pensar, esto no fue una innovación de la dictadura, sino del gobierno de la Unidad Popular que en julio de 1971 nacionalizó la gran minería del cobre mediante una reforma constitucional (Ley 17.450). Para darle sustento jurídico a dicha acción fue necesario modificar los atributos de la propiedad definidos en la Constitución y, al mismo tiempo regular la propiedad minera para hacer posible su nacionalización. Al hacer esto la actividad minera adquirió rango constitucional, con el blindaje que ello implica.

Junto con esto, la Ley 17.450 hizo una pequeña pero trascendente modificación al derecho de propiedad contenido en la Constitución, añadiendo la palabra “nacionalizar” al dominio de los recursos naturales. Esta modificación aprovechaba la profunda reforma del derecho de propiedad que hizo Eduardo Frei Montalva en 1967, y que era imprescindible para implementar la Reforma Agraria (y también la reforma urbana que se propuso). En su versión original, la Constitución de 1925 limitaba la propiedad en función de “los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública” (Artículo 10, N° 10). La reforma impulsada por Eduardo Frei (Ley 16.615) llevó más lejos la noción de “interés general”, introduciendo el principio de función social de la propiedad, lo cual significaba someter la propiedad al “mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”. Junto con eso, estipuló que la Ley podría “reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país”.

El rango constitucional conferido a la actividad minera tiene un origen paradójico. Fue creado con un propósito completamente opuesto al que sirve hoy. La idea era someter el interés particular al interés de “la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”. Superada la Dictadura y derogada su Constitución, se abre la posibilidad de reanudar la discusión sobre el derecho de propiedad, retomándola en el punto en que se encontraba en 1967.

El “interés general” como fundamento del privilegio minero

En la tradición jurídica española, la fórmula de la “regalía minera” o “libertad de minas” se remonta al Antiguo Régimen, es decir, a una época pre-capitalista y pre-democrática. En esa época los metales eran considerados la principal fuente de riqueza de las naciones y eran la partida principal del ingreso fiscal. En ese contexto resultaba lógico incentivar a los particulares a descubrir y explotar las minas, especialmente las de oro y plata, metales que eran la base del sistema monetario internacional, a cambio de un impuesto sobre el valor del producto (en el caso del oro, el llamado “quinto real”). Podría decirse que esta fórmula se correspondía con lo que hoy llamamos “el interés general”. Así lo expresan las Reales Ordenanzas de la Minería de Nueva España (1783):

“atento a que siempre debe considerarse en ella la dureza, dificultad e incertidumbre que es propia i natural de este jénero de trabajo, i a que sus preciosos productos son en lo que ha querido situar la Providencia la especial dotación de mis dominios en la América española, i por esto la primera fuente de donde procede el provecho i felicidad de mis vasallos, la conservación y aumento de mi erario, i el jiro i movimiento del comercio de estos i aquellos dominios, i aun en gran parte de todo el mundo” (Título XIX, Art 1°).

Mucho antes de esta declaración, y con el mismo espíritu de incentivar y facilitar la actividad minera, fue introducido el principio del privilegio minero sobre los terrenos superficiales. En las Ordenanzas de Minería promulgadas durante el reinado de Felipe II (1584) se estableció que:

qualesquier personas, aunque sean estrangeros, puedan libremente buscar minas de oro, i plata, i las demás, que por estas nuestras Ordenanzas van declaradas, i catar, i hacer todas las diligencias ne-

cesarias para el descubrir los dichos metales en todos los dichos nuestros Reinos, i Señoríos [...] en los campos, montes, valdíos, ejidos, dehesas nuestras, i de Pueblos, o de personas particulares, i en cualesquier heredades, sin que en ello por los Señores de las dichas dehesas, i heredades, ni por otra persona alguna se les pueda poner, ni ponga impedimento, ni contradicion: i si fuere necessario cabar, i ahondar en las dichas dehesas, i heredades, lo puedan hacer, con que, si hicieren daño, la Justicia de minas [...] lo mande pagar. (Cap. XVI)

Asimismo, se estableció que los mineros podían extraer la leña y madera que necesitaran de los bosques y terrenos baldíos cercanos “sin pagar por ello cosa alguna” para construir sus instalaciones y hacer funcionar sus ingenios (Cap. XLIX). Para esos mismos propósitos se les autorizaba a captar agua de los ríos y arroyos cercanos “libremente en la parte, i lugar que más acomodo y menos costa les viniere, i ellos quisieren” (Cap. LII). Similares privilegios y servidumbres fueron incorporados a las legislaciones coloniales y republicanas posteriores, creando así una tradición de privilegio minero que, con el correr de los años, fue perdiendo todo su fundamento racional, transformándose simplemente en un privilegio propio del orden colonial, al que los intereses mineros se han aferrado durante siglos.

Conclusión

Hace mucho tiempo que los intereses mineros no representan en nuestro país el “interés general”. En consecuencia, no existe ningún fundamento para que este sector conserve sus privilegios, empezando por su rango constitucional, el cual debe ser eliminado, como tampoco la primacía de los derechos de propiedad del subsuelo sobre los terrenos superficiales (o ecosistemas terrestres). Asimismo, la recuperación de la noción de *función social de la propiedad* en la nueva Constitución (junto con la noción de función ecológica de la propiedad) invita a poner “la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes” por encima de la legítima aspiración de rentabilidad del negocio minero y darle un sentido distinto al uso y explotación de estos recursos, así como del resto de los recursos naturales (en caso que esta noción se quiera conservar). Desprovista de sus privilegios coloniales, la actividad minera se verá en la obligación de diseñar y operar sus proyectos con criterios genuinos de sustentabilidad y renunciar a aquellos proyectos donde no es posible hacer esto.

Anexo

Constitución de la República de Chile (1981)

Artículo 19. 24°. “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso, dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.”

Reales Ordenanzas de Nueva España (1783)

Tit. 5°, Art. 1°. Las, minas son propias de mi Real Corona, así por su naturaleza y origen, como por su reunión dispuesta en la ley [...].

2°. Sin separarlas de mi Real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendadas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda, o de cualquiera otra manera enajenar el derecho que en ellas les pertenezca, en los mismos términos que lo posean y en personas que puedan adquirirlo.

3°. Esta concesión se entiende bajo de dos condiciones: la primera, que hayan de contribuir á mi real Hacienda la parte de metales señalada; y la segunda, que han de labrar y disfrutar la Minas cumpliendo lo

prevenido en estas Ordenanzas, de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se falte al cumplimiento de aquellas en que así se previniere, y puedan concedérsele á otro cualquiera que por este título las denunciare.”.

Código Civil (1855)

Art. 591. El Estado es dueño de todas las minas [...], no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra, en cuyas entrañas estuvieren situadas. [...] Pero se concede a los particulares la facultad de acatar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso; la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños”.

Ley 17.450 (16 de julio de 1971)

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

La ley determinará qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso anterior [...] podrán ser objeto de concesiones de exploración o de explotación, la forma y resguardos del otorgamiento y disfrute de dichas concesiones, la materia sobre que recaerán, los derechos y obligaciones a que darán origen y la actividad que los concesionarios deberán desarrollar en interés de la colectividad para merecer amparo y garantías legales.

Constitución de la República de Chile (1925)

“La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

Cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.”



Agua, suelo y propiedad

Yasna Contreras & Manuel Prieto

1. ¿Desde dónde nos posicionamos?

En Chile existe una desigual distribución de beneficios y cargas asociadas al acceso al suelo y al agua. Si bien existen asimetrías históricas, esta situación se ve reforzada por el régimen constitucional de 1980 que promueve, defiende y da garantías a la apropiación privada, modelos de distribución de libre mercado y usos productivos destinados solo a alcanzar beneficios económicos. La desigual repartición de externalidades y beneficios ha sido perjudicial para actores y actoras más vulnerables, ya sea residentes de espacios urbanos o rurales; como humanos y no-humanos. Ante este escenario de inequidad hídrica y territorial, surge la pregunta ¿cómo una nueva constitución puede definir las condiciones para asegurar Justicia Territorial e Hídrica?

Nuestras investigaciones evidencian que en el actual modelo de acceso, distribución y aprovechamiento del suelo^{175, 176}, y el agua¹⁷⁷, la mayoría de los perdedores son comunidades o grupos cuya capacidad de participación y negociación se ha visto constreñida por condiciones históricas de exclusión. La dictadura privatizó el suelo planteando como tramposa tesis que el “suelo no era un recurso escaso”. La cuestión central era para qué y quién no sería escaso, y qué transformaciones produciría en el tiempo en cuanto a concentración de la propiedad y altos niveles de especulación y valoración del suelo, especialmente para inversiones inmobiliarias, comerciales o propias de una economía terciaria.

Durante la dictadura se privatizaron los derechos de agua y su distribución¹⁷⁸. Estas acciones han derivado

en un mercado de aguas y suelos que han reconfigurado los paisajes culturales e hídricos de diferentes comunidades en Chile mediante la apropiación privada y la distribución hacia actores con mayor poder económico. Con ello, se han reproducido patrones de exclusión históricas, como producidas nuevas formas de marginación. A escala nacional, estas dinámicas se pueden evidenciar en injusticias territoriales; específicamente en zonas de sacrificio o territorios expuestos a sobreexplotación y nula reparación.

Ante este desigual escenario de gestión neoliberal del agua y del suelo, nuestra minuta gira en torno a tres dilemas: ¿cómo balanceamos el poder?; ¿cómo reproducimos el poder en torno a la gestión justa del agua y el suelo?; y ¿cómo avanzamos a un equilibrio que asegure justicia territorial e hídrica?

La Tabla 1 resume algunas barreras que debe sortear una nueva constitución para avanzar hacia la Justicia Territorial e Hídrica:

2. ¿Qué debemos transformar desde la actual Constitución?

Algunas preocupaciones que debieran ser abordadas en el proceso constituyente y en la redacción de una nueva constitución son las siguientes:

2.1. Constitución extemporánea

La Nueva Constitución llegará en un momento en el que distintos cuerpos normativos que se derivan de la Constitución de 1980 forman la arquitectura de la gestión neoliberal del agua y el suelo. Una nueva

175 Contreras YA y G Labbé (2015) Acceso exclusionario y racista a la vivienda formal e informal en las áreas centrales de Santiago e Iquique. *Polis* 14 (42): 53-78.

176 Contreras YA, L Neville y R González (2019) In-formality in access to housing for Latin American migrants: a case study of an intermediate Chilean city. *International Journal of Housing Policy* 19 (3): 411-435.

177 Prieto M (2017) El Riego que el Mercado no quiere ver: historia del despojo hídrico en las comunidades de Lasana y Chiu-Chiu (Desierto de Atacama, Chile). *Journal of Latin American Geography* 16 (2): 69-91.

178 Prieto M, M Fragkou y M Calderón (2020) Water policy and management in Chile. En: C Strickland (Ed) *The Wiley Encyclopedia of Water: Science, Technology, and Society*. Wiley: NJ: pág. 2589-2600.

TABLA 1
Resume algunas barreras que debe sortear una nueva constitución para avanzar hacia la Justicia Territorial e Hídrica

Dimensiones	Constitución Chile (CC), 1981 + Código de Aguas (CA), 29.10.1981
Propiedad (exclusivo del Estado respecto a minas)	CC. Art. 24: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.
	CC. Art. 43: El Presidente de la República queda facultado para establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.
	CC. Art. 24: Sobre la Ley puede establecerse el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su "Función Social".
Promoción de la propiedad privada	CC. Art. 24: Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio.
Propiedad y Lógica Extractiva (Lógica de la Concesión)	CA: Privatización de los derechos del agua y libre transacción (ganancias para economías extractivas).
	CC. Art 24: El Estado tiene dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (covaderas, arenas metalíferas, salares, depósitos de carbón, hidrocarburos, sustancias fósiles), no obstante, la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas.
	CC. Art. 24: Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, explotación y beneficios de dichas minas.
Interés Público	CC. Art. 24: La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento.
Agua y Derechos de Agua	CC. Art. 24: Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.
Mercado de Aguas (Privatización de Derechos de Aguas superficiales)	CC: Privatización de aguas superficiales en comunidades atacameñas, y otras. Acciones tendientes a decolectivar las aguas privatizando y produciendo un mercado de aguas.

constitución por sí misma, no será garantía automática de transformaciones. Estas demandarán la reformulación de estos cuerpos para producir cambios de corto y mediano plazo. El hecho de que la actual constitución naturalice la propiedad privada y el mercado como fenómenos inevitables, exige pensar en contra-narrativas que busquen recuperar la idea de los bienes comunes y consensuar modelos de gestión colectivos al acceso al agua y el suelo que trasciendan la dualidad "propiedad privada" v/s "propiedad estatal".

2.2. Estado ineficiente v/s Privados Eficientes

La Constitución de 1980 se basa en un modelo de economía política que presenta al Estado como parte de una burocracia ineficiente, mientras los actores privados son vistos como garantes de la eficiencia económica y la libertad. Esto tiene un correlato respecto al agua y al suelo que se traduce en menor regulación, menor participación del estado, y más espacio de maniobra para el sector privado. Sin embargo, paradójicamente, en Chile gran parte de las inversiones e infraestructuras asociadas al agua y el

suelo han sido financiadas por el propio Estado. A su vez, grandes empresas que gestionan en Chile el agua, son en parte empresas con capitales estatales extranjeros (e.g. ENEL, Aguas Antofagasta) e incluso, cualquier intervención del Estado en propiedades públicas o entregadas en comodato, tienen un costo de mercado que no es accesible a cualquier persona. La eficiencia del privado redundante también, en precios de suelos especulativos y restrictivos para las/los más vulnerables. Por tanto, establecer mecanismos que reduzcan la especulación privada con un Estado garante del derecho universal al agua y al suelo, pueden asegurar la Justicia Territorial e Hídrica.

2.3. Agua y suelo no son urbanas ni rurales, son relacionales y exigen políticas transversales

Cualquier cambio que desee avanzar sobre la propiedad, ya sea del suelo o el agua, requiere replantearse ¿cuál es la escala territorial de intervención? Esta pregunta debe ser debatida en el proceso constituyente, exigiendo, además, decolonizar la idea del agua o suelo urbano, separado del rural. Ambos, en un contexto de economía de base extractivista son relacionales y se requieren mutuamente, ya sea por la movilidad de las comunidades o bien, por el uso que se produce entre ellos.

Esto último requiere la construcción de políticas encadenadas, transversales e inter-escalares. Tanto, la Política Nacional de Desarrollo Urbano (2014), Política de Ordenamiento Territorial (2017), Política Nacional de Desarrollo Rural (2020), Código de Aguas (1981), entre otras, mantienen las estructuras de organización territorial históricas, enraizadas en una historia colonial y de economía política extractivista. Esto vuelve más compleja la discusión sobre acceso al agua y al suelo, y la sitúa más allá de la Constitución de 1980.

2.4. Gestión del agua y del suelo más allá de sus usos productivos

Una base económica extractivista como la chilena plantea otros desafíos: el uso productivo que se le ha dado al agua y al suelo en los últimos sesenta años, siguen siendo restrictivos y limitados en relación con el derecho a la naturaleza. Agua y suelo también, tienen fines reproductivos, aunque el conflicto radica en quiénes pueden acceder a ellos y quiénes definen el uso que se hará de éstos. Debatir sobre lo común o lo colectivo en el derecho al agua y el suelo se configuran como dimensiones clave para una nueva constitución.

El sentido del agua y el suelo como dimensión productiva/reproductiva, evade los intentos de romantizar a las comunidades como homogéneas, construidas so-

bre imaginarios del “buen salvaje”, ni menos apelan a dinámicas colonialistas. Más bien, esto impone el desafío constitucional de reconocer y aprender desde las comunidades los valores, el sentido y los usos del agua y el suelo.

2.5. Romper la dicotomía Agua y Suelo como bien público y privado

Desde nuestras experiencias en diversos trabajos de campo, y desde la lectura de las leyes vigentes planteamos como desafío romper la dicotomía agua y suelo como bien público o privado. Ambos, deben ser reconocidos como bienes colectivos. Sortear los conflictos del derecho al agua y al suelo exigen comprender que la propiedad es un bien común, que está conformado por prácticas y relaciones colectivas.

Si bien bajo el modelo actual, el agua se reconoce como un bien nacional de uso público, el régimen de aguas está organizado de manera tal que asegura un control privado del aprovechamiento, consumo y gestión del agua. Ello por medio de la consagración de la propiedad privada por sobre los Derechos de Aprovechamiento de Aguas separados de los derechos del suelo. En cuanto al suelo, el artículo 24 de la actual Constitución de Chile requiere una lectura jurídica y política, en cuanto el suelo se vincula al concepto propiedad, y la ley establece cómo se adquiere, goza, dispone, se fijan limitaciones y obligaciones en el uso de la propiedad. Sin embargo, ese derecho de propiedad no da garantías de la función social de un suelo, ni menos, protege las condiciones ambientales y reproductivas del suelo y el sentido que cada comunidad le asigna a éste.

En definitiva, el actual código de aguas y algunos artículos de la constitución vigente, facilitan usos extractivos en manos de quienes tienen la capacidad de pagar su valor de mercado. Vemos un Estado poco garante de la supuesta función social que debiese tener el agua y el suelo.

2.6. Regular la especulación del uso del agua y suelo

Como resultado de la Constitución de 1980 el agua y el suelo han sido trabajados y usados bajo la trampa de la no limitación en el uso y goce de agua y suelo. Sin embargo, la persistencia de un régimen de propiedad privada, reproduce especulación y escasez en el acceso y en el derecho a dos bienes que exigen un ejercicio intelectual respecto a definir qué es lo común y colectivo, y cómo el Estado debe dar garantías del derecho al agua y al suelo, en tanto, capitales humanos.

3. ¿A qué Apelamos?: Agua y Suelo como Derechos Humanos. Justicia Hídrica y Territorial

Desde una dimensión política nos moviliza la concepción del agua y el suelo como derechos humanos reconocidos constitucionalmente, y garantizados por medio de los respectivos cuerpos normativos. Esa concepción debe arraigarse a la idea de justicia hídrica y territorial que reconozca la autonomía de las comunidades y que sortee las dicotomías agua, suelo y propiedad como bien público y/o bien privado.

Lo anterior, no evade la complejidad de consensuar un concepto de justicia, pero al menos, en la gestión del agua y del suelo, la distribución equitativa debiese ser clave desde la comprensión sistémica de ambas dimensiones. Esto permitirá manejar de mejor forma los conflictos, teniendo en el centro de la discusión, el sentido que cada uno le asigna al agua y al suelo y los mecanismos colectivos para la reparación de territorios dañados y fracturados ambientalmente. Finalmente, la Tabla 2 presenta algunas dimensiones claves que debiese recoger el proceso constituyente para la nueva constitución.

Tabla 2
Dimensiones clave que debe abordar la nueva Constitución en relación al agua y suelo.

Principios que aportamos	Acciones y debates a posicionar
Justicia Territorial (Derecho Humano al Territorio)	<ul style="list-style-type: none"> Definir o consensuar una escala territorial mínima para definir acciones, pero asumiendo que el territorio es dinámico.
	<ul style="list-style-type: none"> Considerar la mirada temporal en las consideraciones de justicia (económico tiende a ser de corto plazo; lo ambiental de largo plazo).
	<ul style="list-style-type: none"> Establecer diálogos entre la Justicia Procesal y la Justicia Ambiental de largo plazo.
	<ul style="list-style-type: none"> Reconocer la preexistencia de usos privados y públicos, avanzando hacia los bienes comunes o rescatando lo común en el acceso al agua y el suelo.
Derecho Humano al agua	<ul style="list-style-type: none"> Limitar el uso exclusivo del agua para garantizar justicia hídrica con caudales ecológicos y consumo humano diverso.
	<ul style="list-style-type: none"> Romper el paradigma del agua como uso exclusivamente productivo. Agua y suelo cómo derechos productivos y reproductivos.
	<ul style="list-style-type: none"> Capturar excedentes del derecho de aguas asignado a industrias extractivas o limitar el uso de éstos.
	<ul style="list-style-type: none"> Ampliar el uso humano del agua ¿dónde quedan los derechos no-humanos al agua?
Agua y Suelo desde un Enfoque Ecosistémico	<ul style="list-style-type: none"> Debatir acciones que reconcilien derechos y utilidad sobre agua y suelo (lo productivo, reproductivo). Debatir con las comunidades qué usos (agua y suelo) debe tener prioridad y en qué circunstancias. Promover la educación sobre agua y suelo y cultivar su uso productivo y reproductivo .



Propiedad y Medio Ambiente en la nueva Constitución

Cristián Frêne Conget

En nuestro modelo de sociedad la propiedad de la tierra, el agua y el mar determina el estado de conservación de la gran mayoría de los ecosistemas chilenos. Por ende, es altamente relevante discutir en la nueva Constitución las reglas a través de las cuales se puede apropiarse y usar estos ecosistemas.

Es relevante entender primero que los ecosistemas chilenos son altamente diversos, debido entre otras cosas a la amplitud latitudinal de nuestro país, la variedad de climas, variados orígenes biogeográficos, nuestra indiscutida condición montañosa y el vasto mar que se extiende por las costas en toda su longitud. Esta diversidad se refleja asimismo, en la gran diversidad de culturas y pueblos que habitan Chile, las que se han forjado a través de una relación extensa, temporal y espacialmente, con los ecosistemas que habitan. Estos sistemas socioecológicos no son discretos, estando conectados de diversas formas, en múltiples escalas, donde el bienestar de la sociedad chilena depende de la mantención de la integridad ecológica de nuestra naturaleza y bienestar, lo que precisa de la articulación adecuada de las estructuras y funciones ecológicas con las necesidades productivas.

Esto requiere generar procesos de planificación territorial estratégica de largo plazo, que permitan estructurar los territorios habitados por seres humanos y la matriz productiva de nuestro país. En este sentido es importante considerar la cuenca hidrográfica como unidad territorial funcional para los procesos de planificación de los territorios, ya que ello permite conocer, entender y gestionar de manera adecuada los flujos de materia y energía a través de los ecosistemas que conforman dichas cuencas. Por ello es importante que la propiedad y uso de la tierra, el agua y los mares, esté supeditada al ordenamiento de los territorios, que finalmente determine lo que se puede o no ejecutar en los diversos ecosistemas de nuestro país.

Considerando esta condición, es imperativo reconocer que existen límites a la propiedad privada, particu-

larmente en tierras y mares que cumplen una función social y ecológica relevante para los habitantes de los distintos territorios, así como también para ecosistemas no habitados hoy por humanos, pero que son relevantes para la mantención de condiciones adecuadas para vida a escala local, nacional o global, como por ejemplo glaciares, salares, humedales de turberas, por nombrar algunos.

De especial relevancia para la mera existencia y bienestar de los sistemas socioecológicos es el agua, por lo que ella debe ser considerada un bien común de dominio público, no debiendo existir propiedad privada sobre ella. Su uso podría ser efectivamente concesionado a personas naturales o jurídicas, pero bajo definiciones y fiscalización que deriven de una normativa de cuidado y uso que sea armónica con el buen vivir de los habitantes y los ecosistemas locales. El uso del agua debería tener restricciones tales como estar acotada en el tiempo, ser utilizada para actividades específicas, debiendo existir monitoreo y fiscalización fuerte que tenga incidencia en la caducidad de la concesión en caso de no cumplirse la normativa.

Es un mandato urgente e insoslayable reconocer la existencia de ecosistemas y cuencas que son estratégicas para el país, pues contribuyen de manera directa al buen vivir de la población existente aguas abajo, sea porque son claves para estructurar y mantener ciclos hidrogeográficos, porque proveen recursos esenciales, culturales, u otros, que deben tener un tratamiento especial en la Constitución. Dentro de ellas, las cuencas o microcuencas abastecedoras de agua para uso humano, las que representan un pequeño porcentaje (<5%) de la superficie del territorio nacional, son fácilmente identificables y hoy están relacionadas con empresas sanitarias en el sector urbano y Comités de Agua Potable Rural en los sectores rurales concentrados. La propiedad, cuidado, restauración y promoción de estas cuencas debe estar en manos del Estado el que debe garantizar el abastecimiento de agua a todos los habitantes que dependen de dichas cuencas. Ellas, sin embargo, pueden ser

gestionadas de manera colectiva, con foco en la provisión de agua de la mejor calidad y de forma continua en el tiempo.

Para las cuencas en general, y en especial para aquellas que son estratégicas, el uso y gestión de dichos territorios debe dar prioridad a la función ecológica y social de la propiedad, debiéndose priorizar, por ejemplo: i) el agua para el buen funcionamiento de los ecosistemas terrestres y marinos, que permite la vida en dichos territorios; ii) agua para uso humano en el sector urbano y rural, para consumo y seguridad alimenticia y; iii) agua para la producción de otros bienes y servicios.

Este es un desafío gigantesco, por lo que será necesario generar programas especiales de capacitación, educación que permitan adoptar y poner en práctica esta nueva lógica de uso de las aguas, tierras y mares. Al mismo tiempo, se debe avanzar hacia el desarrollo de modelos de gestión comunitaria que permitan centrar la toma de decisiones en los territorios y por lo habitantes locales. Suma a esto la necesidad

que el Estado y proyectos privados incluyan diseños integrados e implementación de tecnologías para la captación, uso (re-uso) y depuración de aguas, monitoreo de variables socio-ecológicas de largo plazo, entre otros a determinar en cada territorio.

Respecto a la propiedad de empresas de servicios básicos como agua, electricidad, entre otros, que involucran y dependen de la existencia directa de ecosistemas íntegros y funcionales, debe existir una participación mayoritaria del Estado, que permita aplicar un modelo mixto de gestión de dichos servicios, con miras al beneficio común de largo plazo, y no sólo a generación de ganancias para dueños de empresas.

Por lo tanto, para la nueva Constitución propongo un sistema mixto de propiedad, donde exista un dominio público (estatal) que no sea transable, dominio colectivo en caso de ecosistemas/cuencas que son clave para el bienestar y buen vivir de los territorios las poblaciones locales, y particular privada con restricciones de acuerdo a la capacidad de uso de los ecosistemas que habitan nuestros suelos, aguas y mares.



Bases para la incorporación de la Función Ecológica de la propiedad en la Constitución chilena

Bárbara Saavedra & Liliana Galdámez

I. El derecho de propiedad y a la propiedad en la Constitución de 1980

Tradicionalmente se ha entendido al derecho de propiedad como un derecho fuerte dentro de la Constitución. Esta fortaleza deriva de distintos dispositivos distribuidos a lo largo de la Constitución.

En primer lugar, la Constitución no solo asegura el derecho de propiedad (art. 19 N° 24), sino también el derecho a la propiedad (art. 19 N° 23), “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. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

La fórmula que esta disposición consagra implica el derecho para acceder a la propiedad, reforzando no solo el derecho de propiedad, sino la propietarización de toda clase de bienes. Las excepciones que contempla la norma son aquellos:

- a) que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, o
- b) que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.

Este derecho de acceso a la propiedad cuenta además un posible límite, ya que, según la norma: “Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

Además del derecho a la propiedad, la Constitución asegura el derecho de propiedad (art. 19, N° 24), la Constitución asegura a todas las personas: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo

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**. 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. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales” (destacado es nuestro).

Además, la Constitución reconoce un derecho de propiedad al titular de una concesión minera: “El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número” (art. 19 N° 24). Asimismo, la Constitución asegura el derecho de aprovechamiento de aguas: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

La Constitución también asegura (art. 19 N° 25): “El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley”.

Además, el derecho de propiedad se protege a través de una acción jurisdiccional, el recurso de protección.

Otro régimen de propiedad imprescindible de examinar a efectos del trabajo de la Red de Constituciona-

lismo Ecológico es el régimen de propiedad minera que requiere de un tratamiento específico en la Constitución y que proponemos abordar junto a la discusión sobre modelo o principios para el desarrollo o actividad económica del Estado, no nos referiremos a esta cuestión ahora (véase Folchi, este volumen).

Como se aprecia, se trata de un régimen complejo que contempla derecho de propiedad, derecho a la propiedad sobre bienes corporales e incorporeales, excepción para los bienes que sean comunes a todos los hombres, o que deban pertenecer a la nación y una ley así lo declare. Y contempla la función social de la propiedad. En esta propuesta nos centraremos en la idea de profundizar en la función social de la propiedad para que la futura Constitución desarrolle la función ecológica de la propiedad, asunto que desarrollaremos en la segunda parte de este documento.

La actual Constitución contempla dentro de la función social de la propiedad la protección del patrimonio ambiental, cláusula que no ha desplegado su fuerza normativa y que carece de un desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial. Es importante entonces, dotar de contenido consistente a la función ecológica de la propiedad, lo que proponemos reforzar, siguiendo a la Constitución de Ecuador artículo 30: “La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo”.

Siguiendo esta norma, la futura Constitución debería señalar que el derecho de propiedad y su reconocimiento se relaciona con el respeto y cumplimiento de todos los contenidos de la función social de la propiedad, incluyendo su función ecológica.

En cuanto al derecho a la propiedad, la futura Constitución debe reforzar la idea de la existencia de bienes comunes inapropiables. Esta propuesta implica armonizar el reconocimiento de bienes comunes, para señalar que tales bienes no son apropiables, quizá la Constitución pudiera señalar cuáles son esos bienes comunes y/o delegar en el legislador la facultad de identificar otros bienes que posean esta condición.

En relación a la función ecológica de la propiedad, esta idea proviene de la Constitución de Colombia, en este sentido la Constitución (Artículo 58) señala: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expe-

didada por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

Esta idea se refuerza en la Constitución de Colombia en el artículo 95 con la siguiente disposición: “Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales;
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano,
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad” (destacado es nuestro).

En esta propuesta, reiteramos, solo nos referiremos al reconocimiento de la Función Ecológica de la Propiedad; la Función Ecológica de la Biodiversidad; al reconocimiento de bienes comunes (véase Saavedra,

este volumen); a reconocer la prevalencia del interés público por sobre el interés privado a propósito del derecho de propiedad.

II. Fundamentos para la función ecológica de la propiedad y de la biodiversidad

La biodiversidad es un término que cristaliza recientemente debido al evidente y ubicuo contexto de degradación ambiental, pero que hace eco de otros conceptos que han existido por mucho tiempo, como naturaleza, variedad natural, diversidad biológica y más recientemente naturaleza viva¹⁷⁹.

La biodiversidad es un concepto complejo que involucra cuestiones relacionadas con temas fundamentales de la ecología y biología evolutiva, como la diversidad de especies y los ambientes que la sustentan, al mismo tiempo que son sustentados por ella y que son simultáneamente escenario y resultado —siempre en marcha— de procesos evolutivos¹⁸⁰. Ha proporcionado un punto de referencia desde el cual se han orientado las investigaciones sobre la diversidad de la vida, así como la conceptualización y prácticas para su conservación.

Su más recurrida definición proviene de la Convención de la Biodiversidad que la denomina “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos, y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”¹⁸¹.

La biodiversidad incluye múltiples niveles de organización biológica, y para cada uno se manifiesta en tres atributos fundamentales: composición, estructura y funcionalidad¹⁸². Debido a la naturaleza de la vida, cada atributo presenta una estructura anidada en diferentes niveles, el que puede ejemplificarse por ejemplo para en nivel estructural, desde los genes, los cuales no flotan en el vacío, sino que están contenidos en individuos, los que a su vez conforman diversas poblaciones. Estas poblaciones no viven aisladas unas de otras, sino que se estructuran en comunidades heterogéneas, cambiantes, las que a su vez dan cuenta de

la estructura que define ecosistemas, paisajes y finalmente toda la biosfera. Una forma gráfica de visionar la complejidad de la biodiversidad y su existencia anidada a multiescala, es el esquema siguiente (Figura 1), el que a pesar de haber sido propuesto hace un tiempo, permite tener una imagen más o menos razonable de lo que es la biodiversidad. A medida que se ha ampliado el conocimiento y discusión sobre el tema, este esquema ha ido siendo igualmente actualizado.

Muchas veces los niveles jerárquicos de la biodiversidad tienen un correlato espacial, en el sentido de ir incrementando su escala geográfica a medida que una avanza desde una escala a otra, pero ello no ocurre siempre, pues toda la jerarquía y complejidad ecológica pueden estar contenidas en una maceta o en una cubeta de agua. Su conceptualización es importante, sin embargo, pues permite visualizar la real complejidad y por ende poner una imagen a la idea de integridad ecológica.

La biodiversidad es un entramado que no reconoce fronteras de tipo político o administrativo (ni tampoco lo hacen sus amenazas), pues su estructura, composición y especialmente los procesos ecológicos, existen y operan trascendiendo límites geográficos artificiales, estableciéndose conexiones ecológicas variadas y ubicuas, que explican en gran parte su complejidad y carácter sistémico, a la vez que son necesarias y fundamentales para mantener su integridad. Incluso fronteras que son consideradas “naturales” (llamadas ecotonos) como bordes de lagos, límites de bosques, zonas costeras, son en la realidad límites porosos, dinámicos, que más bien actúan como conectores y espacios de encuentro entre diferentes estructuras y procesos ecológicos.

Tal como un cristal de múltiples caras, la biodiversidad puede y debe ser abordada por diversos frentes, como el taxonómico (e.g. identificación y clasificación de especies), genético (e.g. diversidad alélica, flujos génicos), ecología poblacional (e.g. dinámica espacial y abundancia, patrones fenotípicos, fenológicos), ecología comunitaria (e.g. riqueza especies, equitabilidad, endemismos, variedad y distribución de arreglos entre especies), manejo de biodiversidad (e.g. gestión de algún aspecto de biodiversidad o especie), ecología evolutiva (e.g. procesos evolutivos,

179 Díaz S, U Pascual, M Stenseke, B Martín-López, RT Watson, Z Molnár, R Hill, KMA Chan, IA Baste, KA Brauman, S Polasky, A Church, M Lonsdale, A Larigauderie, PW Leadley, APE van Oudenhoven, F van der Plaats, M Schröter, S Lavorel, Y Aumeeruddy-Thomas, E Bukvareva, K Davies, S Demissew, G Erpul, P Failler, CA Guerra, CL Hewitt, H Keune, S Lindley, Y Shirayama (2018) Assessing nature's contributions to people. *Science* 359: 270-272.

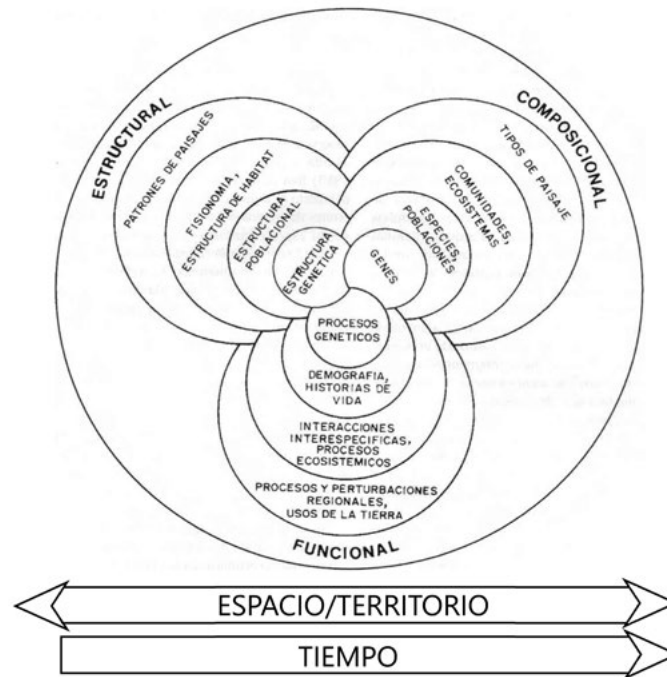
180 de Andrade JL (2013) The concept of biodiversity and the history of conservation biology: from wilderness preservation to biodiversity conservation. *História* 32: 21-48.

181 Convention of Biological Diversity. Naciones Unidas.

182 Noss R (1990) Indicators for Monitoring Biodiversity: A Hierarchical Approach. *Conservation Biology* 4: 355-364.

FIGURA 1

Esquema que resume el concepto de biodiversidad, expresión integrada, anidada y multi escala. Se muestra que su existencia presenta dinámicas temporales y espaciales. Modificado de Noss (1990)



adaptaciones), ecología de ecosistemas (e.g. ciclos biogeoquímicos, formación de suelo, ciclos hidrológicos, productividad primaria), entre muchos otros. Dada la relación indisoluble de la especie humana con la biodiversidad, junto su avanzado y evidente deterioro, la distinción y estudio de la fracción e interrelaciones humanas con el resto de los componentes ecológicos ha venido explicitándose cada vez más, restando por mejorar e incrementar acciones pertinentes y efectivas que permitan resguardar y promover la integridad de la biodiversidad en su conjunto.

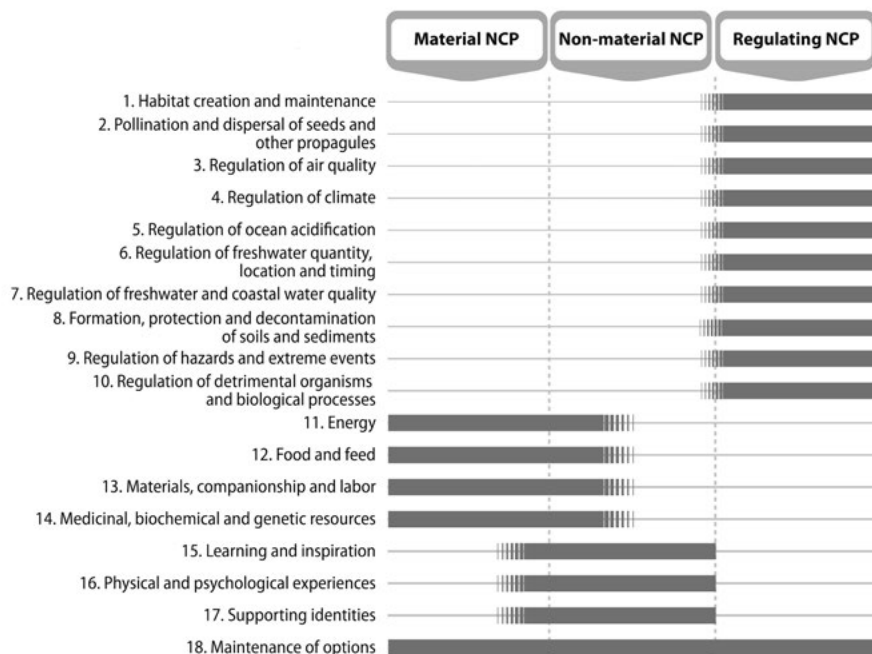
Una biodiversidad sana permite generar y mantener contribuciones elementales para el bienestar de las sociedades¹⁸³, constituyendo una matriz ecológica en la que se anida y se sostiene el bienestar de las sociedades. Precisamos de ella incluso para la mera existencia actual y futura de la sociedad, lo que nos mandata a mantener su integridad en toda su complejidad, considerando tanto sus aspectos estructurales y organizacionales, que son finalmente los que sostienen los procesos ecológicos que realiza natura. Sólo así se puede aspirar a mantener las contribuciones que entrega la naturaleza, donde destacan la provisión de alimento, generación y purificación de agua, amortiguación de olas de calor, entre muchas

otras, incluyendo contribuciones materiales, no materiales y regulatorias (Figura 2).

Se debe reconocer que las contribuciones que nuestra sociedad obtiene de la naturaleza, son el resultado de los numerosos procesos ecológicos que son propios y sustento de la biodiversidad, los cuales, junto a su estructura y composición, muchas veces permanecen invisibles a muchos usuarios, especialmente a los ojos de tomadores de decisiones tanto públicos como privados. Procesos como ciclaje de nutrientes, flujos de energía, ciclos biogeoquímicos de nutrientes esenciales como C, N, P, erosión o formación de suelo, descomposición, procesos hidrológicos, productividad primaria, procesos eutrofización, sucesión ecológica, perturbación natural o antrópica, interacciones ecológicas como depredación, parasitismo, competencia, mutualismos, polinización, dispersión, especies clave, estructuras tróficas, dinámica de parches, dinámicas biogeográficas, procesos demográficos, migraciones, dinámicas metapoblacionales, procesos de invasión de especies, dinámicas de flujo genético, dinámicas y fluctuaciones poblacionales, tasas de crecimiento, fenología, procesos de adaptación, tasas de endogamia, flujo genético, mutación, entre muchos otros aspectos de la ecología y biología evolutiva, son los que

183 Díaz, et al. (2018) Op. Cit.

FIGURA 2
Categorías de Contribuciones que hace la naturaleza y su biodiversidad necesarias para la existencia y bienestar de las sociedades (Tomado de Díaz et al. 2018).



operan y es necesario mantener para poder sostener la integridad de la biodiversidad, y con ello darnos la posibilidad de recibir sus contribuciones.

Dado su elevado nivel de degradación, tanto a nivel local como global, el desafío que enfrenta la nueva Constitución, es justamente de servir de dispositivo político efectivo que permite reconocer, mantener e idealmente mejorar la biodiversidad nacional. Pues sólo a través de su cuidado podremos aspirar a recibir los beneficios vitales que sostienen la sociedad actual y futura de Chile. Este mandato de cuidado es un imperativo vital para todas las personas, sean naturales o jurídicas.

La condición sistémica de la biodiversidad, sumado a su compleja existencia en multiescala, mandata el abordaje integrado u holístico de problemas que derivan de su gestión, especialmente aquellos que se refieren a su degradación, la identificación y restauración de procesos ecológicos que ella sostiene, entre otros¹⁸⁴. Dada la naturaleza anidada, y el operar integrado de sus tres atributos fundamentales, sumado al hecho de su permanente transformación a escala ecológica (e.g. ontogenética, circadiana, estacional, multianual), y evolutiva (e.g. asociada a variables

geológicas, estructura y dinámicas genéticas, interacciones coevolutivas), intervenciones fraccionadas, de tipo reduccionista resultan insuficientes y muchas veces dañinas para su mantención y promoción integral. En efecto, la naturaleza de la biodiversidad mandata la integración en diferentes ámbitos, como el biológico/territorial, así como el administrativo/manejo, político/científico, entre otros. En el caso de la Constitución, el reconocimiento de la Función Ecológica de la biodiversidad contenida en los territorios, independientemente de la propiedad del mismo, resulta entonces un imperativo ineludible de la nueva constitución chilena.

Por ello, en el contexto de la discusión de la propiedad en la nueva Constitución, el reconocimiento de la naturaleza y su biodiversidad como un elemento constitutivo de lo humano, y el mandato de su protección y promoción como una condición mínima para el bienestar social, debe quedar explicitado a través del reconocimiento de la necesidad de mantener las funciones ecológicas mínimas y necesarias de la biodiversidad, las que ecológicamente hablando, sobrepasan cualquier delimitación arbitraria de propiedad, incluso la delimitación de soberanía, tanto en su nivel estructural, composicional y funcional.

184 Noss (1990) Op. Cit.



Instituciones para la protección de la naturaleza

Ezio Costa Cordella

Una Constitución Ecológica debe reconocer el valor intrínseco de la naturaleza, cuestión que implica también reconocer nuestra dependencia de ella y la conexión que tenemos con los demás elementos de la naturaleza, de la que también formamos parte. Por diversas razones históricas, epistemológicas y contingentes, el Derecho no ha sido capaz de resolver adecuadamente esta necesidad, sin perjuicio de lo cual existen diferentes formas en las que, de forma intencionada o no, se ha consagrado cierta protección de este valor intrínseco.

Las preguntas a las que intenta responder esta minuta, dan cuenta de algunos de los arreglos normativos posibles: (i) el reconocimiento de los bienes comunes, (ii) el deber de protección de la naturaleza y (iii) la titularidad de derechos por parte de la naturaleza. Considerando que, en pos de una Constitución Ecológica, los tres arreglos deberían ser incorporados, en los párrafos posteriores se expresaran las razones de dicha necesidad, basadas en el contenido que tradicionalmente se ha dado a ellos.

1. Bienes comunes

Históricamente en el derecho occidental, se han reconocido como bienes comunes al aire, el mar, el agua que fluye y las playas y riberas. Lo anterior, sin perjuicio de que en algunos momentos o lugares se reconozcan o hayan reconocido otros bienes, como bosques, llanuras de pastoreo y otros. La gran característica de los bienes comunes, que se discute si era reconocida como tal en todos los tiempos, es el hecho de que ellos no pertenecen a nadie en particular, ni tampoco al Estado, sino que son bienes intergeneracionales y comunitarios.

No obstante la discusión sobre si ese reconocimiento ha existido en todos los tiempos, de todas formas debemos conceptualizar a los bienes comunes como tales, siguiendo en este sentido también los planteamientos de Mattei¹⁸⁵ y los estudios de Ostrom¹⁸⁶ en cuanto a la posibilidad efectiva de gestión de estos bienes por parte de sus usuarios. Es necesario relevar, sin embargo, que los estudios de Ostrom se refieren a los bienes comunes en sentido económico —*common pool resources*—, que no necesariamente coinciden con los bienes comunes en sentido jurídico¹⁸⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, también es necesario tener en cuenta que en sentido jurídico, actualmente los bienes que podríamos denominar comunes, tienen la categoría de bienes nacionales de uso público, que es una categoría cercana pero no idéntica, puesto que incorpora una gestión más centralizada, en manos del Estado y que eventualmente puede desafectar a esos bienes para convertirlos en bienes fiscales o privados. En el derecho anglosajón, esto ha sido resuelto mediante la figura del *Public Trust*, que pone al Estado en una posición de garante de estos bienes que son intergeneracionales.

El reconocimiento de los bienes comunes en una nueva Constitución implicaría dar fuerza a esta idea de intergeneracionalidad y por lo tanto el ineludible deber de protección de su integridad, sustentabilidad y ciclos, pero también incorporar las otras dos características centrales de los bienes comunes: el acceso abierto para la satisfacción de necesidades básicas —y la concesión solo en lo restante—; y la gestión o co-gestión comunitaria, potenciando las posibilidades de contar con instituciones como los organismos de cuenca¹⁸⁸.

185 Mattei U (2013) Los Bienes Comunes, un manifiesto. Trotta.

186 Ostrom E (2000) El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva. CRIM-UNAM, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México.

187 Eychenne C y Lazaro L (2014) Summer pastures: between “commons” and “public goods”. *Journal of Alpine Research | Revue de géographie alpine* 102-2 | 2014, mis en ligne le 23 mai 2014, consulté le 22 mai 2021.

188 Mattei U (2013) Op. Cit.

Existen dos preguntas fundamentales a propósito de este reconocimiento. La primera, es cuales serán los bienes que queden incluidos en esa categoría, donde desde mi punto de vista, además de los ya mencionados debería incorporarse a las altas montañas y a las funciones ecosistémicas, impidiendo su privatización o el entorpecimiento en su disfrute. La segunda, dice relación con su gobernanza, donde el rol de sus usuarios debe ser balanceado con el rol de un Estado que vele efectivamente por la sustentabilidad y protección de largo plazo de estos bienes.

2. Deber de protección

Actualmente, el inciso segundo del artículo 19, N° 8 consagra un deber del estado de tutelar la preservación de la naturaleza. Dicho deber, sin embargo, no es parte de las garantías justiciables de la Constitución de 1980 y por lo tanto no ha tenido un desarrollo profundo para comprender cuáles son sus alcances, sin perjuicio de que en base a él se han llevado a cabo actividades e incorporado normativa que precisamente, han tenido este objeto. Incluso, una parte importante de la normativa ambiental, aun sin hacer referencia directa a este deber, le dan cuerpo.

Sin embargo, el deber estatal no aparece como una garantía suficiente para la protección del medio ambiente, sobre todo cuando nos referimos a él como un corolario del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. No es perceptible el cumplimiento efectivo de este deber, faltando además su extensión a los privados. De ello dan cuenta por ejemplo el resultado de los Encuentros Locales Autoconvocados realizados en el proceso constituyente 2017, donde el deber de protección del medio ambiente aparece como el más seleccionado por las personas¹⁸⁹.

Si bien el Estado es quien se encuentra en una posición de garante respecto del medio ambiente y los bienes comunes, no es menos cierto que a todos y todas nos cabe una responsabilidad en dicha protección, siendo esta especialmente fuerte para quienes cuentan con autorizaciones que les permiten interve-

nir el medio ambiente. Es por ello que la incorporación de un deber general de protección del ambiente, como principio que aporte en la interpretación de las obligaciones públicas y privadas, podría tener una función importante, especialmente en la decisión judicial de casos relativos al cumplimiento de obligaciones ambientales.

3. Los Derechos de la Naturaleza

La manera más aparentemente novedosa en que el derecho ha intentado hacerse cargo de su déficit en relación con la protección de la naturaleza, es la consagración de los derechos de la naturaleza, cuestión que sin embargo ha tenido diferentes enfoques en la literatura jurídica y en el derecho positivo.

Desde el punto de vista del derecho positivo, la manifestación más clara es la que se encuentra en la Constitución de Ecuador, en que se incorporan dos dimensiones de los derechos de la naturaleza. La primera, es un reconocimiento de la Pacha Mama, declarando en el preámbulo que somos parte de la naturaleza y por lo tanto haciendo un reconocimiento a la visión de los pueblos originarios sobre la naturaleza. En seguida, en el artículo 71° se le reconoce los derechos “a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” y el artículo 72° el derecho a la restauración. Estos derechos pueden ser exigidos a la autoridad pública por parte de cualquier persona.

Si revisamos bien la formulación de estos derechos, podemos notar que vienen a constituir un estatuto más bien de obligaciones para todos y todas, que de derechos propiamente tales para la naturaleza. Es decir, si bien puede haber un reconocimiento de la naturaleza como un sujeto, el énfasis no está en eso, sino que en el respeto que debe tenerse para con ella¹⁹⁰.

Otro acercamiento al asunto es el que plantea Stone, donde el reconocimiento de derechos de la naturaleza implica un reconocimiento de una posibilidad de

189 FIMA (2020) Discusión sobre medio ambiente en el marco de una nueva Constitución. www.fima.cl

190 Como señala Campaña, hay diversas visiones que alimentan la idea de la naturaleza como sujeto, siendo que él reconoce justificaciones utilitaristas, esencialistas, animistas y políticas. Entre ellas, la que de manera más concreta aborda la subjetivización es la visión animista, mientras las otras fijan otras variables por las que el reconocimiento de derechos sería una institución valiosa. Campaña FS (2013) Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? *luris diction* 13 (15).

tutoría por parte de personas, que podrían encontrarse incluso en una posición especial de garantes¹⁹¹. Este reconocimiento de ecosistemas, con comunidades puestas en posición de garantes de los mismos, es en parte lo que hace la Awa Tupua Act en Nueva Zelanda, reconociendo personalidad al Río Whanganui y designando para su representación a un miembro de la tribu Iwi y otro del Gobierno.

Por último, el acercamiento de los derechos bioculturales, entrega a las comunidades de pueblos originarios un derecho a gestionar ciertos ecosistemas, teniendo en especial consideración los derechos de dichos ecosistemas, en la visión de esos pueblos originarios. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana por el Río Atrato¹⁹².

Hacia una Constitución Ecológica en Chile, la incorporación de derechos de la naturaleza implicaría, en un primer momento, un cambio de la relación entre la sociedad y el medio ambiente, que podría avanzar hacia mayores niveles de equilibrio y sobre todo, de protección de los distintos tipos de vidas, a través de un reconocimiento similar al de la Constitución Ecuatoriana. Me parece que además, la incorporación de una lógica de derechos bioculturales debería estar presente en el texto constitucional, sin perjuicio de que su desarrollo posterior sea mediante la ley. Esto, principalmente por un respeto a la visión de los pueblos originarios sobre la gestión de su territorio, entendiendo también que dicha gestión podría resultar en una mayor protección de la naturaleza, atendidos los derechos que se le reconocen.

4. Conclusiones

Las tres instituciones estudiadas operan en niveles diferentes para la protección de la naturaleza y también de los derechos fundamentales de las personas. Mientras los bienes comunes garantizan una continuidad de dichos bienes, permiten la satisfacción de necesidades básicas y profundizan la democracia en cuanto permiten la gestión de los usuarios, al menos como co-gestores con el Estado.

Esta misma profundización de la democracia es posible verla en los derechos de la naturaleza, a propósito del rol de guardianes que podrían jugar los pueblos originarios, pero también cualquier persona que pueda y quiera defender la naturaleza, generando contrapesos al poder. En el caso de los derechos de la naturaleza además, podría verse profundizado o reconocido en cierta forma el derecho a la autodeterminación.

Por último, el deber de protección del ambiente implica una acción positiva del Estado para garantizar cierta calidad ambiental que permite la autosatisfacción de necesidades básicas, pues ello solo es posible en ecosistemas funcionales. El deber para los privados, además, funcionaría como un impulsor de mayores niveles de igualdad y paz social, mientras importa una posible mayor protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado (actualmente libre de contaminación).

De cara a una Constitución Ecológica, aparece como deseable la incorporación de las 3 instituciones.

191 Stone CD (1972) Should Trees Have Standing-Toward Legal Rights for Natural Objects. *Southern California Law Review* 45: 450-501.

192 Bagni S (2018) Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia Colombiana e Indiana. *Revista Jurídica Derecho* 7 (9): 33-53.



Institucionalidad ambiental en Chile, contexto para un proceso constituyente y nueva Constitución

Alejandra Figueroa Fernández

Para proponer los cambios necesarios en la nueva Constitución referidos a medio ambiente y la biodiversidad es preciso analizar la evolución que ha tenido la institucionalidad ambiental en Chile, revisar el desempeño ambiental de las instituciones del Estado, los cambios y la tendencia de la salud de la biodiversidad y el medio ambiente. Es fundamental para este proceso relevar la importancia que tiene la biodiversidad en el bienestar actual y futuro de nuestra sociedad, en nuestra economía local, nacional y global, y avanzar en la construcción e implementación de leyes que sean consecuencia de este entendimiento.

1. La Constitución de Chile

La Constitución de Chile establece escuetamente en su artículo 8° *“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. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”*. En el artículo 24 indica *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”*. En el artículo tercero se señala que: *“Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”*.

Frente a estas declaratorias cabe preguntarse: ¿por qué se mantienen y repiten los problemas socio-ambientales a lo largo de todo nuestro país? ¿Por qué algunos pocos mantienen derechos de aprovechamiento de agua en desmedro de otros, a pesar de reconocer que estamos en crisis climática, a pesar de las declaraciones de la carta fundamental, o de la existencia de la ley de bases del medio ambiente? ¿Por qué las atribuciones sectoriales que en muchas ocasiones tienen efectos negativos sobre el medio ambiente permanecen intactas? ¿Por qué la tarea de

protección del medio ambiente, que en teoría recae sobre el Ministerio del Medio Ambiente está supeditada a Ministerios productivos que inciden negativamente en el cumplimiento de sus funciones?

Muchas Constituciones latinoamericanas han avanzado en el reconocimiento de la naturaleza, pero no así en la mejora efectiva de la misma. Algunas han declarado los derechos de la naturaleza, como Venezuela, Bolivia y Ecuador, pero su desempeño ha sido insuficiente. Por ejemplo, para Bolivia la biodiversidad, los bosques, el agua, entre otros, tienen la categoría de recursos, lo que permite que sean explotados e industrializados, de acuerdo a los artículos de la Constitución (art. 348, 355 Nueva Constitución), lo que implica dar a la biodiversidad principalmente un valor económico. En cambio, en el caso de Francia, se declara en el primer artículo de su Constitución la protección de la biodiversidad como principio central de la República, señalando que Francia *“actúa para la preservación del medio ambiente y la diversidad biológica y contra el cambio climático”*. Esta declaratoria es consistente con reformas institucionales (ver punto 2.1), además de desarrollar una sección especial con 10 artículos específicos sobre derechos y deberes con la naturaleza y el medio ambiente (Carta del Medio Ambiente).

El llamado específico para la elaboración de la nueva Constitución con principios ecológicos, es avanzar más allá de las declaraciones, reconociendo que es preciso acordar modificaciones estructurales a la institucionalidad ambiental, avanzando en mejorar el actual escenario regulatorio y normativo en materia ambiental, con foco explícito en mejorar la situación de la biodiversidad del país, su uso, promoción y cuidado.

2. La Institucionalidad sobre medio Ambiente y biodiversidad en Chile

La Ley 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente declara en su Artículo 1: *“el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protec-*

ción del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental” y añade que: “la protección del medio ambiente se regulará por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia”.

La reforma más importante a esta ley fue el año 2010, bajo la ley 20.417 que creó el Ministerio del Medio Ambiente y que reemplazó a la Comisión Nacional de Medio Ambiente, creó el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, pero que dejó pendiente la creación del Servicio de Biodiversidad y el Sistema de Nacional de Áreas Protegidas (SBAP). Este último Servicio tendría atribuciones sobre la biodiversidad en todo el territorio nacional y en las áreas protegidas, marinas y terrestres. Este Servicio vendría a cumplir tareas pendientes y resolver algunas de las inconsistencias que se sostienen en regulaciones sectoriales que atentan en contra del artículo 1° de la ley de Bases del Medio Ambiente.

A once años de esta reforma, resulta inconsistente que aún no se haya aprobado la creación del SBAP, más aún que el proyecto de ley para crear dicho órgano del Estado, cumplió este 2021, 10 años de tramitación legislativa, lo que mantiene un vacío en la implementación la ley 19.300 sobre las funciones del Ministerio del Medio Ambiente en relación con el artículo 70 de la ley y limita el cumplimiento de metas en biodiversidad y sobre cambio climático, especialmente las referidas a adaptación.

2.1. Ejemplos internacionales de institucionalidad para la conservación de la biodiversidad

Cada vez más países integran y amplían la institucionalidad ambiental, con agencias dedicadas a la gestión de la conservación de la biodiversidad. Tal es el caso de Francia, país que cuenta desde el 2016 con la Agencia de Biodiversidad, que reúne a 4 Servicios públicos y 1200 profesionales especializados que trabajan focalizados en conservación. Nueva Zelanda por su parte cuenta con un Departamento de Conservación con más de 200 expertos en el tema, y que se encarga de diseñar y supervisar la implementación de acciones de conservación en todo su territorio, a la vez que asesora al Ministerio de Conservación y presta apoyo a diversas agencias en materia de biodiversidad.

En nuestra Región, Costa Rica, México y Colombia cuentan con entidades que hacen investigación

para llevar a cabo la implementación de las políticas públicas en materia ambiental y de biodiversidad, cuyos objetivos permiten no solo hacer gestión de las áreas protegidas, sino también la integración de comunidades en el uso sustentable con modelos mixtos de conservación y de gobernanza para la preservación estricta y otras de uso sustentable de los ecosistemas.

3. Modelo sectorial segregado en materia ambiental, herencia de un país que ya no es

La naturaleza y su biodiversidad no es lo mismo que los recursos naturales (véase Saavedra, este volumen), aunque dependemos totalmente de ella para la obtención de dichos recursos, así como otra variada gama de contribuciones que son esenciales para la mantención de condiciones mínimas de bienestar para cada sociedad en cualquier territorio. Al mismo tiempo, el uso de recursos naturales se rige por un marco económico que prioriza la extracción de recursos sin considerar el conocimiento para implementar criterios que aseguren la preservación de especies, hábitat y ecosistemas, que proveen finalmente los recursos y el bienestar social.

Actividades productivas como las plantaciones forestales con plantaciones exóticas, el reemplazo de bosque nativo de manera intensiva, desarrollo agrícola desmesurado y en base a industria agroquímica, son ejemplos conocidos de amenazas sobre la biodiversidad.

En el caso de Chile los cambios en el uso de suelo requeridos para avanzar con dichas industrias, se otorgan mediante permisos sectoriales, los que están desconectados de los mandatos de cuidado de naturaleza y biodiversidad asociados al Ministerio de Medio Ambiente, o incluso la misma Constitución.

Contrario a la integración y carácter sistémico que son propios de la biodiversidad, y que precisan de la articulación de los diferentes actores que participan del uso y beneficios que ella entrega, el actual modelo económico ha definido la segregación sectorial del uso de los recursos naturales. Esto redundará en la creación o mantención de normas que generan impactos negativos sobre ecosistemas, cursos de agua, suelos, y otros, que actúan de manera sinérgica, amplificando las amenazas que existen sobre la biodiversidad.

4. Algunos ejemplos sobre estas inconsistencias normativas en materia medio ambiental y uso de los territorios

- Ministerio de Vivienda y Urbanismo MINVU y planificación territorial:

Los instrumentos de planificación territorial (IPT) normativos, que permiten o autorizan el ordenamiento territorial en Chile son de tipo sectorial, es decir, amparados por leyes específicas de este Ministerio. Los principales se encuentran bajo la Ley General de Urbanismo y Construcciones del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y en los Gobiernos Regionales. Cabe destacar el Plan Regulador Comunal (PRC) que norma los espacios urbanos: edificaciones, uso del suelo, localización del equipamiento, vivienda, industria, áreas verdes, jerarquización de la estructura vial, fijación de límites urbanos, densidades y determinación de prioridades en la urbanización de terrenos para la expansión de la ciudad. El Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT) radica en los Gobiernos Regionales de cada región y a diferencia de los PRC es indicativo, o sea no regula ni norma, sólo orienta. La definición de prioridades de desarrollo regional o comunal, escasamente consideran a la biodiversidad como elemento estructurante del desarrollo y del bienestar humano presente o futuro.

Esta ley solo considera restricciones para aquellas zonas declaradas áreas protegidas, pero no aplica restricciones para el cambio de uso de suelo a otros espacios naturales. Un esfuerzo reciente es la aprobación de la ley 21.202, que permite reconocer y proteger a los *“humedales urbanos declarados por el Ministerio del Medio Ambiente, de oficio o a petición del municipio respectivo...”*, y que modifica la ley de Urbanismo y Construcciones, además de la Ley de Medio Ambiente.

La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) es un instrumento del Ministerio de Medio Ambiente que está diseñado para integrar y apoyar la gestión del Estado, pues considera criterios ambientales en toda política y planes sectoriales. En teoría podría permitir armonizar aplicación de instrumentos territoriales, entregando coherencia al velar por la inclusión de aspectos ambientales en el desarrollo de un territorio: protección de zonas de inundación de ríos y estuarios, protección de acuíferos, especialmente en zonas semiáridas y áridas, respetar zonas de amortiguación de eventos extremos, entre otros. Sin embargo, ha sido escasamente utilizado y su carácter

no es vinculante, por lo que queda debilitado frente a otros instrumentos de planificación territorial.

Suma a este problema dos materias de diferente orden, pero que tienen efectos sinérgicos negativos, en lo social, económico y ambiental. Lo primero es que en Chile ha sido inviable llevar a cabo herramientas de planificación territorial con base ecológica, que estén desacopladas del interés del mercado. Lo que suma al modelo de desarrollo urbano nacional que está orientado por el mercado y no por políticas que apunten al bien público. Esto se ve agravado toda vez que el precio de suelo y la especulación en el valor de la tierra se interpone con el bienestar común, yendo muchas veces en desmedro de la función del Estado.

- Ministerio de Agricultura MINAGRI, actividades forestales y agrícolas y áreas protegidas:

Las actividades forestales y agrícolas están mayoritariamente fuera del control ambiental, pues ellas no están sujetas al Sistema de Evaluación Ambiental, a la Evaluación Ambiental Estratégica, o normas de emisión.

Ecosistemas críticos para la provisión de agua, como humedales, han sido y son sistemáticamente drenados sin criterios de sustentabilidad o de seguridad hídrica, gracias a la existencia de la Ley 18.450 de fomento de la inversión privada en obras de riego y drenaje, cuyo objetivo es habilitar terrenos para la agricultura, y que permite *“evacuar el exceso de las aguas superficiales o subsuperficiales de los suelos en los que constituyen una limitante para el desarrollo de los cultivos”*.

Otro ejemplo es el cambio de uso de suelo, que bajo la autorización de Servicio Agrícola y Ganadero tiene la posibilidad de expandir la frontera inmobiliaria de baja intensidad o la Ley 20.412/2010: que financia un Programa de recuperación de suelos degradados, pero no prioriza el uso de bosque nativo o vegetación nativa para lograr la recuperación de esos bosques degradados.

- Ministerio de Economía, Fomento y Turismo:

La Ley N° 18.892, DE 1989, conocida como la Ley general de Pesca y Acuicultura ha tenido 60 modificaciones sin que logre mejorar la implementación del enfoque ecosistémico, que declara en el objetivo de la ley. A pesar de ciertos cambios y avances, el 70% de las pesquerías en Chile está sobreexplotadas o en colapso, y la extracción de especies de al-

gas pardas está en un momento crítico, cuyas cuotas son sobrepasadas con bajo o nula fiscalización. La Acuicultura por su parte ha sido una actividad altamente contaminante, en cada una de las áreas donde se ha instalado, su desarrollo incluso se ha extendido en áreas protegidas, cuyo objetivo es proteger especies nativas y ecosistemas singulares, los que son afectados no sólo por las prácticas propias de la industria, sino porque parte de ella, como la industria salmonera, se basa en el cultivo de especies exóticas invasoras, feroces depredadoras de la biodiversidad nativa.

- Código de Aguas. Derecho de aprovechamiento de agua y gestión de cuencas:

El Boletín 7543-12 fue aprobado en la Cámara de Diputados en noviembre de 2016 y en agosto del 2017 la Comisión de Recursos Hídricos permitió incluir cambios sustantivos a la gestión del agua, como dar prioridad al agua para el consumo humano y el saneamiento, nuevos derechos tendrán caducidad y serán otorgados a 30 años máximo y con la opción de renovación. La Dirección General de Aguas podrá establecer un caudal ecológico mínimo, respecto de los derechos de agua existentes en aquellas áreas en que existe un ecosistema amenazado o degradado, en áreas declaradas bajo protección oficial de biodiversidad, esto último, en consistencia con el proyecto de ley (aún inexistente) que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. El Estado deberá resguardar que exista un caudal suficiente en las fuentes naturales, para velar por las funciones escénicas, paisajísticas, ambientales, sociales y de ordenamiento territorial de las aguas.

Se prohíbe la constitución de derechos de aprovechamiento en áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad como áreas protegidas, se exime del pago de patentes a titulares de derechos no extractivos de aguas que no los utilicen a fin de mantener la función ecológica de áreas declaradas protegidas por el Ministerio de Medio Ambiente, in-

cluyendo proyectos para fines recreacionales, turísticos u otros, siempre que dicho proyecto implique no utilizarlas ni extraerlas de su fuente.

Se extiende la prohibición de extracción de aguas subterráneas que alimentan áreas de vegas, bofedales y pajonales a toda la macrozona norte, materia que debe ser implementada a la brevedad.

Se propone, asimismo, un Incentivo a la Recarga Artificial de Acuíferos, para que toda persona pueda recargar artificialmente acuíferos, salvo que afecte aguas para consumo humano y normas de calidad. Esto último debe ser evaluado caso a caso para no incidir negativamente en las cuencas y ecosistemas.

5. Conclusiones y recomendaciones

Los territorios, espacios habitados por la sociedad y otras formas de vida, se constituyen como sistemas socio-ecológicos complejos y en conflictividad permanente. Sin embargo, un nuevo escenario para revertir los actuales niveles de degradación ambiental pasa por la construcción de gobernanzas fuertes, cohesión social, reconstrucción del tejido social y recuperación de prácticas de uso local de recursos naturales y del cuidado de las diversas formas de vida.

Para alcanzar el bienestar social y ecológico es preciso integrar en la Constitución elementos que obliguen a su expresión en leyes, normas y formas de acción. A pesar de las transformaciones y algunos avances en la institucionalidad ambiental, se mantienen estructuras sectoriales que no atienden la crisis climática y social que vivimos. La necesidad de reducir las inequidades ambientales y sociales, reducir conflictos socio-ambientales, precisa de modificar y ajustar leyes anacrónicas que imposibilitan hacer justicia en los territorios, a conservar su biodiversidad y las contribuciones que esta aporta a la sociedad.



Derechos Fundamentales y Medio Ambiente

Fernanda Salinas Urzúa

Los Derechos Fundamentales son un grupo de derechos que se reconocen en las Constituciones y que son inherentes a toda persona por el solo hecho de serlo. Son imprescriptibles, inalienables, irrenunciables y universales. Se reconocen tanto para individuos como para colectivos. Los derechos fundamentales no son absolutos, y encuentran sus límites en el respeto por los derechos de los demás.

Los Derechos Fundamentales se inspiran en los Derechos Humanos, de los que es posible identificar tres oleadas, que se denominan como de primera, segunda y tercera generación. Los Derechos Humanos de primera generación son derechos civiles y políticos de carácter individual. Imponen al Estado la obligación de respetar algunas libertades fundamentales de los ciudadanos, como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la igualdad ante la ley, la prohibición de tortura, la libertad de credo, entre otras.

Los Derechos de segunda generación, son derechos económicos, sociales y culturales. Se basan en la idea de igualdad y garantía al acceso a bienes, servicios y oportunidades sociales y económicas fundamentales para una mejor condición de vida de las personas. Implican al Estado como medio para satisfacer algunas necesidades materiales de los ciudadanos, como el derecho a una adecuada calidad de vida, derecho a la educación, derecho al agua y saneamiento, derecho a la salud, derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo, el derecho a pertenecer a un sindicato, entre otros.

Los Derechos de tercera generación son los derechos de Solidaridad o de los Pueblos. Son los derechos colectivos de la sociedad o de las personas, y comprenden el derecho a la paz, al desarrollo sostenible, al medio ambiente sano, a la autodeterminación, derechos de los consumidores, protección frente a la manipulación genética, entre otros.

De lo anterior, en términos generales, es posible reconocer una tendencia al incremento en la jerarquía de los niveles de organización de la sociedad que son abordados en las sucesivas generaciones de Derechos Humanos. Los derechos humanos de primera generación son referidos especialmente a la persona misma como individuo, los de segunda generación a la relación entre la persona y su relación con el Estado y los de tercera generación a las relaciones de la sociedad en su conjunto y las relaciones con su entorno. En ese sentido, los Derechos Humanos han ido abordando de manera gradual una complejización en su reconocimiento buscando defender el bienestar de las personas.

El derecho a un medio ambiente sano, por ejemplo, es un derecho humano de tercera generación, y es fundamental para el goce de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la salud, al alimento y al agua. A pesar del reconocimiento de la importancia del cuidado del medio ambiente para asegurar el bienestar humano, el estado actual del paradigma predominante de gobernanza de las sociedades humanas modernas, diseñadas con un enfoque de arriba hacia abajo, generan graves vulneraciones de los derechos fundamentales, tanto en el dominio individual, como social y ambiental. Y en la medida que el medio ambiente y sus elementos se conciben como elementos apropiables, mercantilizables y enajenables, son artificialmente disociados de su relación intrínseca tanto con el bienestar humano y de su propia capacidad de autoregeneración.

En la medida en que libertades de empresa y el derecho a la propiedad se ponen al mismo nivel que el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación o al agua surgen los conflictos. Una iniciativa personal, o de un pequeño grupo de personas, puede poner en riesgo derechos fundamentales de otro grupo de personas¹⁹³. Una arista importante de esta disociación se encuentra en la industria alimentaria. A pesar

193 Cullinan C (2019) El Derecho Salvaje. Un manifiesto por la justicia de la Tierra. Huaponi Ediciones, Quito.

de que los alimentos, la salud y el agua constituyen un derecho humano, los alimentos son producidos y tratados como mercancía por la industria, generando impactos en la disponibilidad hídrica por la destrucción de ecosistemas naturales para expandir el sistema productivo o por la apropiación del agua, la contaminación de ecosistemas y personas con la utilización de productos agrotóxicos y farmacéuticos, y efectos negativos en la salud de las personas por el consumo de alimentos industriales altamente procesados y refinados. En ese sentido, a mi juicio, debiera revisarse en profundidad si tanto el derecho a la propiedad, los derechos económicos y de libertad de empresa debieran ser consagrados en la Constitución, ya que en ellos se sientan las bases para la apropiación, mercantilización y enajenación de la naturaleza y de sus elementos, con las consecuencias por todos conocidas.

Los pueblos indígenas y las comunidades locales que son sectores no dominantes de la sociedad actual son afectados por los impactos ambientales que se generan como consecuencia de este modelo de gobernanza. Y justamente son estas comunidades las que históricamente han conservado los ecosistemas por generaciones y son los más adecuados para tomar decisiones sobre esos ecosistemas.

Los derechos bioculturales surgieron de manera contemporánea con los derechos indígenas y los derechos ambientales. Los derechos bioculturales presuponen un vínculo explícito con la conservación y uso sostenible de la biodiversidad, y no restringen su reconocimiento para grupos indígenas exclusivamente. Los derechos bioculturales son derechos colectivos establecidos por largo tiempo en una comunidad, de acuerdo a sus leyes consuetudinarias, para administrar la tierra, el agua y los distintos elementos de la naturaleza. A diferencia de los derechos de propiedad, no son mercantilizables ni enajenables, sino que son derechos colectivos para que las comunidades administren los elementos de la naturaleza con la usanza y la ética tradicional. Múltiples evidencias alrededor del mundo nos muestran que las comunidades empoderadas por mantener sus formas de vida tradicionales conservan la naturaleza.

En el corazón de la lucha de los pueblos indígenas está el derecho a la autodeterminación¹⁹⁴. Este es el

derecho de los pueblos a decidir sus propias formas de gobierno, a un desarrollo endógeno que se base en los propios criterios de desarrollo de la gente local, considerando el bienestar social, material y espiritual y de acuerdo con el principio de equidad. Y tanto desde los movimientos del desarrollo a escala humana, de la administración de los bienes comunes, de los pueblos indígenas y el derecho a la administración ecológica y los derechos ambientales de tercera generación, se converge a la aceptación de que el objetivo de protección de los ecosistemas locales es alcanzado de mejor manera asegurando los derechos que viven en ellos. Este reconocimiento ha derivado en leyes y políticas ambientales que reconocen explícita e implícitamente los derechos de las comunidades para administrar sus territorios, que son reconocidos aquí como derechos bioculturales.

Como parte de esta visión compleja y de interdependencia entre las personas y los territorios y que reconoce las singularidades de cada uno de ellos, los campesinos del mundo han exigido por décadas el derecho a la soberanía alimentaria, entendida como el derecho a la alimentación asegurado por campesinos y campesinas que producen alimentos sanos de forma agroecológica y que gozan del acceso a la tierra, al agua, a las semillas y el apoyo del gobierno¹⁹⁵.

Aunque los derechos bioculturales se asocian a comunidades que tienen un vínculo tradicional cultural y espiritual con su territorio, también podrían ser invocados para otro tipo de comunidades, como comunidades urbanas, que busquen proteger elementos de la ciudad de su destrucción. En ese sentido, el objetivo de protección y conservación de los ecosistemas locales sería alcanzado de mejor manera en la medida que se aseguran los derechos colectivos de quienes viven, dependen y forman parte directa de ellos. En ese sentido, en la medida que el poder y la autoridad estén descentralizados en gobiernos locales para facilitar la participación directa del pueblo en el desarrollo y la gestión de su propio bienestar social, económico y medioambiental, como establece por ejemplo, la Constitución de Bután, parece fundamental. El derecho a la autodeterminación, como derecho colectivo para ser incluido en una nueva constitución, permite redistribuir el poder en los territorios y asegurar su conservación para las generaciones presentes y futuras. En esta línea, el poeta mapuche Elicura

194 Bavikatte KS y T Bennett (2015) Community stewardship: The foundation of biocultural rights. *Journal of Human Rights and the Environment* 6(1): 7-29.

195 Miguel Altieri, comunicación personal.

Chihuailaf ha ampliado la demanda autonomista mapuche a una demanda de autonomía para todas las regiones de Chile, con un proyecto de descentralización estatonacional¹⁹⁶.

Conclusiones

El modelo de gobernanza prevalente de las civilizaciones modernas se impone en los territorios desde arriba hacia abajo. Este modelo enajena y mercantiliza tanto los territorios como los elementos de la naturaleza, y no considera la administración histórica que han realizado las comunidades locales que han permitido su conservación. Este modelo de gobernanza puede ser transformado al reconocer los derechos bioculturales. Los derechos bioculturales tienen su base en la administración histórica de los elementos de la naturaleza y de los territorios por las comunidades que los habitan. Son derechos colectivos para

administrar la tierra, el agua y los distintos elementos de la naturaleza de acuerdo a la usanza y a la ética tradicional, y no son mercantilizables ni enajenables. La conservación de la naturaleza, de las formas de vida, de la cultura y sus costumbres y la toma de decisiones de quienes han administrado los territorios están en la base de los derechos bioculturales.

Estos derechos bioculturales se complementan tanto con el derecho a la autodeterminación como con el derecho a la soberanía alimentaria. El derecho a la autodeterminación permite a un pueblo decidir sus propias formas de gobierno y de desarrollo endógeno basado en los criterios de desarrollo de la gente local, considerando el bienestar social, material y espiritual y de acuerdo con el principio de equidad. La soberanía alimentaria es el derecho a la alimentación asegurado por campesinos y campesinas que producen alimentos sanos de forma agroecológica y que gozan del acceso a la tierra, al agua, a las semillas y el apoyo del gobierno.

196 Marimán JA (2012) Autodeterminación. Ideas políticas mapuche en el albor del siglo XXI. LOM ediciones.



Tipo ius fundamental: derecho a un medio ambiente sano

Amaya Álvarez Marín & Rodrigo Castillo Jofré

Algunas consideraciones previas

La precisión del tipo ius fundamental, en el caso del derecho a un medio ambiente sano presenta una serie de dificultades y desafíos, especialmente en nuestro país, por diversos motivos. Entre ellos encontramos, deficiencias técnicas en la formulación nacional (derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación) que se diferencia de otras fórmulas utilizadas en el derecho internacional y el derecho comparado, en las cuales destaca, justamente, la de “derecho a vivir en un medio ambiente sano”¹⁹⁷. Las diversidad de fuentes de derecho internacional, su carácter reciente y las cambiantes condiciones de aplicación, se

han visto confrontadas por una diversidad de teorías, que pugnan por la ampliación del contenido y titularidad del derecho al medio ambiente. En las siguientes secciones se intentará dar un panorama general de estas, aunque debe tenerse presente que corresponde a debates en desarrollo entre los diferentes autores/as y la jurisprudencia.

1. El tipo ius fundamental

En palabras de Aldunate: “la tipicidad ius fundamental alude a las consecuencias jurídicas derivadas del respectivo derecho, y con ello, al conjunto de enunciados

CONSAGRACIÓN POSITIVA

Constitución Política de la República de Chile.

Artículo 19 N° 8: “La Constitución asegura a todas las personas:

8° 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.

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

Concordancias en la Constitución chilena:

Arts. 19 N° 24 inciso segundo (posibilidad de establecer limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad en razón de la función social, que comprende la conservación del patrimonio ambiental; 20 inciso segundo (recurso de protección en materia ambiental). artículos 1° incisos 1°, 4° y final; 5°, 19 N°s 1, 9, 16 inciso 4°; 20, 23, 24 inciso 2° y 64.

Derecho Internacional de los DDHH:

Tratados Internacionales de DDHH ratificados por Chile

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: artículo 12 N° 2 letra b).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 26 y 29.
- Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989: art. 4, 7, 13-15, 32.

Otros Tratados Internacionales ratificados por Chile señalar ratificación y fecha vigencia

- Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes
- Protocolo de Montreal relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono

197 Aguilar (2016) Las deficiencias en la fórmula “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión”. Estudios Constitucionales Año 14 (2): 365-416.

- Convenio Sobre la Diversidad Biológica de 1992 y protocolos ej. Akwe-Kón
- Acuerdo de París, adoptado en la Vigésimo Primera Reunión de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, en París, el 12 de diciembre de 2015.

Otros instrumentos internacionales de DDHH (criterio de clasificación)

- Declaración Universal de Derechos Humanos: art. 25
- Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano, 1972.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988 (No ratificado por Chile), art. 11.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1992.
- Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (o Conferencia Río+20), 2012
- Resolución 70/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que establece la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, del 25 de septiembre de 2015.

Acuerdos relevantes NO firmados por Chile:

- Acuerdo de Escazú

normativos que pueden predicarse como contenido de la protección ius fundamental¹⁹⁸.”

El precepto normativo constitucional en que esta es demarcado, debe comprender el texto constitucional-convencional del respectivo derecho, incluyendo a las disposiciones que refieren a su limitación y posibilidades de afectación al derecho.

Como se mencionó, la Constitución consagra el derecho a “vivir en un medio ambiente libre de contaminación” en su artículo 19 N° 8, de la mano con una obligación correlativa del Estado a velar por que ese derecho no se vea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. Dicha fórmula, ya plantea, en primer lugar, la interrogante de si el derecho en sí mismo es sólo el de la primera parte del inciso primero, o si este también incorpora a la obligación correlativa del Estado (un derecho a la acción del Estado y a la tutela de la preservación de la naturaleza).

El sistema interamericano de Derechos Humanos, por su parte, ha desarrollado su jurisprudencia y recomendaciones en torno al concepto del “derecho a vivir en un medio ambiente sano”.

Este derecho, en principio, no fue expresamente incorporado en la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual puede resultar entendible por el

período de dictación y el tenor más bien orientado a los derechos civiles y políticos del texto. Sin embargo, tanto en instrumentos complementarios, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, se incorpora una mención expresa a este derecho, junto con la obligación correlativa de los Estados a promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Si bien este instrumento no ha sido ratificado a nuestro país, si puede considerarse que, en virtud de otros derechos conexos, y de la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho de los artículos 26 y 29 de la Convención, este ha tenido un amplio desarrollo y recepción, por lo que entendemos, puede considerarse aplicable y generador de obligaciones internacionales para nuestro país (Casos *Awas Tigni vs Nicaragua*, 2001; *Yakye Axa vs Paraguay* de 2005; *Sawhoyamaya vs Paraguay*, 2006; *Lhaka Honhat vs Argentina*, 2020, entre otros).

Además de lo anterior, el Sistema Internacional de Derechos Humanos presenta otras disposiciones que configuran también el contenido del tipo del derecho a un medio ambiente sano, como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio 169 de la OIT en lo referente a los derechos de los Pueblos Indígenas. Esto son a su

198 Aldunate E (2008) Derechos Fundamentales. Editorial Legal Publishing: 138.

vez, por tratados internacionales y otros instrumentos internacionales, que no siendo específicamente relativos a derechos humanos, abordan materias sobre ecosistema y medio ambiente, que permiten ilustrar el contenido y alcance de este derecho. Entre ellos, destacamos principalmente, por su ampliación en su mirada, el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992, y el Acuerdo de París sobre Cambio Climático de 2015.

Titularidad activa

En lo relativo a la titularidad activa de este derecho, la primera discusión que puede plantearse es respecto al interés central en su protección, respecto a si este comparte con los demás derechos fundamentales justificación antropocéntrica, siendo el resultado que únicamente las personas pueden ser titulares del derecho a vivir en un medio ambiente sano. Por el contrario, una concepción amplia, que considera que este derecho protege también un interés autónomo de protección al medio ambiente, atribuyéndole la titularidad de este y otros derechos a entidades naturales, independientemente de la protección de seres humanos¹⁹⁹. Una tercera concepción, considera también la posibilidad de asignarles derechos en protección de un interés humano, considerando la interrelación de la naturaleza con la supervivencia y bienestar de la humanidad²⁰⁰.

En Chile si bien existe una tradición jurídica que apunta de forma casi unánime a la consideración del derecho a un Medio Ambiente “libre de contaminación” como protector de un interés humano²⁰¹, no deja de resultar interesante el análisis tanto de fallos que han reconocido el interés general de protección de la naturaleza y toda forma de vida como base de las obligaciones del Estado en la Materia²⁰², como

también los avances que en el contexto del Sistema Interamericano se han planteado en orden de promover tal reconocimiento de derechos a entidades naturales²⁰³.

Por otra parte, dentro de la protección del derecho al medio ambiente como interés humano, surge también la discusión sobre si este protege únicamente a un interés individual, considerando la estructura general del catálogo de derechos fundamentales establecido por la Constitución de 1980, o también un interés colectivo. En esta materia, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha aceptado la titularidad colectiva, lo que resulta aplicable de entidades sociales, ambientalistas, o autoridades públicas en defensa de un interés colectivo²⁰⁴.

Titularidad pasiva

El obligado por este derecho es tanto el Estado, como los particulares, lo cual surge del contenido del artículo 6 de la Constitución, y de la naturaleza del Derecho.

En lo que respecta a las obligaciones del Estado en la materia, el propio artículo 19 N° 8 especifica que le corresponde velar por la protección de este Derecho (reforzando las obligaciones que competen a todos sus órganos en la materia) y además, le impone la obligación de tutelar la preservación de la naturaleza (lo que tiene relevancia para efectos de la mencionada tesis de centrar este y otros derechos en la titularidad de entes naturales).

En relación a esto último, resulta interesante lo contenido en el fallo de la causa Rol 1219/2009 Corte Suprema, que señaló “La Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho a

199 En tal sentido se han direccionado los textos constitucionales de Ecuador (2008), Bolivia (2009) y decisiones jurisprudenciales como la del caso del río Atrato, en Colombia (T 622-16), río Whanganui, en Nueva Zelanda (2014), río Ganges, en India (2017), entre otros.

200 Bosselmann K (2001) Human rights and the environment: Redefining fundamental principles? En: Governing for the Environment. Palgrave Macmillan, London: 118-134.

201 Guiloff M y Moya F (2020) Derecho a vivir en un medio ambiente sano. En: P Contreras y C Salgado (Eds.) Curso de Derechos Fundamentales, Editorial Tirant Lo Blanch: 702-726 (NO PUBLICADO).

202 Sentencia rol 1219/2009 CS, considerando 10.

203 En tal sentido, la Opinión Consultiva 23-17 de 2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

204 En tal sentido, Sentencia rol 2732-1996 Corte Suprema (CS), citada recientemente en Sentencia rol 12808-2019 CS. En ella se señala que: “cabe señalar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público. (...) en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa un daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual. (...) Así, son titulares de este recurso, necesariamente, todas las personas naturales o jurídicas que habitan el Estado y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación que asegure el artículo 19 N° 8 del texto fundamental”.

vivir en un medio ambiente libre de contaminación. La obligación constitucional que se le impone al Estado de proteger el medio ambiente sólo puede entenderse bajo la premisa que a partir de él se desarrolla toda forma de vida. Esto es, cumple una función claramente preventiva.” Considerando 10²⁰⁵.

Por último, es destacable en cuanto a la legitimidad pasiva, que en aquellos casos en que quiera buscarse su amparo por medio de la acción constitucional de protección, el artículo 20 establece que el recurso sólo podrá ejercerse contra un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, lo que excluye, a nuestro juicio de forma injustificada, a las hipótesis de arbitrariedad, y el caso de una afectación que no está determinada en su origen.

Limitación específica

La disposición del artículo 19 numeral 8°, y la normativa en materia de derechos fundamentales en la materia, no contienen una limitación específica en la materia. Más aun, el inciso segundo de dicho numeral contiene una limitación específica para otros derechos con el objeto de proteger al medio ambiente, señalando que “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. Ello es concordante con lo contenido en el art. 19 N° 24, en orden a establecer limitaciones legales al ejercicio del derecho de propiedad justificadas en la conservación del patrimonio ambiental.

Por lo anterior, son aplicables las limitaciones posibles para todos los derechos fundamentales, según los parámetros establecidos en el art. 19 N° 26 (establecidas por ley, y que no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio). Cabe hacer presente que las normas de limitaciones a otros derechos, en razón de la protección al medio ambiente, hace necesario a nuestro juicio, considerar a este derecho como especialmente protegido, lo que debe ser tomado en cuenta a la hora de imponerle limitaciones, analizar la aplicación práctica de las mismas, y la eventual coalición de este derecho con otros derechos fundamentales.

2. Dignidad Humana

La determinación del contenido de dignidad humana involucrado en el derecho a un medio ambiente sano, es una tarea difícil y con opiniones contradictorias, lo que está de la mano con las características señaladas anteriormente, relativas a los problemas en la fórmula constitucional, los avances en la materia a nivel internacional y comparado, y la cambiante realidad ambiental en la cual la aplicación de la misma ha estado inserta. *A priori*, de la revisión efectuada, podemos sistematizar las posturas en torno al contenido de dignidad humana en el derecho en cuestión en torno a tres posiciones diferentes:

a. El contenido de dignidad humana en el derecho al medio ambiente sano (o libre de contaminación en la fórmula chilena) es equiparable a la protección al derecho a la vida, a la integridad física y síquica y el derecho a la salud frente afectaciones que tengan origen en problemas ambientales. Esta postura, que en nuestro país tuvo mayor difusión en la primera época de aplicación del texto constitucional (años 80's y 90's), y fue defendida por autores como Eduardo Soto Kloss, quien señalara que “La contaminación de que se trata de proteger al hombre por el artículo 19 N° 8 y por el 20 [de la Constitución Política] ha de significarle al ser humano, es decir, a la persona, un menoscabo o agravio en su naturaleza humana, sea en su corporeidad/integridad física, sea en su constitutivo sicológico/integridad síquica, de allí que “su ambiente” es el que ha de ser afectado, en el que vive y desarrolla sus actividades, ya lugar de trabajo o bien de descanso, esparcimiento o recreación”²⁰⁶. Dicha concepción es criticable por cuanto borraría en la base toda justificación a la consagración especial a este derecho.

b. El contenido de dignidad humana del derecho al medio ambiente sano como uno especial, pero manteniendo una base centrada en la protección de la persona humana. Dicha postura es difundida doctrinariamente por Bermúdez²⁰⁷, quien asegura que para hacer lógica y justificable la incorporación del derecho, este debe tener un enfoque mayor a la sola conservación de la vida y la integridad física, apuntando también a asegurar ciertas condiciones de vida y de desarrollo

205 Caso en que se resolvió que la eliminación ilegal de un uso de suelo para áreas verdes (y la consiguiente instalación de una termoeléctrica) en una localidad afectada por la alta emisión de contaminantes (Ventanas-Puchuncaví) provoca un menoscabo evidente al entorno en que viven los recurrentes, vulnerando su derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

206 Soto E (1992) Comentario a la Sentencia de 22 de junio de 1992 de la Corte de Apelaciones de Copiapó (Callejas Molina y otro con Compañía Minera del Pacífico S.A.). Revista de Derecho y Jurisprudencia 89: 354 y ss. Dicha postura al parecer de Guiloff y Moya (2020) parece superada por la jurisprudencia, pero reaparece en un voto disidente del TC en el año 2012 (STC Rol N° 2386-12, cons. 36.).

207 Bermúdez J (2000) El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso N° XXI: 9-25. Reiterado posteriormente en Jorge Bermúdez (2007) Fundamentos de derecho ambiental. Ediciones Universita.

personal, espiritual y material. Para determinar entonces cuál es este contenido especial y distintivo de dignidad humana en el derecho al medio ambiente sano, consideramos que es útil recurrir a la definición dada por la Corte Constitucional Colombiana²⁰⁸, que distingue en la dignidad humana elementos asociados con:

- Autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital, con lo cual las afectaciones a la dignidad humana implicarán un impacto en el medio ambiente que impidan la posibilidad de desarrollo de las personas (en un sentido similar a lo señalado por Bermúdez en el texto ya citado).

- Ciertas condiciones materiales concretas de existencia, con ello, el mínimo de dignidad humana involucrado en el derecho a vivir en un medio ambiente sano también comprende las condiciones de existencia aseguradas por dicho ambiente (recursos naturales, agua, calidad del aire, alimentación proveniente de la naturaleza, etc.).

- Intangibilidad de bienes no patrimoniales, integridad física y moral. En este aspecto, estaría incluido también en la dignidad humana del derecho elementos que apuntan no sólo a la conservación de la salud e integridad física de las personas (ante afectaciones causadas por el daño ambiental, la contaminación), sino también por afectaciones a sus relaciones espirituales, culturales con el ambiente. En tal sentido, un gran avance lo ha entregado la doctrina y la jurisprudencia interamericana, en lo relativo a la relación de los pueblos originarios con el medio ambiente, en los cuales, y frente a ciertas vulneraciones, puede estar comprometido un aspecto de dignidad humana, al privar a estos pueblos de su relación ancestral con el ecosistema en el que se encuentran insertos²⁰⁹.

c. Una tercera forma de entender este elemento, es en relación con aquellas teorías que permiten la titularidad de este derecho (y otros) a la naturaleza y elementos particulares de esta, frente a las cuales, el mínimo inviolable de contenido no estaría determinado por la dignidad humana, correspondiente a un enfoque antropocéntrico, sino a un contenido mínimo acorde a estas entidades. Si bien este, por lo incipien-

te de esta doctrina en nuestro medio, aún no ha sido establecido con claridad, en atención a algunos aportes doctrinarios²¹⁰, podemos señalar que esta base inviolable puede encontrarse, entre otras fórmulas, en la dignidad de la vida (en un sentido amplio, no sólo humana), el equilibrio ecosistémico mínimo, e incluso, en elementos propios de cosmovisiones diferentes a la occidental (como es el caso de las Constituciones Boliviana y Ecuatoriana, donde el respeto a la Pachamama y los principios del Sumaq Kawsay o Sumaq Qamaña —vivir bien— se erigen como base del modelo constitucional).

3. Núcleo esencial

En orden a determinar el contenido de este derecho, es preciso atender a los intensos debates que la consagración del mismo ha provocado en la doctrina y jurisprudencia nacional, cerrando con algunas referencias a la situación del derecho internacional y el sistema interamericano de derechos humanos.

En primer lugar en cuanto al concepto de “medio ambiente”, contenido tanto en la formulación chilena (medio ambiente libre de contaminación) como en la interamericana (medio ambiente sano) se ha avanzado desde una concepción que incorpora únicamente los elementos “naturales”, ajenos a la intervención humana, a una que incorpora también elementos sociales y culturales, ya sea aquellos vinculados estrictamente a la intervención humana (patrimonio cultural) o que implique, como en muchas ocasiones, una interrelación de elementos culturales y ambientales²¹¹. Ello hoy se ve claramente asentado con la definición de medio ambiente contenida en la ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente²¹².

Otro tema, especialmente objeto de debate, es aquel derivado de la formulación constitucional chilena, esto es, que aspectos son protegido como núcleo del derecho, en especial a qué refiere una expresión como “libre de contaminación”. Esta fórmula (que como se señaló, ha recibido diversas críticas), ha sido

208 Corte Constitucional Colombiana, T-881-02, 17 de octubre de 2002. Citado en: Álvez A (2017) Norma y tipicidad iusfundamental: 55-92. En: P Contreras y C Salgado (Eds.) Manual de Derechos Fundamentales. Teoría General. LOM ediciones.

209 En tal sentido, el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lhaka Honhat vs. Argentina, 2020.

210 Stutzin G (1984) Un imperativo ecológico, reconocer los derechos de la naturaleza. Revista Ambiente y Desarrollo I, N° 1: 97-114. Knauß S (2018) Conceptualizing Human Stewardship in the Anthropocene: The Rights of Nature in Ecuador, New Zealand and India. Journal of Agricultural and Environmental Ethics 31:703-722.

211 Bermúdez J (2000) Op. Cit.

212 Ley 19.330, art. 2 letra II) “(Medio Ambiente): El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

empujada en su aplicación, a una visión restrictiva. En principio, por el debate ocurrido en el origen de la norma, por cuanto el texto original contenido en la Acta Constitucional Número 3 refería a un “Medio ambiente libre de toda contaminación”, formulándose finalmente como un medio ambiente libre de contaminación, entendiéndose que resultaba imposible en la práctica actuar contra cualquier tipo de contaminación y en cualquier nivel^{213, 214}.

Un segundo problema, se dio producto de la definición del concepto de “contaminación” dado en la ley 19.300, de 1994, el cual lo señala como “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”. El tomar estrictamente dicho concepto para determinar el campo de aplicación y el núcleo esencial del derecho fundamental, llevaría a la conclusión (inconsistente en términos jurídicos) de dejar el contenido del derecho fundamental y su núcleo a entera disposición del legislador, y a que, en la medida de que no se dicten normas relativas a contaminantes específicos sobre ciertos ambientes específicos, este derecho terminaría careciendo de contenido²¹⁵. Pese a lo inaceptable que parece esta situación, dicho criterio ha sido aplicado en ocasiones en nuestro país, tanto por la Corte Suprema²¹⁶, como por el Tribunal Constitucional²¹⁷. Con posterioridad, se ha complementado este criterio, señalando que en aquellos casos en los cuales no existe una regla específica que determine niveles prohibidos de contaminación, esta debe ser evaluada en la situación concreta con la situación concreta por la autoridad, pudiendo constituirse vulneraciones al derecho pese a la inexistencia de norma²¹⁸.

Pese a que dicho criterio es un avance, aún deja sin resolver las múltiples situaciones en que es posible

que se produzca una vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pese a que se respeten las normativas y regulaciones de emisiones de agentes contaminantes en la materia. El rápido avance de la ciencia y los cambios en la estructura de la biosfera por acción humana, vuelven de creciente relevancia este problema. Frente a ello, resulta nuevamente destacable la crítica al término “libre de contaminación” utilizado por la Constitución Chilena, y su reemplazo por una terminología omni-compreensiva, como la que ofrece, entre otras, el concepto de “medio ambiente sano”, utilizado por el sistema interamericano, por la posibilidad de incorporar en él elementos de equilibrio ecológico, sostenibilidad y bienestar el ecosistema más allá de la presencia en ciertos niveles de ciertos agentes contaminantes.

Finalmente, para cerrar lo relativo a la determinación del núcleo esencial de este derecho, debe hacerse referencia también a las diferencias en la determinación del ámbito protegido por este, en cuanto a la distancia o vínculo que separa a la fuente de afectación con el derecho del titular. En palabras simples, a cuan cerca debemos estar del medio ambiente afectado para considerar que el derecho sobre este se ve afectado.

Centrándonos sólo para estos efectos en la concepción “antropocéntrica” (por ser esta la de mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial en nuestro país), se señaló originalmente que el “ambiente” protegido en relación a una persona, es aquel que se encuentre físicamente próximo a esta, el inmediatamente adyacente. Esta concepción resulta problemática por la conocida interrelación de los elementos del ecosistema y el medio ambiente, puesto que los daños sobre una porción del mismo, pese a no encontrarse físicamente cercana a una persona o comunidad, si pueden repercutir en ellas. Es por ello que la doctrina a interpretad ello en el sentido de la “previsibilidad”

213 Guiloff y Moya (2020) Op. Cit.

214 Esto debe tomarse con cuidado, por las dificultades que implica en considerar al origen de la norma como interpretación auténtica, debido al procedimiento antidemocrático de formación de la Constitución de 1980 y su catálogo de derechos fundamentales.

215 Guiloff y Moya (2020) Op. Cit.

216 Sentencia Rol 6397/2008 CS: “Que, si bien lo anterior es suficiente para el rechazo de esta acción cautelar, es necesario hacer presente que tampoco se vislumbra la forma en que la decisión recurrida puede afectar el derecho de los reclamantes a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente establece en su artículo 2° letra m) que, para todos los efectos legales, se entenderá por medio ambiente libre de contaminación aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental. De la mera lectura del libelo interpuesto por los actores, se constata que no se explica en parte alguna cuáles son los elementos contaminantes que se generarán en el ambiente a consecuencia del proyecto aprobado por el acto administrativo que se recurre y que puedan constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental, tal como lo exige el constituyente y el legislador para la tutela jurisdiccional del referido derecho. (Considerando 9°).”

217 STC Rol N° 577-07.

218 STC Rol N° 2.644-14.

del efecto de afectación provocada por una acción u omisión sobre el derecho de su titular²¹⁹. Entendiendo los diversos efectos que pueden tener estas afectaciones, y la existencia de diversos procesos de largo alcance (como el calentamiento global y el cambio climático) a nuestro juicio dicha previsibilidad debe interpretarse en el sentido más amplio y protector posible, y atendiendo también a los compromisos del Estado en la materia, consagrados en instrumentos como el Acuerdo de París y el Convenio sobre la diversidad biológica.

Quizás habría sido útil hacer referencia al control de convencionalidad cómo una forma de incorporar la nomenclatura del SIDH de forma vinculante a Chile.

4. Penumbra

Entendemos este concepto, siguiendo a Eduardo Aldunate, al ámbito del derecho que es legítimo restringir por la autoridad competente²²⁰. Además, y según al mismo autor, en este ámbito puede distinguirse entre las libertades y derechos en sentido estricto. Tratándose de este último, su contorno de protección está dado por el ordenamiento jurídico, que configura la delimitación del derecho. Este es el caso, justamente del derecho analizado, y su contorno conlleva todas las dificultades señaladas anteriormente en el punto relativo al núcleo esencial.

Este ámbito de restricción está sujeto a regulación general señalada por el artículo 19 N° 26, y se complementa con el campo de restricción permitido a otros derechos y libertades en protección del medio ambiente, lo que, a nuestro juicio, da una característica especial a este derecho, por cuanto, de forma justificada, el legislador podrá expandir su ámbito de aplicación incluso en situaciones en las cuales este derecho pueda entrar en conflictos con otras libertades y derechos.

El problema surge cuando el legislador no ha previsto dichas situaciones, y existe un ámbito de protección al medio ambiente en relación a los otros derechos. En tales situaciones, surge la necesidad de determinar si el derecho al medio ambiente sólo está resguardado por las regulaciones de emisiones de contaminantes permitidas (lo que, como ya dijimos, resulta

impropio de un derecho fundamental, quitándole su contenido) o bien, si habría que evaluar, en cada caso, la entidad de dichas limitaciones, teniendo presente para ello ciertos aspectos especiales del derecho al medio ambiente como son:

- La interrelación del ejercicio de los derechos, que se ve reforzada en el caso del derecho al medio ambiente como supuesto de ejercicio de otros (como el derecho a la vida, integridad física, salud, a ejercer actividades económicas, entre otros).

- El interés colectivo comprometido en la preservación del medio ambiente, reconocido en la jurisprudencia internacional y nacional ya citada.

- La premisa de que sólo bajo la integridad del medio ambiente puede desarrollarse toda forma de vida (Como reconoce la sentencia rol 1219/2009 CS antes citada).

- Las múltiples obligaciones internacionales del Estado en la materia, que imponen acciones de restricción de otros derechos en favor del medio ambiente, y como consecuencia, del derecho al medio ambiente.

Cabe hacer presente, por último, que dentro de los aspectos cubiertos por este derecho en su ejercicio la doctrina, particularmente Guilloff y Moya, reconocen tres ámbitos de aplicación, y en los cuales, podrían darse estas restricciones propias de la penumbra, esto es: los derechos al medio ambiente —relación directa persona-ambiente—, derechos del medio ambiente (ya referidos al tratar la titularidad jurídica y los derechos de la naturaleza) y los derechos procesales ambientales. Estos últimos, tendrían relación con garantías asociadas con la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones, el acceso a la información y el acceso a la justicia. En el caso particular de Chile, la falta de suscripción a los tratados internacionales en la materia (y particularmente, al denominado Acuerdo de Escazú que regula la participación, acceso a la justicia y acceso a la información en el ámbito latinoamericano) deja estos derechos procesales sujetos únicamente a una regulación legal, quedando en un ámbito que podríamos considerar de “penumbra” del tipo, sujetos a restricciones, pese a que en un caso concreto, se pueda discutir cuando su vulneración implique privación o limitación de otros derechos asociados (como igualdad ante la ley, garantías procesales, derecho a la vida y a la integridad física y síquica, entre otros).

219 Bermúdez J (2000) Op. Cit. y también Vásquez J (2014) Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental. Revista de Derecho Público 80, 1° Sem: 143-162.

220 Aldunate E (2008) Op. Cit.



Medio Ambiente, derecho fundamental y tutela jurisdiccional: balance y propuestas

Liliana Galdámez Zelada

Como afirma François Ost, “juristas y científicos, todos ellos movilizados por la urgencia ecológica, están condenados a entenderse” ... Si, en los primeros tiempos de la protección de la naturaleza, el legislador se preocupaba exclusivamente de tal o cual especie o de tal espacio que gozaban del favor del público (un criterio a la vez antropocéntrico, local y particular), hoy se protegen objetos mucho más abstractos y globalizadores, como el clima o la biodiversidad²²¹.

En la Constitución de 1980 el tratamiento del medio ambiente tiene tres dimensiones:

- a) Derecho fundamental
- b) Deber de protección
- c) Cláusula de restricción de derechos

A estas dimensiones se agrega la acción de protección como mecanismo de tutela jurisdiccional.

En esta propuesta analizaré de forma sucinta la forma en que esta dimensión se ha asegurado en la Constitución del 80 y elaboraré algunos elementos a considerar en la futura Constitución. No me referiré a otras e imprescindibles dimensiones del ambiente, la biodiversidad, la naturaleza, el enfoque ecosistémico, los que han sido tratados en capítulos anteriores de este volumen.

I. El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en la Constitución de 1980

La Constitución de 1980 incorporó prematuramente una de las dimensiones más clásicas del medio ambiente, esto es, su tratamiento como derecho fundamental, la Constitución señala:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 8. 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.

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

Se trata de un derecho que ha tenido un desarrollo progresivo, aunque limitado por los términos en que ha sido consagrado y por el desarrollo de criterios pendulares por los jueces, eso es especialmente visible en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²²² y menos en la jurisprudencia ordinaria²²³.

Regresando a la década de los 80, se puede afirmar que en esos años se trataba de un derecho nuevo, en la medida que las constituciones de la época no solían incluir esta clase de referencias. Eso mismo quizá incidió para que su desarrollo fuera muy tímido en la primera jurisprudencia. Esta afirmación, en todo caso, merece algunas aclaraciones imprescindibles.

El escaso desarrollo del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, además, debió enfrentar las fuertes dimensiones económicas de la Constitución del 80 que consagra el derecho de propiedad (19 N° 24), a la propiedad (19 N° 23), la libertad de empresa (19 N° 21), el régimen de propiedad minera (19 N° 24), el derecho de aprovechamiento de aguas. Todos derechos también protegidos por la acción de protección (Artículo 20). Además, en el caso de la libertad de empresa este derecho es doblemente protegido y reforzado por el amparo económico (Ley N° 18.971).

221 Galdámez L (2020) El Medio Ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. Revista de la Facultad de Derecho 48: ene-jun.

222 Galdámez L (2020) Op. Cit.

223 Galdámez L (2018) Recurso de Protección y Medio Ambiente en la Jurisprudencia en las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. En: L Galdámez (Ed.), Una perspectiva Constitucional del Medio Ambiente, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Desde el punto de vista jurídico es muy frecuente que los derechos fundamentales entren en tensión o colisión con otros derechos, en el caso del medio ambiente, estas tensiones siempre se relacionan con los derechos económicos, libertad de empresa, propiedad. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional (TC) “en causa Rol 185-94”, donde ejerce el control preventivo de la Ley de Bases del Medio Ambiente, LOC 19.300...el TC consideró contrario a la Constitución al art. 49 del proyecto: “Porque el establecer “prohibiciones totales o parciales” de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, viola el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Constitución Política, que reconoce a todas las personas el “derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”²²⁴ .

La doctrina ha caracterizado a la Constitución del 80 por los fuertes contenidos económicos que desarrolla, por esta fortaleza, especialmente en la primera jurisprudencia del TC, siempre prevalecieron los derechos económicos por sobre el medio ambiente.

II. El sentido y alcance del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

La noción “medio” se refiere al hábitat que nos rodea, sea un bosque, el lugar en el que vivimos o trabajamos. Así, por ejemplo, la Corte Suprema confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por las “serias deficiencias sanitarias del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Temuco”. En este caso consideró la Corte que “toda persona tiene el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, garantía que obviamente se extiende al lugar en que ésta presta sus labores”²²⁵ .

Sobre la comprensión de los alcances del derecho, especialmente desde el punto de vista físico, territorial, enseguida cabe una precisión que nos ayuda a pensar en clave de futuro. Se trata de la idea que la Constitución promueve a la hora de considerar la relación entre ser humano-entorno afectado, es decir, la definición de si acaso este derecho carece o no de dimensiones

territoriales concretas, en este punto aparece la tesis del entorno adyacente. “La cuestión es si el entorno debe ser entendido en un sentido amplio: es decir, si una persona que reside en Santiago puede ver afectado su derecho por la contaminación de las aguas de un río en Aysén (más de 1.600 km separan a Santiago y Aysén). Bermúdez²²⁶ propone superar la tensión a través de la noción “entorno adyacente”; esto es, para recurrir de protección por la afectación del derecho se requiere que la persona pueda percibir las consecuencias nocivas derivadas de la acción contaminante. Su protección jurisdiccional no alcanzaría a situaciones donde los daños no puedan percibirse. Para Bermúdez, entorno adyacente sería “el lugar necesario para que el individuo se desarrolle...el espacio que él necesita para poder desplegar sus capacidades, en definitiva, el entorno relacionado al individuo...”²²⁷ .

Lo anterior implica que desde el punto de vista de la tutela del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se requiere que el afectado se encuentre en ese entorno adyacente, así por ejemplo, en el caso de la acción de protección interpuesta contra el Rally Dakar que recorría una parte del desierto nortino por una ONG con domicilio en Santiago, “la Tercera Sala de la Corte Suprema consideró que los recurrentes, que comparecieron en representación de la Fundación Patrimonio Nuestro, no demostraron poseer un interés directo e inmediato en la acción que invocaron... Los recurrentes han invocado como derecho constitucional tutelado el consagrado en el núm. 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental, sin que hayan demostrado un interés directo e inmediato en la protección de la garantía que invocan, razón por la cual carecen de legitimación activa para interponer este recurso de protección”²²⁸ .

Otra cuestión importante es esclarecer qué significa medio ambiente libre de contaminación, desde la perspectiva de la Ley 19.300 eso es “aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”. Por su parte para el juez...la contaminación puede producirse, entre otras razones, por malos olores, por ruidos y por sobreexposición lumínica.

224 Galdámez L (2020) Op. Cit., pág. 10.

225 Galdámez L (2017) Medio Ambiente, Constitución y tratados en Chile, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Serie Año XLX Número 148: Enero-Abril:132.

226 Bermúdez J (2015) Fundamentos de Derecho Ambiental. 2ª Ed. Ediciones Universidad de Valparaíso, Valparaíso: 125.

227 Galdámez L (2017) Op. Cit., pág. 132.

228 Galdámez L (2017) Op. Cit., pág. 133.

En cuanto al objeto del derecho fundamental, este consiste en asegurar que las personas no vean afectadas sus condiciones materiales inmediatas, los elementos físicos de su entorno (adyacente) al punto de llegar a constituir una afectación del derecho a la salud. Se puede afirmar que las otras dimensiones que destaca la ley han tenido escaso desarrollo interpretativo y jurisprudencial, seguramente porque tampoco se trata de una definición que esté en la Constitución.

Otro aspecto importante del derecho es que se consagra un derecho individual, antropocéntrico, al que le es indiferente la biodiversidad, la conservación, la restauración, el cambio climático.

Establecida una violación al derecho, lo que la Corte puede ordenar es el cese del hecho u omisión, buscando “reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado” (art. 19 N° 20). La naturaleza, el medio donde se produce la afectación del derecho no es relevante a estos efectos.

En cuanto los titulares del derecho, ¿Pueden las personas jurídicas ver afectado este derecho?, según la jurisprudencia esto solo es posible si una persona jurídica recurre en nombre de los afectados.

Me parece que estos son los elementos más importantes del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, es un derecho subjetivo, que se reconoce a las personas de manera individual, que invisibiliza el entorno. Dicho esto, como se visto en sesión anterior, en base a normas semejantes en la jurisprudencia comparada se ha judicializado el cambio climático.

III. Tutela del Derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

El recurso de protección tiene unas características limitadas, y la Constitución se refiere a que este recurso procede cuando “el derecho sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”. Se requieren consecuencias concretas, medibles y tangibles. La afectación de la biodiversidad sería sumamente difícil de proteger desde esta perspectiva, ¿Cómo se prueba su daño y amenaza?, sin olvidar que, a su vez, esta afectación de la biodiversidad debe tener consecuencias en la vida humana que se encuentra en el entorno adyacente. Además, esta afectación debe ser consecuencia de un acto u omisión ilegal, debe existir una infracción de ley. En este punto es de reconocer que la jurisprudencia ha esquivado esta limitación por ser mu-

chas veces imposible de estructurar o en ocasiones demasiado obvia, como las infracciones por contaminación lumínica, sonora o atmosférica. También debe ser ejercida en contra de una persona “determinada” requisito que también la jurisprudencia ha comprendido y admitido como satisfecho cuando se determinan posibles agentes que producen tal afectación.

En definitiva, no se puede ir de protección por la defensa de derechos colectivos, deben acreditarse la afectación del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la reclamación debe provenir del entorno adyacente. Tampoco admite el litigio por derechos de la naturaleza, el sujeto protegido es la persona, no existen deberes de restauración asociados de forma sistemática en las sentencias de los jueces. En el caso Quintero-Puchuncaví, por ejemplo, la Corte Suprema no ordena la restauración del entorno afectado, ordena medidas para medir esa contaminación sin siquiera mencionar la palabra biodiversidad y otras medidas para proteger a las personas en los episodios críticos, además de órdenes de coordinación a las instituciones del Estado.

IV. Las propuestas

Derecho fundamental a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado que favorezca el bienestar y la conservación de los ecosistemas.

La Constitución debería reconocer el derecho fundamental de naturaleza individual y colectiva, para presentes y futuras generaciones a un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, que favorezca el bienestar y la conservación de los ecosistemas.

Tutela Jurisdiccional

La tutela del derecho fundamental es una acción de interés público. Puede ser ejercida contra toda acción u omisión que comprometa el derecho las personas, colectividades y de futuras generaciones a disfrutar de un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado. El juez dispondrá el cese de la afectación y ordenará las medidas necesarias para la conservación y en su caso para la restauración de los derechos afectado como protegerá y asegurará el equilibrio de los ecosistemas promoviendo su restauración cuando proceda. A este deber están obligados todos los poderes del Estado.

Los principios de Interpretación

“Participación, desarrollo sostenible, justicia intergeneracional, justicia ambiental, no regresión, preventivo, precautorio, in dubio pro natura y buen vivir”.
Valentina Durán y Benjamín González (este volumen).



Justicia ambiental, conflictos y desarrollo

Marcela Márquez García

1. Introducción

Actualmente, los conflictos socioambientales estallan cada semana alrededor del mundo, en los cuales residentes pobres y pueblos indígenas defienden su tierra de la extracción de recursos naturales y la contaminación²²⁹. La justicia ambiental tiene que ver con el derecho a permanecer en el lugar y ambiente de uno, y a estar protegido de la inversión y crecimiento descontrolado, la contaminación, la apropiación de tierras, la especulación, desinversión, deterioro y abandono²³⁰.

El concepto de *justicia ambiental* fue inicialmente usado en los Estados Unidos, a comienzos de la década de los 80, para referirse a denuncias y reclamos locales en contra del *racismo ambiental* producto de la carga de contaminación desproporcionada en áreas habitadas principalmente por grupos étnicos más vulnerables²³¹. En la actualidad el término es usado para referirse a movimientos y organizaciones espontáneas que resisten a las industrias extractivistas y se organizan en contra de la contaminación y el cambio climático en cualquier parte del mundo²³². La justicia ambiental habla por ambas, tanto por la distribución intrageneracional como la intergeneracional²³³. Aborda también dimensiones no distributivas de la justicia, como el reconocimiento a la legitimidad de los actores sociales por protestar²³⁴ y la inclusión de todos quienes son afectados por la extracción de recursos y la contaminación²³⁵.

Las inequidades ambientales no solo se dan en la distribución de las externalidades negativas y en la extracción de los recursos naturales, sino que también en la asignación de los bienes y servicios ambientales, lo cual queda particularmente manifiesto en las ciudades²³⁶. Algunas comunidades o sectores de la población por lo general tienen poco acceso a áreas verdes, calles limpias, recolección de basura, o incluso servicios básicos como provisión de agua. En contraste, sectores más acomodados y pudientes disfrutan de privilegios ambientales de forma exclusiva.

2. El ambientalismo de los pobres

El activismo sobre injusticias ambientales ha sido fuerte en el Norte Global, particularmente en Estados Unidos, donde residentes acompañados por ONGs ambientales, organizaciones comunitarias, científicos y abogados, se han organizado en contra de refinerías, basurales y básicamente contra usos de la tierra no deseados localmente (LULUs por sus siglas en inglés). El movimiento de justicia ambiental se volvió global a mediados de la década de los 90. En el Sur Global, el término de justicia ambiental ha conectado lo que se denomina el “ambientalismo de los pobres” con los conflictos que ya tenían lugar en Latinoamérica²³⁷.

El ambientalismo de los pobres se manifiesta a través de conflictos que tienen componentes ecológicos, in-

229 Temper L, del Bene D y Martínez-Alier J (2015) Mapping the frontiers and front lines of global environmental justice: the EJAtlas. *Journal of Political Ecology* 22: 255-278.

230 Anguelovski I (2015) Environmental Justice. En: D’Alisa G, Demaria F y Kallis G (Eds) *Degrowth: A vocabulary for a new era*. Routledge, New York.

231 Carmin JA y Ageyman J (2010) *Environmental inequalities beyond borders: Local perspectives on global injustices*. MIT Press, Cambridge.

232 Martínez-Alier J (2002) *The environmentalism of the poor: A study of ecological conflicts and valuation*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

233 Martínez-Alier J (2012) *Environmental Justice and Economic Degrowth: An Alliance between Two Movements*. *Capitalism Nature Socialism* 23:51-73.

234 Schlosberg D (2007) *Defining Environmental Justice*. Oxford University Press, New York.

235 Agarwal B (2001) Participatory exclusions, community forests and gender: An analysis for South Asia and a conceptual framework. *World Development* 29: 1623-1648.

236 Anguelovski Op. Cit.

237 Anguelovski Op. Cit.

cluyendo demandas de justicia social e involucrando comunidades empobrecidas que luchan contra el Estado o compañías privadas que amenazan sus modos de subsistencia, salud, cultura y autonomía. Hombres y mujeres corrientes se esfuerzan por corregir los males que se han cometido en contra de la tierra, el agua y el aire alrededor de ellos. Haciendo esto, personas en todo el mundo contradicen el reporte Brundtland y su visión de que el daño ambiental es causa de la pobreza.

De este modo, el ambientalismo de los pobres se centra en la justicia social, incluyendo demandas al reconocimiento y la participación²³⁸, y parte de la premisa que las luchas por los derechos humanos y el medio ambiente son inseparables²³⁹.

3. Justicia ambiental y crecimiento económico

El crecimiento del metabolismo social es una de las principales causas de las injusticias ambientales locales y globales. El aumento de conflictos asociados a la extracción de recursos naturales y a la disposición de desechos es ampliamente explicado por el aumento del metabolismo social²⁴⁰ y la necesidad de nuevos materiales y recursos por parte de las corporaciones, los cuales son obtenidos por la expansión de las fronteras de *commodities*²⁴¹.

En ciudades y zonas rurales, como en el Norte y en el Sur Global, la tierra es materia de apropiación privada, especulación y explotación. Así, el crecimiento económico es parte del proceso que crea injusticias. Por otra parte, los progresos tecnológicos propician la expansión de la producción y el consumo de manera sinérgica, y debido a que los estados, inversionistas y trabajadores son dependientes del crecimiento económico para generar empleos e ingresos, los ciclos de producción ilimitada se perpetúan, con la consecuente extracción de recursos materiales, acu-

mulación de desechos y desarrollo espacial desigual. De esta forma, uno de los aspectos más recientes en los movimientos de justicia ambiental, y probablemente el más fundamental, **es la defensa al derecho de lugar**²⁴².

Los movimientos de justicia ambiental nos muestran que disminuir los patrones de consumo y producción no es suficiente. Es necesario distribuir más equitativamente los beneficios económicos y controlar los procesos de producción para que los espacios urbanos y rurales sean más equitativos²⁴³.

4. Manejo de conflictos socioambientales

Los conflictos sobre los recursos naturales son desacuerdos y contiendas sobre el acceso, control, distribución y utilización de los recursos naturales²⁴⁴. De acuerdo a Means & Josayma²⁴⁵, un conflicto se define como una relación entre dos o más grupos opuestos, basada en diferencias percibidas o reales respecto a necesidades, intereses y objetivos. Esta relación puede estar marcada por la violencia o no necesariamente. Es importante destacar que, si bien los conflictos socioambientales a menudo señalan o indican injusticias, muchas injusticias no desatan inmediatamente conflictos.

Los conflictos socioambientales en Chile generan un alto índice de judicialización, demandas que están representadas, en un alto porcentaje, por la sociedad civil. El tiempo promedio de tramitación judicial para un proyecto de inversión ingresado al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) es de 710 días para los proyectos que ingresan por Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y 593 días para los que ingresan por Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Es decir que, una comunidad que se vea afectada por un proyecto de inversión debe esperar entre 593 y 710 días para obtener una solución (María Nora González, comunicación personal).

238 Schlosberg Op. Cit.

239 Martínez-Alier J (2014) The environmentalism of the poor. *Geoforum* 54: 239-241.

240 Las sociedades metabolizan energía y materiales para permanecer operativas. De este modo, el metabolismo social es el flujo de materiales y energía asociado a la expresión de funciones y reproducción de estructuras de sociedades humanas, en: Sorman A (2015) *Metabolism, societal*. En D'Alisa G, Demaria F y Kallis G (Eds) *Degrowth: A vocabulary for a new era*. Routledge, New York.

241 Anguelovski Op. Cit.; Martínez-Alier Op. Cit.

242 Anguelovski Op. Cit.

243 Anguelovski Op. Cit.

244 Matiru V (2000) *Conflict and Natural Resource Management*. Food and Agriculture Organization of the United Nations.

245 Means K y Josayma C (2002) *Community-based forest resource conflict management. A training package*, volumen 1. Food and Agriculture Organization of the United Nations.

TABLA 1
Categorías de Contribuciones que hace la naturaleza y su biodiversidad necesarias para la existencia y bienestar de las sociedades (Tomado de Díaz et al. 2018).

Toma de decisiones de forma privada por las partes involucradas	Toma de decisiones de forma privada, a través de un tercero	Toma de decisiones legal o pública, a través de un tercero acreditado	Toma de decisiones forzada o extralegal
1. Evasión del conflicto 2. Discusión informal y resolución de problemas 3. Negociación 4. Mediación	5. Decisión administrativa 6. Arbitraje	7. Decisión judicial 8. Decisión legislativa	9. Acción directa no violenta 10. Violencia
Mayor probabilidad de obtener un resultado donde algunos ganan y otros pierden (<i>win-lose outcome</i>)			

Fuente: Modificado de material del Curso de *Manejo de Conflictos y Colaboración* dictado por Jonathan Dain en el Centro de Estudios Latinoamericanos, University of Florida.

Sin embargo, la vía judicial no es el único camino para la resolución de conflictos. Hay una serie de aproximaciones que incluyen la toma de decisiones realizada de forma privada por las partes involucradas, de forma privada a través de un tercero, decisiones tomadas por la vía legal o pública y otras de manera extralegal. Algunas de estas estrategias son²⁴⁶:

- Evasión: Actuar de manera que el conflicto no se haga público.
- Negociación: Seguir un proceso voluntario en el cual las partes llegan a un acuerdo a través del consenso.
- Mediación: Usar a un tercero para facilitar el proceso de negociación (el mediador no tiene la autoridad de imponer una solución).
- Arbitrajes: Someter el conflicto a una tercera parte mutuamente acordada, quien toma una decisión.

- Adjudicación: Recaer en un juez que toma una decisión vinculante.
- Coerción (extralegal): Amenazar o usar la fuerza para imponer la voluntad de una de las partes.

De todas estas aproximaciones, la toma de decisiones realizada de forma privada tiene mayores probabilidades de generar soluciones donde todos ganan (*win-win solutions*) y en menor tiempo que decisiones tomadas por la vía judicial. De esta forma, el acceso a la justicia ambiental debe considerar diversos mecanismos para el manejo y resolución de conflictos socioambientales, que permitan obtener soluciones para las comunidades y personas afectadas de manera temprana y oportuna.

Finalmente, si se logra abordar los conflictos de manera efectiva, será probable identificar su causa y sugerir soluciones estables y pacíficas. Los conflictos pueden generar una fuerza creativa y constructiva en la sociedad, si somos capaces de desarrollar las habilidades para analizar el problema y aprovechar la oportunidad de forma pacífica y participativa²⁴⁷.

246 Matiru (2000) Op. Cit.

247 Means y Josayma Op. Cit.

5. Justicias ambiental y ecológica

Es importante reconocer que en esta minuta se llega a la justicia ambiental desde los conflictos ambientales. La visión promovida por Joan Martínez-Alier (por ejemplo, 2014), entiende que las protestas expresan conflictos ambientales de tipo distributivo. Dado que los conflictos sobre los recursos o servicios ambientales, comercializados o no, expresan distribuciones desiguales de los beneficios y perjuicios ambientales, pasarían a estar dentro del campo de la justicia ambiental. Sin embargo, Gudynas²⁴⁸ plantea que este abordaje teórico no ofrece espacios sustantivos para una ética del valor propio. En otras palabras, esta postura expresaría una justicia distributiva ecológicamente corregida (así como se pueden usar correcciones ecológicas de los *precios*), pero de todas maneras sigue predominando una postura antropocéntrica.

El reconocimiento de los valores propios en la Naturaleza obliga a promover otra perspectiva que se denomina *justicia ecológica*. De acuerdo a Gudynas es una consecuencia inevitable y necesaria del reconocimiento de la secuencia que comienza con los valores intrínsecos y sigue con los derechos de la Naturaleza. Así, el rótulo de *justicia ambiental* debe mantenerse para aquella justicia que se basa en los derechos a un ambiente sano o la calidad de vida, descansando en las concepciones clásicas de los derechos humanos.

Si bien el concepto de justicia ambiental puede ser criticado por pensadores biocéntricos y que abogan por los derechos de la Naturaleza, no debe minimizarse su importancia. La justicia ambiental sirve para fundamentar exigencias que protejan la salud y el ambiente de comunidades locales, y al mismo tiempo, potencia transiciones hacia posturas biocéntricas²⁴⁹. Lo que sucede en las llamadas “zonas de sacrificio”, como por ejemplo en la zona de Puchuncaví-Quintero, expresa claramente esta situación. La repetida y grave contaminación que aqueja la zona, con secuelas graves en la salud pública, ha dejado en evidencia todo tipo de injusticias²⁵⁰.

Ahora bien, la idea de justicia ecológica tampoco se opone a la de justicia ambiental, sino que se com-

plementan (la justicia ecológica incluye a la justicia ambiental para ir más allá). Esta distinción entre dos justicias es reciente y sus fuentes de fundamentación son diversas, a veces contradictorias, pero que expresan intentos de ir más allá de las miradas propias de la tradición cultural de la Modernidad sobre la justicia y el entorno, para avanzar hacia una pluralidad cultural²⁵¹.

6. Propuesta para una nueva constitución

En base a todo lo expuesto anteriormente, es posible hacer las siguientes reflexiones y recomendaciones para una nueva constitución:

1. El Estado debe generar las condiciones necesarias para evitar injusticias ambientales, a través del principio precautorio, fomentando el diálogo y sentando las bases democráticas para construir un país con bienestar socio-ecológico y respetuoso de la diversidad biocultural.
2. El Estado debe garantizar a la población el acceso a diversos mecanismos para el manejo y resolución de conflictos socioambientales (a excepción de medidas extralegales). Estos mecanismos deben asegurar que los conflictos sean abordados de manera constructiva, para así reducir las probabilidades de que estos escalen, y así, asegurar que los derechos relativos a la justicia ambiental se cumplan temprana y oportunamente.

La tabla 2 (página siguiente) muestra aspectos relativos a la justicia ambiental en la constitución actual y propuestas para que la nueva constitución aborde de mejor manera este concepto.

Esta propuesta parte de una perspectiva antropocéntrica, que entiende la justicia como un asunto entre humanos. Sin duda, podría ampliarse a una mirada biocéntrica, para incorporar aspectos relativos a la justicia ecológica y los derechos de la Naturaleza. En ese caso, por ejemplo, no bastaría con incorporar el derecho de las personas a permanecer en el lugar de uno, sino que también habría que incorporar el derecho del lugar mismo (o del territorio) a permanecer y ser protegido de la explotación indiscriminada.

248 Gudynas E (2019) Derechos de la naturaleza: Ética biocéntrica y políticas ambientales. Editorial Quimantú, Santiago.

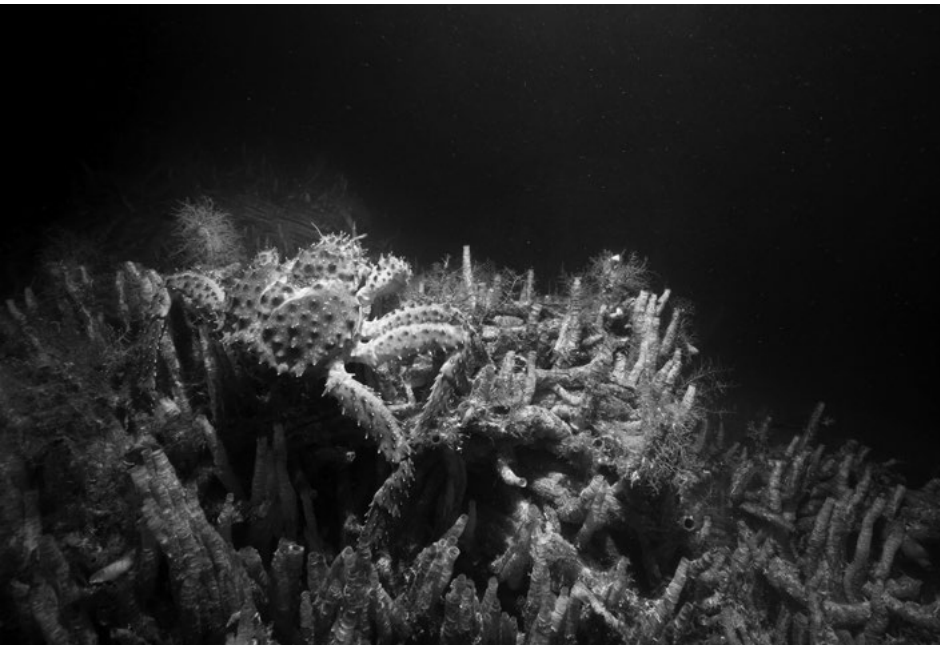
249 Gudynas Op. Cit.

250 Bolados García P y Sánchez Cuevas A (2017) Una ecología política feminista en construcción: El caso de las “Mujeres de zonas de sacrificio en resistencia”. Región de Valparaíso, Chile. Psicoperspectivas 16: 33-42.

251 Gudynas Op. Cit.

TABLA 2
Propuesta para una nueva constitución

Constitución actual (Artículo 19 N° 8)	Nueva constitución
<p>La Constitución asegura a todas las personas:</p> <p>El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la Naturaleza.</p>	<p>La Constitución asegura a todas las personas:</p> <p>El derecho a un medio ambiente libre de contaminación, degradación, deterioro y abandono. Es deber del Estado velar por que ningún segmento de la población, independientemente de su color, género, origen nacional o ingreso económico, sufra condiciones ambientales o sanitarias adversas en forma desproporcionada.</p> <p>El derecho a permanecer en el lugar de uno y a mantener los modos de vida, cultura y autonomía de los pueblos. Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y proteger a las personas y a la Naturaleza del crecimiento descontrolado, la apropiación de tierras y la especulación.</p> <p>La igualdad en el acceso a los bienes y servicios que provee la Naturaleza.</p> <p>El derecho a participar en la toma de decisiones respecto al desarrollo del territorio.</p> <p>El derecho a la información, la participación, la asistencia legal, y la reparación en caso de daño o afectación.</p> <p>El derecho a manifestarse y protestar cuando los derechos anteriores se ven vulnerados. Es deber del Estado proteger a quienes se manifiestan en pro de la justicia ambiental y/o ecológica.</p>



Acceso a la Justicia Ambiental como forma de protección del medioambiente

María Nora González Jaraquemada

1. La protección del medio ambiente, la biodiversidad y el patrimonio ambiental es una cuestión de interés público. Corresponde al Estado asegurar su conservación y preservación y a los ciudadanos el derecho humano a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado²⁵², que garantice el desarrollo pleno de las potencialidades y asegure este disfrute por las generaciones futuras, como condición de posibilidad del derecho a la vida e integridad física y psíquica en tanto derechos fundamentales de la persona²⁵³.

El medioambiente encuentra protección constitucional entre los “Derechos y Deberes Constitucionales” establecidos en el Capítulo III de la Carta Fundamental de 1980, en la regla del art. 19 N° 8, que le da vida mediante el reconocimiento a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación e impone al Estado el deber de velar para que este derecho no sea afectado y tutelar y preservar la naturaleza, enfatizando que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medioambiente²⁵⁴.

Si bien la Constitución de 1980 innovó respecto de las de su época al introducir el reconocimiento y protección constitucional del medioambiente, es sabido que la formulación de esta regla no ha sido eficiente para asegurar un adecuado nivel de protección ya que se reduce a asegurar el derecho a vivir en uno libre de contaminación, no en un medio ambiente sano ni ecológicamente equilibrado. Tampoco ha sido eficaz en el aseguramiento de una verdadera democracia ambiental, por medio de garantizar un acceso oportuno, eficiente, informado y en condiciones de igual-

dad a la Justicia Ambiental, a través de los llamados derechos de acceso, bajo estándares reconocidos en instrumentos y acuerdos internacionales.

2. La regla constitucional analizada presenta una concepción antropocéntrica del medio ambiente en la medida en que pone el foco en el reconocimiento de un derecho subjetivo que puede ser exigido al Estado por toda persona, y consiste en vivir en un medioambiente libre de contaminación. Tiene su antecedente originario en el memorándum de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que reconoció la necesidad de una protección explícita y más moderna del derecho a la vida, y entendió que ello suponía “[e]vitar la contaminación del medio ambiente, estableciendo normas que conduzcan a tal fin”²⁵⁵. Se trata de un derecho humano que solo pueden reclamar las personas naturales y de ahí el lugar que ocupa en la Carta de 1980, entre “Los Derechos y Deberes Constitucionales”. De esta forma, la doctrina mayoritaria concluye que la naturaleza, y sus elementos no estarían directamente amparados por la constitución como bienes jurídicos protegidos de manera autónoma²⁵⁶, sino en tanto se relacionan con personas naturales que puedan ser afectados (ser amenazados, privados o perturbados) en el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

3. Vivir en un medio ambiente libre de contaminación. ¿Cuál es el sentido y alcance de los tres elementos que constituyen el contenido de la regla del artículo 19 N° 8: vivir, medio ambiente y contaminación? Nuevamente este no es un asunto pacífico para nuestra doctrina y ha debido ser la E. Corte Suprema quien ha ido dotando de contenido y fijando el sentido y al-

252 Aguilar G (2016) Deficiencias de la fórmula “Derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación” en la constitución chilena y algunas propuestas para su revisión. Estudios Constitucionales, 14, Vol. 2: 384.

253 Constitución Política de Chile, artículo 19 N° 1.

254 Un claro ejemplo de lo limitado de la protección del medioambiente en la Carta de 1980 lo constituye el artículo 24 inciso segundo, en cuanto autoriza para restringir el ejercicio del derecho de propiedad para asegurar la protección del patrimonio ambiental.

255 La consagración de este derecho se plasma en el Acta Constitucional N° 3, de 1976, que constituye, finalmente, el fundamento del artículo 19 N° 8 de la Constitución de la República de 1980.

256 Carrasco E (2020) El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales. DER Ediciones, Cuadernos Jurídicos, Santiago, Chile: 6.

cance de tales conceptos a través de la interpretación de las normas ambientales y la incorporación de los principios internacionales del Derecho Ambiental. La doctrina entiende que “vivir en un medioambiente libre de contaminación “[e]s un derecho que posee rasgos autonómicos²⁵⁷ y que este derecho a “vivir” no queda reducido al “derecho a la vida” pura y simplemente, sino que se encuentra relacionado a hacerlo bajo ciertas condiciones. En el caso que nos ocupa, supone el derecho a vivir en un medio ambiente que debe poseer cierto estándar: estar libre de contaminación, lo que demanda analizar, primeramente, qué debemos entender por “medio ambiente”, dado que el constituyente no definió este concepto y, luego, qué ha de entenderse por uno que se encuentre “libre de contaminación”, si es que ello es posible y, luego, qué ha querido el constituyente decir cuando habla de contaminación.

En la doctrina nacional, autores como Bordalí (1999: 7- 26) y Guzmán (2010:67), citado por Bordalí²⁵⁸, coinciden en que lo que la constitución ha amparado genéricamente en el art. 19 N° 8 es el bienestar o la calidad de vida de las personas. Otra parte de la doctrina entiende que lo protegido es “el buen vivir”, entendida como una noción holística que no distingue entre el ser humano y naturaleza y supone la comprensión de una relación en que ambos forman parte de una misma realidad integrada y que prodiga un profundo respeto por la naturaleza como fuente de vida, es decir, una concepción similar a la noción ancestral de “Pacha Mama”, que tienen reconocimiento en algunas constituciones de América Latina como Ecuador (2008) y Colombia (1991).

Si bien nuestro constituyente y el legislador no han adoptado una lógica eco filosófica de la naturaleza, ha habido en los últimos años un cambio de paradigma de parte de los Tribunales de Justicia, especialmente, de la Corte Suprema, que ha desarrollado un nivel protección del ambiente sustentado en una comprensión más amplia. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido paulatinamente fundando sus decisiones en principios del Derecho Ambiental más que en normas positivas determinadas. Como lo reconocen Bermúdez y Hervé²⁵⁹ la corte “[n]o deduce el principio del ordenamiento jurídico, sino que lo formula primero para luego aplicarlo en la interpretación de una norma

o en la revisión de una decisión administrativa” y esta forma de razonamiento judicial que da cuenta del estado del arte en materia de Justicia Ambiental en Iberoamérica ha ido modelando una nueva aproximación a la tutela del medioambiente, de la calidad de vida y de la legitimación activa para su defensa.

Baste considerar, por ejemplo, que han sido los Poderes Judiciales iberoamericanos quienes han acuñado y sistematizado un conjunto de principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológico²⁶⁰, que se encuentran en plena aplicación. Entre los desarrollos de la Corte Suprema en materia ambiental se encuentra una comprensión más holística del medio ambiente y el reconocimiento explícito de la relevancia que tienen para el máximo Tribunal los principios del Derecho Ambiental como ocurre, entre otros fallos, en la sentencia dictada a raíz del Proyecto de Río Cuervo²⁶¹. En esa ocasión, la Corte deja en claro que: “cualquiera sea el cuerpo normativo aplicable al proyecto, según la etapa del mismo, este debe ser estudiado y analizado por los organismos de rigor bajo el prisma de los principios ambientales que se han tenido a la vista al momento de legislar”. Un caso relevante lo constituye la sentencia dictada en el recurso de apelación de la acción de protección ambiental interpuesta en contra de la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto Termoeléctrica Campiche, en que la Corte estableció que: “La obligación constitucional que se le impone al Estado de proteger el medio ambiente sólo puede entenderse bajo la premisa que a partir de él se desarrolla toda forma de vida. Esto es, cumple una función claramente preventiva”²⁶².

4. En cuanto al concepto de medio ambiente, la misma Corte Suprema ha resuelto sobre el concepto de medio ambiente que: “[m]edio ambiente, es decir, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, comprende todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como al suelo y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven”²⁶³. En consecuencia, todo lo que rodea al ser humano formaría parte del campo de protección del medio ambiente.

257 Carrasco (2020) Op. Cit.

258 Bordalí A (1999) El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado: ¿Que protege? ¿A quién protege? Gaceta Jurídica N° 232.

259 Bermúdez J y D Hervé (2012) La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales: 420.

260 OEA, Cumbre Judicial Iberoamericana (2018) Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológico. Disponible en www.pjud.cl.

261 Corte Suprema, Rol 2463-2012, sentencia de fecha 11 de mayo de 2012.

262 Considerando Décimo. Fallo de fecha 22 de junio de 2009. [No hay cita bibliográfica en el manuscrito de la minuta].

263 Corte Suprema, sentencia de fecha 19 de diciembre de 1995, “Humberto Palza Carvacho con Dirección de Riego y Ministerio de Obras Públicas”.

En cuanto al alcance del derecho garantizado, el Tribunal Constitucional ha entendido que: “El deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza se da en el marco del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Si bien está expresado como derecho subjetivo, resulta evidente la dimensión colectiva de este derecho (...). En tal sentido, se trata de un derecho que se caracteriza por su fuerte impronta de bien jurídico objetivo, por la protección conservacionista de determinados patrimonios naturales, por la tutela de intereses difusos y por su finalidad propia de proteger una titularidad nueva: las futuras generaciones”²⁶⁴.

5. Respecto a la expresión “contaminación” que emplea la Carta de 1980 resulta poco apropiada. Para su entendimiento debemos recurrir nuevamente al concepto legal que da el artículo 2º, literal c) de la Ley de Bases del Medio Ambiente: “[l]a presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”. De dicha definición se desprende que la contaminación supone la existencia de una norma legal que determine cuál es el nivel máximo o mínimo de concentración o de concentraciones y permanencia de determinadas sustancias en el medio ambiente, por lo que se trata de un concepto reduccionista, razón por la cual, la doctrina ha entendido que la referencia de la regla constitucional a un medio ambiente libre de contaminación alude a el derecho a vivir en un medio ambiente con una contaminación que no afecte a la salud de las personas y su normal desarrollo, atendido que “[e]s posible imaginar otros casos de deterioro o degradación ambiental que no correspondan a episodios de contaminación estrictamente hablando, por ejemplo, la inundación de extensas zonas de terreno para la construcción de una represa, lo que alteraría el ecosistema local, provocaría la migración o desaparición de especies, sumergiría un pueblo declarado patrimonio de la humanidad y dejaría bajo agua un cementerio indígena y, además, una zona ancestralmente usada por ciertas culturas como área de rituales sagrados”²⁶⁵.

La Corte Suprema ha ido más allá en esta materia y ha resuelto en la sentencia dictada en el caso Shell Chile SACI con Seremi de Salud II Región que: “Cabe señalar además que la Constitución Política de la República establece en el artículo 19 N° 8 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y agrega

que es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. En el caso de autos se estableció la existencia de contaminantes que revisten riesgo para la vida marina y de las personas, y fue ello lo que motivó la sanción impuesta por la autoridad sanitaria, de manera que los sentenciadores, al resolver como lo hicieron no han incurrido en el error de derecho que se les imputa”²⁶⁶.

La decisión analizada permite comprender que para la Corte la definición de contaminación no se agota en la “infracción a la legislación vigente” que estaría dada por la presencia de sustancias en concentraciones superiores o inferiores a las establecidas en la norma legal, sino que, además, “[d]ebe considerar otros factores de riesgo a la salud de las personas, la calidad de vida de la población y el patrimonio ambiental”²⁶⁷.

6. ¿Cuáles deberían ser condiciones esenciales para una adecuada protección de la naturaleza y el medio ambiente? Sostenemos que una real protección de un medio ambiente ecológicamente equilibrado y que asegure a las y los ciudadanos el disfrute de una “buena vida” y el desarrollo de sus potencialidades solo es posible si se resuelven a nivel constitucional algunos de los principales problemas estructurales que hoy impiden disfrutar de manera amplia de dichos derechos, lo que requiere una comprensión holística del medioambiente y sus elementos que se sustente en un nuevo trato con la naturaleza, que abandone el paradigma del ser humano como amo y propietario del medioambiente y de los recursos naturales, sino como parte de un ambiente integrado en un todo armónico, fundado en los principios de equilibrio, armonía, igualdad, respeto mutuo, reciprocidad y la responsabilidad por el bienestar de las generaciones futuras, entre otros.

7. Vale la pena en este punto destacar la relevancia que esta comprensión holística de la naturaleza y de la relación que debe mantener el ser humano con el medio ambiente y con el territorio que habita, tienen los principios de la filosofía ambiental ancestral de los pueblos originarios, en particular, me referiré al Pueblo Mapuche y los aportes del Az Mapu. Las dimensiones familia/territorio/ naturaleza se encuentran a la base del concepto de Justicia en el mundo Mapuche, asociado a la idea de restablecer el equilibrio y la armonía, y esto tiene su sustento en una relación con otros y con la naturaleza fundada en el equilibrio como princi-

264 Tribunal Constitucional de Chile, Rol: 22386-12. Sentencia de fecha 23 de enero de 2013. Voto en contra de los Ministros Fernández, Carmona y García. Considerando 36º.

265 Bermúdez y Hervé (2012) Op. Cit.

266 Corte Suprema, Rol: 6.383-2008. Sentencia de fecha 27 de julio de 2010, considerando Décimo quinto y Ss.

267 Cordero L (2012) Corte Suprema y medio ambiente. ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental? Anuario de Derecho Público UDP: 361. Revisado el 12 de diciembre de 2020.

pio rector, apoyado por un conjunto de principios fundamentales. Entre ellos pueden mencionarse el *Ekun* o respeto, obediencia y admiración; *Yamun* el respeto en todo ámbito, *Wiñoltuwun zugu* o principio de reciprocidad, *Chue Xokiwun* o principio de igualdad; *Kejuwun* o principio de colaboración y ayuda mutua, *Inkawun* o defensa de los derechos individuales y colectivos, *Yofugun* o principio de respeto y atención y *Ujwetun* que significa cuidar y proteger al otro²⁶⁸ como pilares esenciales del comportamiento apropiado que debe observar el Che en su comunidad y con su entorno.

Del mismo modo, el concepto de restauración en el contexto de la cultura Mapuche permea no solo la relación del Che con la naturaleza y su entorno inmediato, sino que está a la base de todo el sistema de resolución de conflictos intra culturales y de administración de Justicia al interior del Lof. Estos principios aportarán elementos relevantes para elaborar lineamientos para una estrategia intercultural e inclusiva de protección del medio ambiente y de acceso a la Justicia Ambiental que considere el reconocimiento del derecho propio Mapuche, en el sistema normativo ambiental chileno.

8. Si bien el Estado chileno ha abordado la tarea de dotarnos de una institucionalidad ambiental estructurada en la existencia de órganos facultados para adoptar decisiones y tutelar el cumplimiento de las normas que pretenden a proteger el medioambiente, de Tribunales Ambientales Especializados con competencia para conocer y resolver disputas ambientales y ha establecido a nivel legal formas de participación ciudadana, en general, y en los procesos de evaluación ambiental, en particular, y de acceso a la información, tales medidas no han logrado ser eficaces para garantizar un verdadero y pleno ejercicio de estos derechos.

Persisten importantes asimetrías tanto en materia de distribución de cargas y riesgos ambientales, dificultades en el acceso efectivo a la información ambiental relevante de acuerdo a los estándares de calidad y oportunidad establecidos en instrumentos internacionales y problemas de acceso a la participación ciudadana en las distintas etapas de los procesos de decisiones que impactan al ambiente, en particular, en el marco del sistema de evaluación ambiental y de la

consulta indígena. Con relación a la Justicia Ambiental y la tutela ambiental efectiva de derechos, dos son las cuestiones que me parece necesario analizar. La primera, una conceptualización de la Justicia Ambiental más amplia y, la segunda, la comprensión del acceso a la Justicia Ambiental en clave de derechos humanos, y la determinación desde esa dimensión, de los estándares que el Estado de Chile debe asegurar a todos y todas en materia ambiental.

8.1. La idea de la Justicia Ambiental ha sido objeto de distintas conceptualizaciones por la doctrina, en particular, se la ha vinculado a fines de justicia distributiva concibiéndola como la repartición equitativa de las cargas y beneficios ambientales²⁶⁹. Bermúdez citando a Schmehl la define como: “[e]l trato justo y la participación informada a que tienen derecho todas las personas con respecto al desarrollo, implementación y aplicación de las leyes, regulaciones y políticas ambientales”²⁷⁰. Este concepto de Justicia ambiental pone foco en los llamados derechos de acceso como condición de la Justicia Ambiental efectiva, enfatizando la participación ambiental en todos los niveles de decisiones e implementación de las políticas públicas ambientales.

Proponemos la necesidad de considerar un concepto de Justicia Ambiental amplio, con énfasis no solo en la tradicional mirada distributiva de Justicia centrada en la equidad de trato y oportunidades, sino uno que aspire a un modelo de Justicia Ambiental Participativa al decir de Bullard²⁷¹, que incluya principios en cinco dimensiones: 1) Protección de la degradación ambiental, 2) Adopción de un enfoque preventivo del daño a la salud, 3) Atribución de la carga de la prueba a quienes contaminan, 4) Eliminación de la carga de la prueba del elemento subjetivo “intención de discriminar”, y 5) La reparación de las inequidades mediante adopción de acciones dirigidas y recursos suficientes²⁷². Entendemos que esta concepción da cuenta de mejor manera de los estándares que debe cumplir una eficiente política pública en materia de Justicia Ambiental.

8.2. El acceso a la Justicia en clave de derechos humanos es considerado como “el derecho llave” que abre y permite el ejercicio eficiente y oportuno de todos los derechos fundamentales, de ahí su re-

268 Informe Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche (2008): 1122.

269 Hervé D (2010) Elementos de la Justicia Ambiental: Directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. Revista de Derecho XXIII- N° 1.

270 Bermúdez J (2010) El acceso a la información pública y Justicia Ambiental. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV: 590.

271 Bullard R (1996) Environmental Justice for All. En: Unequal Protection: Environmental Justice & Communities of Color. Citado por Hervé D (2019) Op. Cit.

272 Hervé D (2019) Op. Cit.

levancia. Este derecho fundamental de toda y todo ciudadano solo se asegura en la medida en que exista una diversidad de medios destinados a la prevención y solución de las controversias ambientales, sean administrativos, jurisdiccionales o colaborativos — como la negociación, la mediación, la conciliación y la facilitación ambiental entre otros—, que permitan a los afectados decidir libre e informadamente cuál es la mejor vía para resolver su conflicto y que, al mismo tiempo, den cuenta de las distintas cosmovisiones integradas en la cultura nacional. Para ello es vital la inclusión de la filosofía ambiental que aportan los pueblos originarios.

Nuestro país no cuenta con un sistema que permita el pleno acceso a la Justicia Ambiental bajo estas condiciones. Los informes y diagnósticos oficiales son coincidentes con los aportados por centros de estudios y otras instituciones, en cuanto a que el conflicto socio ambiental es de aquellos de alta complejidad y ha sido desatendido por el Estado dentro de sus políticas de acceso a la Justicia. Las instituciones encargadas de brindar asesoría y acceso a la jurisdicción no cuentan con abogados y equipos interdisciplinarios con competencias suficientes para abordar y enfrentar esta clase de problemas, atendida su alta especialidad y complejidad temática. Esta tarea ha quedado de facto en manos de las ONGs ambientalistas y de las clínicas universitarias con baja capacidad de abordar la gran conflictividad ambiental a lo largo del país, en particular, las que afectan a comunidades indígenas a causa de proyectos de inversión o actividades extractivas que producen graves impactos a sus formas de vida, a su derecho humano al medio ambiente y al desarrollo de su cultura, su economía, y al uso de los recursos naturales existentes en sus territorios.

A ello se suman las trabas estructurales en materia de participación ciudadana ambiental en el sistema de toma de decisiones frente a proyectos que generan impactos en los territorios locales, y en los procesos de evaluación ambiental, que también son fuente de profusa judicialización de estos proyectos. Una protección efectiva de la naturaleza y del medio ambiente en su concepción más amplia exige garantizar

constitucionalmente este derecho, con énfasis en el reconocimiento e inclusión de la cosmovisión ancestral, por la importancia histórica, cultural y territorial que han tenido estas etnias en nuestra historia y en la conformación de la diversidad identitaria que caracteriza a la sociedad/ país.

8.3. En lo referente al derecho de acceso a la información ambiental relevante, en tanto derecho humano base de la democracia ambiental, los tratados e instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile fijan diversos estándares, entre ellos, los criterios de integridad de la información, transparencia, oportunidad de acceso, entre otros. Este derecho fue reconocido en el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, y no sólo releva la importancia de una participación ciudadana en todos los niveles de decisión de los asuntos ambientales, sino que también enfatiza el derecho “[d]e todas las personas a tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre materiales y actividades que encierran el peligro en sus comunidades”²⁷³. Constituye una condición para un efectivo acceso a la Justicia Ambiental en la medida en que permiten al ciudadano contar con la información relevante y necesaria para el adecuado ejercicio de los derechos y, al decir de Bermúdez, superar los estados de ignorancia y desaprensión que afecta a la ciudadanía en relación al estado de deterioro del medio ambiente e incide “[e]n una distribución equitativa de los servicios y cargas ambientales”²⁷⁴.

Se observan en nuestro país importantes restricciones, a pesar que la Constitución de 1980 reconoce expresamente en su artículo 8, inciso segundo, el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos²⁷⁵ y, aun cuando este principio de publicidad se encuentra reconocido a nivel legal, tanto en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, como en el artículo 31 Bis de la Ley de Bases del Medio Ambiente, debido a que su aplicación no ha estado exenta de problemas interpretativos y de aplicación jurisprudencial.

273 Convención de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992.

274 Bermúdez y Hervé (2012) Op. Cit. Para el autor, la sociedad moderna se caracteriza por un alto grado de desconocimiento e ignorancia ambiental “por partida doble”. “Por una parte, porque como sociedad desconocemos la importancia, funcionamiento y composición del medio ambiente natural”. “Si bien como civilización hemos alcanzado niveles de cultura y desarrollo insospechados hasta hace poco paralelamente hemos olvidado cómo funcionan aquellos ciclos naturales sobre los que precisamente se asienta la existencia humana...” “Un segundo aspecto del estado de desconocimiento ambiental lo plantea la ignorancia que tenemos respecto del estado del entorno en que vivimos”, lo cual conllevaría a “la adopción de decisiones erróneas involuntarias y no deseadas, las que inciden directamente en la salud y calidad de vida de la población”.

275 “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum único calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”

En efecto, el Tribunal Constitucional (TC) desde el 2012 a la fecha ha ido acuñando una jurisprudencia invariable en materia de reclamos de inconstitucionalidad, en especial, sobre el acceso a la información ambiental que se encuentra disposición de entes públicos, especialmente aquellos que deben intervenir en tareas de fiscalización y autorización de proyectos con cargas ambientales, restringiendo el acceso a dicha información y declarando inconstitucionales las disposiciones de los artículos 5, inciso segundo y 10 de la Ley N° 20.285 y 31 Bis de la Ley 19.300, ante reclamaciones interpuestas, especialmente por representantes del rubro de salmoneras. Una de las últimas sentencias del TC en esta materia, es la dictada a propósito del requerimiento de información presentado ante SERNAPESCA²⁷⁶, para obtener datos sobre determinados químicos aplicados en dos empresas salmoneras de la región austral en un período determinado y que fuera denegada por el servicio y acogido el reclamo de acceso a la información por el Consejo para la Transparencia. El considerando décimo octavo de la sentencia expresa: “Que, luego de señalado lo anterior, cabe explicitar que el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución, señala cuales son las excepciones a la publicidad, considerando dentro de ellas, a la afectación a los derechos de las personas. Como ha señalado esta Magistratura al efecto, la Constitución habla de “derechos de las personas”, de manera genérica, sin enlistarlos y sin referirse a ellos como derechos constitucionales”. Agrega el TC en el fallo y consideración analizada que: “[H]a sido, por cierto, el legislador, quien ha desarrollado —en el ámbito en el que se ventila esta causa— esta causal de reserva, específicamente en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia. Aquel puntualiza que dicha causal ha de estimarse concurrente cuando la publicidad, comunicación o conocimiento “afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, salud, la esfera de su vida privada, o derechos de carácter comercial o económico. Por lo mismo, ha entendido esta Magistratura que cuando el legislador califica ciertos antecedentes como secretos o reservados, siendo claro al respecto, como lo es en el referido artículo 21, N°2, no caben interpretaciones administrativas respecto de su alcance (...)”.

Son diversos los fallos del TC que recogen esta jurisprudencia y, en definitiva, limitan el acceso a la información ambiental no solo respecto de aquella que los privados titulares de proyectos o actividades deben entregar a los entes fiscalizadores, o con ocasión de

procedimientos administrativos sancionatorios, sino que, impiden el acceso a la información ambiental sobre aspectos relevantes del medio ambiente, en los términos que precisa el art. 31 Bis de la Ley 19.300, cuando la información no llega a manos de organismos públicos, caso en el cual, no existe ninguna norma que garantice el acceso a tal información. Asistimos a una situación de fuerte restricción del acceso a la información ambiental relevante por parte de los ciudadanos o administrados, en términos que la información sobre proyectos de inversión, de políticas públicas, o de decisiones locales que afecten o puedan afectar a las personas o comunidades se encuentre disponible a través de medios que sean accesibles, siendo la reserva de la información una excepción a dicha regla general.

Chile no ha dado cumplimiento a sus compromisos internacionales, en particular, respecto de incluir en el sistema de derechos de acceso ambiental de estándares de calidad y acceso de la información ambiental, en cuanto a asegurar que tal información esté al alcance de los ciudadanos de manera íntegra, oportuna, actualizada, confiable, verificable, con acceso a las fuentes generadoras de la información y sus fundamentos, eliminando de esta forma las barreras sociales, económicas culturales.

8.4. En el mismo orden de ideas, la democracia ambiental exige como condición de posibilidad la participación ciudadana, centrada en principios de igualdad e inclusión. Una de las características de los conflictos socio ambientales es la existencia de multiplicidad de actores, tanto de la sociedad civil como del mundo privado y público que encarnan una diversidad de intereses y cosmovisiones también legítimas y esgrimen diversos principios que los justifican. Es deber del Estado asegurar la participación de todos ellos en la toma de decisiones que les afecten y que impactan su entorno, a través de procedimientos claros, conocidos y con plazos también determinados. La participación ambiental es considerada en la moderna doctrina como un derecho humano que tiene sus fundamentos en el buen gobierno y posee dimensiones procedimentales y sustantivas, vinculadas al derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sustentable²⁷⁷. Ha sido definida como: “[e] derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país y en la dirección de los asuntos públicos incluye la participación en la adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente,

276 Sentencia Tribunal Constitucional, “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Salmones Multiexport S.A. y Multiexport Pacific Farms S.A., respecto de los artículos 5°, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, Rol N° 4986-2018.

277 Aguilar G (2020) El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental”. Revista [u] lus et Praxis 26 (2): 78.

en particular la elaboración de las políticas, las leyes, los reglamentos, los proyectos y las actividades²⁷⁸. Su fundamento se encuentra en los principios de democracia ambiental y buen gobierno.

Las actuales orientaciones sobre diseño de políticas públicas suponen que las comunidades o grupos de la sociedad civil puedan tener acceso a ser escuchados en los procesos de toma de decisiones que afecten o puedan impactar su territorio, su cultura y sus modos y formas de vida, además de otros valores como la salud, el equilibrio ambiental y la conservación de los recursos naturales. La cuestión es determinar cuál es el grado de participación que resulta razonable para asegurar una verdadera participación ciudadana y cuáles los estándares que deben cumplirse a este fin. Dado que la participación ciudadana es uno de los pilares de una gobernanza democrática, transparente e inclusiva y que se la considera un instrumento de control de las decisiones de la administración y de las agencias públicas²⁷⁹, es relevante considerar sobre qué principios se estructura esta gobernanza. Para Aguilar lo hace desde tres ejes: “Eficacia, rendición de cuentas e inclusividad. Este último pilar, se compone de los siguientes principios: a) No dejar a nadie atrás; b) No discriminación; c) Participación; d) Subsidiariedad; e) Equidad entre generaciones²⁸⁰”.

9. Chile se ha dado cuenta en los últimos meses de un proceso de transformación social que evidencia que la ciudadanía demanda ser escuchada en sus necesidades y aspiraciones y que para efectuar estos reclamos no ha apelado a la intermediación de estructuras organizacionales tradicionales de los partidos políticos. Una de tales demandas es la protección de la naturaleza y el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, con respeto a las formas de vida y al patrimonio cultural, y el reconocimiento y consideración de la cosmovisión de los pueblos originarios. Esto supone en materia ambiental reconsiderar los niveles de participación ciudadana, no sólo reducirla a sus aspectos adjetivos vinculados a procesos de evaluación ambiental, sino que reconocerla en otros niveles, tanto en la generación de políticas públicas que tengan anclaje en los territorios locales y en la forma en que las comunidades viven y significan su relación con el territorio que habitan y con el entorno en general, como en la adopción de decisiones ambientales locales y, en los procesos de evaluación de proyectos y actividades que puedan generar impacto ambien-

tal, considerando modelos de participación temprana y previa a la formulación de los proyectos, durante la evaluación ambiental y en las fases de ejecución y abandono, incorporando de manera transversal el reconocimiento de las filosofías y dimensiones culturales ancestrales de los pueblos originarios.

10. Los estudios revisados en materia de judicialización ambiental de proyectos de inversión confirman la percepción de las dificultades de acceso a una Justicia Ambiental eficiente, oportuna y en condiciones de igualdad entre las partes. En ellos se evidencian importantes barreras de acceso tanto en la dimensión social, económica y normativa. La superación de estas barreras es esencial para una verdadera democracia ambiental. Un primer aspecto de relevancia a la hora de asegurar el acceso a la Justicia Ambiental efectiva lo constituye la necesidad de remover las barreras de acceso, en especial, las limitaciones que hoy presenta la legitimación activa para litigar en protección del medio ambiente, la que ha quedado reducida, en general, solo a los interesados y afectados directamente por la contaminación o daño ambiental significativo de un proyecto o actividad.

Aun cuando la Corte Suprema ha adoptado en esta materia una interpretación protectora del medioambiente y ha ampliado las dimensiones de esta legitimación, el acceso a la tutela judicial efectiva del medioambiente no puede quedar al arbitrio de una sala del máximo tribunal. En esta materia, tampoco se consideran las estructuras organizacionales de los pueblos originarios ni sus formas particulares de representación.

Proponemos la consagración, a nivel constitucional, de una amplia legitimación para acceder a la Justicia Ambiental, en la forma en que hoy se concibe este derecho en sociedades con mayor desarrollo ambiental, considerando legitimados activamente a todos los actores de la sociedad civil que tengan un interés en la tutela del medioambiente, en la preservación de la naturaleza, y en la conservación del patrimonio ambiental en su dimensión natural y artificial. Entendemos que esta es la única forma de asegurar la igualdad de acceso y de defensa judicial.

11. En otro orden de ideas, la pobreza o las condiciones de vulnerabilidad de determinados grupos o comunidades derivadas de distintos factores consti-

278 Consejo de Derechos Humanos (2018a) Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Doc. N.U. A/HRC/37/59, de fecha 24 de enero de 2018”. Párrafo 44.

279 Cordero L (2020) El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia. DER Ediciones, Santiago.

280 Aguilar G (2020) El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental. Revista *Ius et Praxis*, Año 26 (2): 78-103.

tuyen importantes factores de inequidad y desigual distribución de riesgos y cargas ambientales y de acceso a una tutela judicial efectiva en materia ambiental²⁸¹. En este sentido, las Reglas de Basilea para el acceso a la Justicia de grupos vulnerables elevan la importancia del asesoramiento técnico y jurídico para la efectividad de los derechos de las personas (Regla 28) y la conveniencia de promover políticas públicas que garanticen asistencia de calidad, especializada y gratuita. Estas reglas se encuentran en aplicación en nuestro país por haberlas acogido la Corte Suprema en un Acta de 2015, y actualmente están en proceso de revisión. Si el Estado les diera aplicación permitiría mejorar el nivel de protección eficaz y eficiente del medio ambiente.

Un claro ejemplo de esta condición de vulnerabilidad son las llamadas “zonas de sacrificio”, respecto de las cuales, las agencias públicas ambientales no han cumplido su labor de coordinación para la preservación, protección y restauración del medioambiente y la vida y la salud de las comunidades, o lo han hecho de manera deficiente, al punto que los afectados no encuentran en la institucionalidad ambiental actual una apropiada y oportuna respuesta. Prueba de ello es el caso de la contaminación que afecta a las comunidades de la Bahía de Quintero y Puchuncaví en la V Región, quienes desde hace más de medio siglo han soportado los impactos de una permanente contaminación y daño ambiental, sin obtener respuesta a sus necesidades, omisiones que le han valido el reproche de la Corte Suprema al fallar la apelación de sendos recursos de protección interpuestos por distintos actores de la sociedad civil local²⁸².

Coincidimos en nuestra percepción con el resultado de investigaciones realizadas por centros de estudio como Espacio Público, que identifican en el diagnóstico del estado del acceso a la Justicia Ambiental en Chile la “[b]aja capacidad de respuesta de la institucionalidad hacia las preocupaciones ciudadanas”, como restricciones para acceder a la Justicia Ambiental²⁸³ que dejan en evidencia que no es la ciudadanía la que traba los proyectos judicializándolos, es la ineficiente respuesta de la institucionalidad ambiental a

las necesidades de una participación democrática y de las necesidades de acceso a la Justicia Ambiental eficiente para revisar las decisiones que adopta la administración en los asuntos ambientales de su interés.

Otro ejemplo es el proceso de acceso efectivo y en igualdad de condiciones a la participación ciudadana (PAC) en materia de evaluación ambiental. Las reglas administrativas imponen a las personas o las comunidades ejercer sus derechos a formular observaciones a través de PAC en un plazo extremadamente breve respecto de proyectos cuya elaboración han demandado años de trabajo experto y por equipos profesionales altamente calificados, que presentan una gran complejidad científica, técnica, económica y de gestión ambiental. Estas condiciones constituyen una evidente barrera de acceso a la Justicia Ambiental, en la medida en que las comunidades o personas naturales observantes PAC normalmente se encuentran desprovistos de los conocimientos necesarios para comprender los alcances de las acciones e impactos ambientales que se proponen, y normalmente no cuentan con asesoría experta que, por su alto nivel de especialización, es también de alto costo e inaccesible para los afectados.

Especial importancia presenta este aspecto cuando se trata de comunidades indígenas que están en mayor nivel de vulnerabilidad, y respecto de quienes el estado no da cumplimiento cabal ni al Convenio 169, ni a los estándares que éste y los instrumentos internacionales sobre protección de estas etnias establecen. A lo anterior se agrega que gran parte de los proyectos y actividades que se evalúan ingresan al sistema por Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y no por estudio, por lo que el derecho a la participación ciudadana no se encuentra garantizado de manera autónoma en la forma, y queda sujeto al cumplimiento de los requisitos legales y a la discrecionalidad del Servicio de Evaluación Ambiental. Tal situación no puede perpetuarse en el tiempo y debe corregirse. La consagración constitucional de los llamados Derechos de Acceso en materia ambiental es una estrategia necesaria para la real protección del medio ambiente en una dimensión amplia.

281 En este sentido vale la pena considerar la vigencia y aplicación en Chile de las “Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”²⁸. Estas reglas “[t]ienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial” (Regla 1). Definen a personas en situación de vulnerabilidad como “[a]quellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejecutar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Contemplan el acceso no solo a asesoría y orientación letrada profesional y especializada, sino que también el derecho a la información básica sobre sus derechos, sobre los procedimientos judiciales y la forma de participar en ellos (Regla 26, 1).

282 Véase el fallo del recurso ROL: 58888-2019 de la Corte Suprema.

283 Cordero L, V Durán, C Palacios, V Rabí, A Sanhueza y A Urquiza (2018) Propuestas para Mejorar el Acceso a la Justicia Ambiental. Memo de Políticas Públicas N° 13. Junio de 2018. Espacio Público, Chile: 1.



El imperativo de una Constitución Ecológica

Catalina Spuhr & Matías Vera

Tiempos como los actuales son sin duda extraordinarios e históricos. Por una parte, a nivel global, la emergencia sanitaria mundial producto de la pandemia de COVID-19 nos ha enfrentado a una crisis sanitaria, social y económica sin precedentes y, junto con ello, a la necesidad de reconfigurar nuestras formas de vida y de coexistencia con el entorno. Por otro lado, a nivel local, estamos siendo testigos y partícipes de un incipiente proceso constituyente, propulsado por la protesta social y gestado en el marco de una crisis social, de representación política y de derechos humanos. Ambos fenómenos, si bien diversos, son sintomáticos de un mismo diagnóstico: el derrumbe de una estructura, aparentemente intangible, que no da abasto.

En este contexto convulsionado surge la Red de Constitucionalismo Ecológico (RCE). El propósito de esta RCE es triple: primero, agrupar a personas integrantes tanto del ámbito de las ciencias como del mundo jurídico, realizando un trabajo de análisis interdisciplinario; segundo, *discutir* los contenidos ambientales esenciales que debería incorporar una nueva Constitución, dialogando entre las disciplinas y llegando a posturas consensuadas; tercero, *generar* insumos para aportar a los futuros constituyentes y así posicionar los contenidos ambientales en el centro del debate constitucional.

Esta presentación tiene por objeto realizar un breve recorrido sobre el trabajo de la RCE y sus principales aportes desde la óptica de la participación ciudadana y el estudio multidisciplinar. Así mismo, se buscará abordar la importancia y la necesidad de una Constitución Ecológica junto con los contenidos esenciales a tratar.

El trabajo de la RCE: un ejercicio democrático, participativo y de convergencia multidisciplinaria

A través de exposiciones de especialistas, diálogos entre disciplinas y la creación de insumos de discusión, la RCE se ha ido consolidando como un esfuerzo colectivo, crítico e integrado, que busca reconfigurar la dimensión ambiental en la nueva Constitución. Para ello, fue necesario problematizar nudos críticos y cuestionar los paradigmas tradicionales, buscando conciliar alternativas y entregar propuestas transformadoras para un nuevo trato-socio ecológico.

Al respecto, la RCE, así como otras iniciativas de participación ciudadanas formadas al alero del proceso constituyente, se alzan en cierta forma como un ejercicio piloto o de representación del proyecto macro que supone (o debería suponer) la redacción de una nueva Constitución: una instancia de discusión, participativa, paritaria, representativa y democrática.

Este ejercicio democrático y participativo de la ciudadanía, fundamental en toda toma de decisiones, es particularmente relevante en materia ambiental. En este sentido, la participación ciudadana en materia ambiental puede ser entendida desde tres dimensiones²⁸⁴: (i) como un principio, reconocido en diversos tratados internacionales, siendo uno de los más importantes el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del año 1992; (ii) como un derecho, manifestado tanto como participación política y como participación en la gestión pública, vinculado directamente a la idea de democracia; (iii) a nivel de mecanismos, como manifestación específica de la justicia ambiental²⁸⁵. Ya sea desde una

284 La identificación de estas tres dimensiones de la participación ciudadana en materia ambiental es realizada por Costa E y V Belemmi (2017) ¿Susurro al viento? Desempeño de la participación ciudadana en el SEIA. Revista de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Año V N° 8 (julio-diciembre 2017): 9-11.

285 Hervé D (2015) Justicia Ambiental y Recursos Naturales. Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso: 66.

u otra dimensión, la participación ciudadana es constitutiva a la democracia y constituye un requisito para la efectividad y la legitimación de las decisiones que nos conciernen como comunidad.

Ahora bien, parte de esta representatividad en materia ambiental dice relación también con la necesidad de abordar la temática desde una perspectiva interdisciplinaria. Así como sostuvieron Liliana Galdámez y Bárbara Saavedra en las primeras sesiones de la RCE, pareciera que en realidad “el Derecho no entiende a la Naturaleza”. En esa línea, el análisis respecto a las temáticas ambientales a incorporar en la Constitución requiere necesariamente de una comprensión integral de los fenómenos que las componen. De lo contrario, no solo habrá un déficit de representatividad, sino también una completa desconexión entre el texto constitucional y el entorno en el cual está llamado a desenvolverse.

Lo anterior no constituye en principio una tarea sencilla. El diálogo entre diversas disciplinas y áreas de conocimiento supone un doble trabajo de entendimiento e implica la difícil, pero a la vez enriquecedora tarea de alcanzar un lenguaje común. Con ello, se deben congeniar diferencias entre objetivos y finalidades; marcos temporales de desarrollo; y exigencias de verificabilidad y prueba de resultados en ámbitos científicos en comparación a los jurídicos²⁸⁶. Así mismo, en muchas ocasiones será necesario recurrir a una traducción jurídica de conceptos y resultados científicos para lograr la aplicabilidad en el mundo del Derecho de los conceptos científicos que se han incorporado a la normativa²⁸⁷.

Desde el surgimiento de la RCE, se tuvo en miras ese propósito y se convocó a decenas de representantes de distintos territorios y disciplinas para abordar las problemáticas socioambientales de nuestro país. Gracias a ello, participaron diversas personas de diversas áreas del conocimiento, teniendo representación desde el mundo del derecho, la ecología, geografía, sociología, antropología, historia, ingeniería, oceanografía, poesía, entre otras. Esta multiplicidad y diversidad de actores permitió el desarrollo de diálogos integrales y enriquecedores respecto a la temática ambiental cuyo producto se ve plasmado en este

libro, como un insumo al diálogo constituyente que será compartido con toda la comunidad en miras a integrar de la mejor manera el nuevo paradigma socio ecológico en el texto constitucional.

Medio Ambiente y Constitución: la necesidad de una Constitución Ecológica

Los seres humanos se relacionan en un vínculo indisoluble con la Naturaleza²⁸⁸. Es la humanidad quien necesita de la Naturaleza para vivir y desarrollarse, y no viceversa. Durante años las ontologías antropocéntricas han pretendido crear una frontera artificial que separa lo humano del resto de los seres vivos, reduciendo a estos últimos a un mero eslabón dentro de la cadena de producción. Ante esto, impera la necesidad de reconfigurar este paradigma y poner el acento en la protección, la reparación y la retribución a los distintos ecosistemas con los que interactuamos.

En el marco del esfuerzo colectivo que ha significado el proyecto de la RCE, fue necesario estudiar y reevaluar las bases fundamentales de las temáticas ambientales a tratar en la futura Constitución. Entre estas, se hizo un recorrido por los grandes principios rectores jurídicos y ecológicos; los modelos de desarrollo y sus alternativas como el decrecimiento, buen vivir y los imaginarios del posdesarrollo; la noción de patrimonio cultural; los pueblos originarios; los derechos de la naturaleza; las aguas; los derechos fundamentales y medio ambiente junto a su tutela jurisdiccional; el derecho de propiedad y su función ecológica; los extractivismos; entre otros.

A partir de lo anterior, se acordaron ciertos consensos esenciales: (i) la existencia de una relación vital e indisoluble entre el bienestar humano y la naturaleza; (ii) el derecho humano a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; (iii) los derechos de las futuras generaciones y el principio de solidaridad intergeneracional; (iii) la promoción y protección a la integridad del territorio y el uso racional y sostenible de las contribuciones de la naturaleza; (iv) la función ecológica de la propiedad; entre muchas otras materias igual de relevantes y que fueron desarrolladas en su oportunidad.

286 Esteve J (2003) Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión, Documentación Administrativa N° 165-266: 137-149.

287 Álvarez SM (2019) El derecho ambiental entre la ciencia, la economía y la sociología: reflexiones introductorias sobre el valor normativo de los conceptos extrajurídicos. Revista Catalana de Dret Ambiental 10 (1): 6.

288 Saavedra B “Base ecológica de la nueva Institucionalidad: la biodiversidad o naturaleza como base, motor y garante del bien común” en este Volumen.

Partimos esta presentación señalando que nos encontramos frente a un momento histórico. La nueva Constitución debe situarse históricamente y hacerse cargo de esa realidad. Junto con ello, debe ser sistémica y ser capaz de proyectarse hacia el futuro, haciéndose cargo del porvenir de las futuras generaciones y del ecosistema que pervive. *“Toda Constitución sintetiza un momento histórico. En toda Constitución se cristalizan procesos sociales acumulados. Y en toda Constitución se plasma una determinada forma de entender la vida. Una Constitución, sin embargo, no hace a una sociedad. Es la sociedad la que elabora la Constitución y la adopta casi como una hoja de ruta”*²⁸⁹.

El tratamiento de lo ambiental en la Constitución de 1980 se reduce al artículo 19 N°8 y los márgenes allí establecidos bajo la fórmula “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” como también a la regulación de la propiedad en el artículo 19 N° 24 en relación a los límites derivados de su función social, la propiedad minera y los derechos de aprovechamiento de aguas. En contraste, una Constitución Ecológica tiene la virtud de reconocer la necesidad de un tratamiento integral de lo ambiental a lo largo de toda la Constitución; desde el prólogo, el artículo 1 y hasta las siguientes disposiciones concernientes a la materia, como un conjunto de hebras que componen un rico entramado biocultural en nuestra sociedad.

Si bien es cierto que una Constitución Ecológica no tendrá como efecto inmediatamente un cambio de paradigma, sí supone un presupuesto base para comenzar a concebir un futuro en el cual seremos humanos y Naturaleza se comprendan, se reconozcan y se vinculen de forma saludable y ecológicamente equilibrada. Supone un reconocimiento de un contex-

to y un sentir común de una sociedad que ha comprendido que el modelo actual de desarrollo es insostenible y que la disociación entre seres humanos y su entorno es ficticia.

En este sentido, es fundamental sostener el rol que tiene el Estado en el reconocimiento, garantía y protección de los derechos que tienen las personas en relación a la Naturaleza, pero también en la protección y conservación de los ecosistemas que nos rodean, en tanto bienes jurídicos relevantes necesarios de tutelar.

Así mismo, reconocer y garantizar a nivel constitucional mecanismos abiertos de tutela judicial efectiva en materia ambiental y así distribuir el ejercicio efectivo, y no testimonial, del poder para la ciudadanía.

De todo lo expuesto no queda más que concluir la significativa labor que nos va quedando por delante. Realzar la dimensión histórica de este proceso y saber articular las diferentes demandas sociales que se presenten. Entre ellas, la dimensión ambiental es clave: reconocer su valor intrínseco, plasmar sus contenidos esenciales y acompañarlos de una institucionalidad que asegure su protección efectiva. Este esfuerzo tiene que ser necesariamente participativo, democrático y vinculante, incorporando visiones integrales de disciplinas y territorios diversos; y a la vez inspirado en una perspectiva ambiental que perviva el contexto de crisis actual. La dimensión ambiental trasciende todos los aspectos de la Constitución desde el momento mismo en que reconocemos que nuestra existencia y bienestar dependen del bienestar de la Naturaleza. Y de ahí, en adelante, se constituye por sí mismo un entramado indisoluble entre Medio Ambiente, Constitución y sociedad.

289 Alberto Acosta (2010) El buen vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi. Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, 5, Ecuador.





9 789561 608412