

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 Termoelectrica 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, usan 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 aménorar 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 llamó, 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.