

Facultad de Derecho - Universidad de Chile

# LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: REFLEXIONES PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

PILAR MORAGA SARIEGO

Editora



almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rafael Asenjo • Pilar Moraga Sariego •  
Andrea Sanhueza • Valeria Torres •  
Constance Nalegach • Maisa Rojas •  
Rodolfo Sapiains Arrué • Liliana Galdámez •  
Jordi Jaria • Laura Gallardo • Daniela Rivera Bravo  
• Alejandro Vergara Blanco • Dominique Hervé •  
Salvador Millaleo • Sebastián Soto • Cristina Torres

# LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: REFLEXIONES PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

PILAR MORAGA SARIEGO  
(Editora)



© FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE  
Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N° 299.976, año 2019  
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición  
en el mes de febrero de 2019

IMPRESORES: Dimacofi Negocios Avanzados S. A.

IMPRESO EN CHILE/ PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-2521-9

## CONTENIDO

PREÁMBULO <i>Rafael Asenjo</i> .....	9
INTRODUCCIÓN GENERAL. PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE <i>Doctora Pilar Moraga Sariego</i> .....	15
<b>I. DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL</b>	
INTRODUCCIÓN. LA PARTICIPACIÓN ES CLAVE PARA LA GOBERNABILIDAD Y EL DESARROLLO SUSTENTABLE <i>Andrea Sanhueza</i> .....	25
DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES: TRATAMIENTO A NIVEL CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE <i>Valeria Torres</i> .....	31
ESTADO DE LAS NEGOCIACIONES DE LOS DERECHOS DE ACCESO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE <i>Constance Nalegach</i> .....	41
<b>II. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ERA DE CAMBIO CLIMÁTICO</b>	
INTRODUCCIÓN: CONTEXTO BIOFÍSICO Y HUMANO DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN CHILE: ESCENARIOS CLIMÁTICOS Y LA VULNERABILIDAD DE CHILE <i>Doctora Maisa Rojas</i> .....	57



PERCEPCIONES DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA POBLACIÓN CHILENA: IMPLICANCIAS PARA LA POLÍTICA PÚBLICA Y UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Doctor Rodolfo Sapiains Arrué ..... 67

LOS DEBERES DE PROTECCIÓN ESTATAL, CLÁUSULA PRESENTE (AUNQUE DORMIDA) EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980: UNA FÓRMULA CONSTITUCIONAL FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

Doctora Liliana Galdámez ..... 77

CONSTITUCIONALISMO Y CAMBIO CLIMÁTICO

Doctor Jordi Jaria ..... 87

**III. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN LA ERA DEL ANTROPOCENO**

INTRODUCCIÓN: ANTROPOCENO EN CHILE Y OPORTUNIDADES PARA UN DESARROLLO SOSTENIBLE Y RESILIENTE

Doctora Laura Gallardo ..... 103

LAS AGUAS EN LA CONSTITUCIÓN: ESTADO ACTUAL Y PROYECTO DE MODIFICACIÓN

Doctora Daniela Rivera Bravo  
Doctor Alejandro Vergara Blanco ..... 111

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS RECURSOS NATURALES EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA AMBIENTAL

Doctora Dominique Hervé ..... 125

**IV. LINEAMIENTOS PARA LA ADECUACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 19 NÚM. 8 A LA LUZ DE LOS NUEVOS DESAFÍOS AMBIENTALES**

PROCESO CONSTITUYENTE Y MEDIO AMBIENTE

Doctor Salvador Millaleo ..... 149

MEDIO AMBIENTE Y DEBATE CONSTITUCIONAL

Doctor Sebastián Soto  
Cristina Torres ..... 157

## PREÁMBULO

Rafael Asenjo

Ex Presidente del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago

Siempre que pensamos en la modificación de la Constitución de 1980, iniciamos la conversación haciendo referencia a sus disposiciones *ambientales*.

Dentro de estas se encuentra el artículo 19 núm. 8, el cual, si es mirado con objetividad, no es en realidad una garantía a un medio ambiente *saludable*, sino a un medio ambiente *libre de contaminación*, que aun cuando puede ser un factor para determinar si nos encontramos ante un medio ambiente *saludable*, se trata de un concepto diverso que básicamente dice relación con una definición *sanitaria*.

El segundo tema que normalmente mencionamos cuando hablamos de la Constitución de 1980 es el recurso de protección del inciso segundo del artículo 20, el cual, en mi opinión personal, es un recurso de protección de “segunda categoría” como mecanismo de resguardo de esta garantía sanitaria del artículo 19 núm. 8.

Estas dos disposiciones constitucionales vigentes desde 1980 están sujetas al paraguas protector del derecho de propiedad. La Constitución vigente es una cuya garantía central, básica y más desarrollada es la garantía del derecho de propiedad. El artículo 19 núm. 23 es claro al respecto.

A pesar de la insuficiencia de antecedentes en las actas constitucionales sobre la materia, se ha logrado establecer una feliz relación entre la función social de la propiedad y la conservación del patrimonio ambiental. Todo esto, además, queda sujeto a la suprema garantía, por sobre el derecho de propiedad, que es la garantía del artículo 19 núm. 26, conforme a la cual aquellos preceptos que regulen la garantía del derecho de propiedad o que regulen sus límites



## PROCESO CONSTITUYENTE Y MEDIO AMBIENTE

*Doctor Salvador Millaleo*

*Miembro del Consejo Ciudadano de Observadores. Profesor asistente/asociado  
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*

Creo que todavía predomina un enfoque de las llamadas “cuestiones ambientales” como cuestiones de decisiones administrativas, de procedimientos, de aparatos burocráticos, en que las cuestiones fundamentales –esto es, cuáles son las bases constitucionales y de justicia distributiva en las que todos deberíamos estar de acuerdo– quedan solapadas en estos procedimientos. Es así que han quedado frenadas, desoídas y desatendidas a la hora de tomar decisiones que las afectan profundamente; esto es fuente, por cierto, no solo de pérdida de legitimidad para el aparato ambiental, sino que también contribuye a la pérdida de legitimidad de la institucionalidad política que tenemos en general. De ahí la relevancia de plantear temas ambientales en la dimensión que las fundamenta, es decir, en la dimensión constitucional. Por eso quiero saludar que este inicio al debate sea profundo y tenga toda la amplitud para plantear estas cosas en su justa y correcta dimensión.

¿Qué lleva a que nosotros empecemos a discutir una nueva Constitución? Quiero aclarar que, al ser parte del Consejo de Observadores del proceso constituyente, nos ven como defensores acérrimos de un cierto modelo que el gobierno ha impuesto, pero la verdad es que, como observadores, nuestra responsabilidad es con el proceso de participación que se está llevando a cabo y no velamos por el proceso general, lo cual tiene que ver más bien con una responsabilidad del Gobierno. En ese sentido, lo que a nosotros nos ha interesado –y aquí hablo a título personal– es asegurar que este no sea un proceso en el que una vez más se discuta entre cuatro paredes o sea impuesta una Constitución, sino que sea abierto a las opiniones de la ciuda-



danía y en el que, precisamente a partir de una participación lo más amplia posible y mucho más amplia que cualquier otra experiencia que hayamos tenido antes, podamos generar una legitimidad que garantice realmente una nueva Constitución.

Una nueva Constitución puede ser definida no solamente como un conjunto de nuevas instituciones que nos saquen de las trampas de la Constitución de 1980, sino también como una Constitución básicamente legítima en su origen y en su ejercicio, debido, en primer lugar, a la forma en que es elaborada. Esto creo que es una condición necesaria para que podamos pensar que cualquier contenido que tenga la Constitución pueda ser mejor que los contenidos normativos que tiene en la actualidad.

En este contexto se plantean temas sumamente relevantes en cuanto a la Constitución y Medio Ambiente. Desde luego, hay mucho de pactos internacionales, ya formados o en formación, de los cuales algunos somos parte y otros de los que no; que son sumamente importantes también a la hora de definir los derechos constitucionales. En primer lugar, una de las cuestiones más complicadas en la evolución constitucional de Chile fue, precisamente, definir cuál es el estatuto de los tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, respecto a los tratados ambientales –que tienden cada vez más a ser parte de los tratados de derechos humanos al tratar de redefinir los derechos en esta dimensión en relación a su naturaleza– es relevante decidir cuál será su rol: si van a formar parte de la Constitución, o si serán supraleales pero infraconstitucionales –como ocurrió, por ejemplo, con la rebaja que recibieron a raíz de la consulta indígena en la sentencia del Tribunal Constitucional por la Ley de Pesca–. Esta cuestión es sumamente relevante para definir cuál es el cúmulo o conjunto de derechos disponibles a la hora de discutir y decidir temas ambientales.

En segundo lugar, han planteado otro punto sumamente relevante, respecto a qué sentido puede haber en que tengamos una Constitución –o un ordenamiento jurídico interno a partir de una– que defina distintos derechos, si nuestra soberanía es limitada por acuerdos económicos internacionales que nos impedirán tomar nuevas o sustanciales decisiones para proteger el medio ambiente y otros valores asociados, en especial si estas limitaciones provienen de acuerdos internacionales que generalmente fueron establecidos sin participación. Por lo tanto, hay que considerar la soberanía popular no solo al momento de armar una Constitución interna y evaluar la

capacidad que tengamos de construir un ordenamiento hacia adentro, sino también al revalidar la soberanía en el sentido externo. La globalización económica siempre tiene que dejar un espacio para tomar medidas que precaven la salud de la población y las medidas de justicia ambiental que un país pueda decidir.

En tercer lugar, lo propiamente doméstico en una Constitución, los procedimientos ambientales, los órganos ambientales y sus decisiones, se configuran de acuerdo a los fundamentos institucionales que los justifican e interactúan entre sí. El medio ambiente nos hace plantear la realidad desde una visión holística, lo que puede ser aplicado también a la regulación sobre el medio ambiente, debido a que está conformada por un conjunto de derechos que juegan entre sí para construir diseños que, en la práctica, van a originar ciertas decisiones o procedimientos en una línea o en otra.

En este sentido, afecta el derecho al medio ambiente –con toda la riqueza que ha sido planteada–, pero también hace que surjan preguntas respecto a si vamos a tener dentro de una nueva Constitución alguna visión de justicia territorial y de cómo serán distribuidas las cargas y los beneficios de los territorios: si, por ejemplo, vamos a tener una visión de desarrollo sustentable más fuerte que la que tenemos y si vamos a establecer un régimen especial para las aguas de nivel constitucional; qué haremos, además, con las demandas emergentes en el mundo, como los llamados derechos de los animales no humanos; o qué vamos a hacer respecto al derecho al medio ambiente si construimos un derecho a la biodiversidad. ¿Podremos llegar a este nivel de compromiso?

Hay muchas otras relaciones que pueden ser revisadas respecto a lo propiamente ambiental, pero también esto será esculpido según cómo jueguen estos derechos con el derecho a la propiedad y a la libre iniciativa económica. Gran parte de los conflictos que tenemos nacen precisamente por el desequilibrio entre estos y otros derechos de ciertas comunidades en todos los aspectos o externalidades de la actividad económica que inciden en el medio ambiente. Efectivamente, hoy no existe una situación de equilibrio que permita resolver estas cuestiones, lo cual es parte de la crisis de legitimidad que ha llevado a muchos a pensar que es necesaria una nueva Constitución.

La importancia de la participación como un derecho por sí mismo está reflejada fragmentariamente en la actualidad, pero puede recibir una regulación más sistemática en una nueva Constitución. Lo mismo con el derecho de acceso a la información, que no solo



es clave porque la información pública es necesaria para fundar las decisiones en materia medioambiental, sino también por toda la información de origen privado que es públicamente relevante a la hora de hacerse una idea de cuáles son los posibles impactos, cargas o efectos ambientales de un proyecto, iniciativa o medida.

Por cierto, el derecho a la salud, que debería tener también un impacto en materia ambiental, requiere que su forma de regulación tenga impacto en la manera en que son tomadas las decisiones ambientales. También los derechos de los pueblos indígenas, en la actualidad inexistentes más allá del Convenio 169, que es infraconstitucional pero suprallegal de acuerdo a la última comprensión del Tribunal Constitucional. Una de las demandas más sentidas en esta materia es la de un reconocimiento constitucional que no sea semántico, sino que en la nueva Constitución se traduzca en el reconocimiento de derechos colectivos, conforme a los cuales uno de los aspectos más relevantes es el vínculo espiritual que tienen los pueblos indígenas con los territorios y con los recursos naturales.

En este sentido, recuerdo haber podido observar los encuentros locales autoconvocados del Club Social Colo-Colo, en los que sus socios, sin ser todos necesariamente indígenas, asumían como compromiso del club el defender la idea de que Chile se convierta en un país plurinacional y reconozca la entrega de amplios derechos colectivos a los pueblos indígenas como una deuda pendiente. Lo cito como una muestra de que no solo es una demanda de los pueblos indígenas: por lo que he visto, es una demanda transversal de la sociedad chilena que, sin embargo, todavía no es escuchada por la ley.

Estos y otros derechos juegan o establecen un entorno normativo que va a delinear un nuevo procedimiento, una nueva visión de cómo el Estado toma decisiones ambientales, en la que sean establecidas formas más equilibradas de lograr una justicia distributiva en materia ambiental, no solo en lo que podríamos llamar un “primer piso” –cómo distribuimos los beneficios y las cargas de los efectos ambientales de ciertos proyectos o medidas–, sino también en un “segundo piso”, el cual reconoce que el valor del medio ambiente –que nosotros llamamos “la naturaleza”– es distinto para los diversos grupos y culturas que conviven en nuestro país; que para el significado de un lago, de las aguas, del aire, de los bosques, no solo es relevante cuánto me toca a mí de los efectos de la contaminación o cuánto me toca a mí del beneficio de la industria maderera, sino

también plantear qué significado tiene por sí mismo el bosque, más allá de un significado económico.

Existen otros significados que tienen que ser tomados en cuenta en cualquier procedimiento de decisión ambiental, pero en Chile no estamos dando cuenta de ellos porque tenemos solo una visión económica de lo que significa el valor de los beneficios y, luego, del posible efecto técnico ambiental negativo que por esos beneficios pueda producirse, además de una radical incompreensión de las distintas valoraciones en juego a la hora de tomar decisiones respecto de materias ambientales.

A partir de allí, creo que lo que podríamos esperar es el inicio de un debate, y solo quiero abrir unas líneas sobre algunos aspectos sobre cómo podría una nueva configuración de este entorno de derecho afectar –o cómo debería afectar– los procedimientos de toma de decisiones ambientales. Desde luego, la participación previa debería poder materializarse en forma efectiva. En realidad no la tenemos en nuestros procedimientos de decisiones ambientales, porque a la hora en que los proyectos de inversión entran al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ya tienen un plan definido, cuya la posibilidad de ser modificado por las comunidades es muy poca, pues los procesos participativos que hay en el actual SEIA funcionan una vez que ya entran en el sistema. Así, en vez de ser eficiente para resolver la conflictividad ambiental, genera una desconfianza enorme porque no provee realmente las herramientas para corregir y adecuar los proyectos a los deseos y necesidades de las comunidades.

Esto tiene mucho que ver con el carácter de la participación. En la famosa escala de Arnstein, la participación puede ser meramente informativa, puede ser consultiva, o puede ser vinculante. Las hipótesis de participación vinculante son prácticamente inexistentes en nuestro país. De hecho, en la comprensión de la doctrina internacional respecto de la consulta indígena hay hipótesis de vinculación cuando hay desechos tóxicos, cuando hay un traslado forzoso de las comunidades o cuando un proyecto determinado impacta profundamente en la forma de vida de la comunidad. Ninguna de esas hipótesis está reflejada en la actual legislación ambiental y, por lo tanto, estamos en ese sentido vulnerando la comprensión de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos de la consulta indígena.

En el proyecto de ley de transmisión eléctrica, por ejemplo, fueron declaradas inadmisibles unas indicaciones que iban destinadas



precisamente a contemplar la hipótesis de consentimiento cuando el trazado eléctrico suponga el desplazamiento o un impacto relevante en la forma de vida de las comunidades indígenas afectadas. Fue admitida solamente una consulta indígena, valga la redundancia, meramente consultiva y no vinculante. Entonces, el avanzar a la vinculación en ciertos aspectos relevantes que el ordenamiento internacional establece, debe ser uno de los desafíos del nuevo procedimiento ambiental y, por supuesto, para eso es necesario equilibrar la propiedad y la libre iniciativa privada con estos otros derechos antes mencionados. Desde luego, esto supone introducir flexibilidad en el procedimiento de evaluación ambiental.

Nuestro procedimiento de evaluación ambiental cuenta con un diseño institucional que fue realizado con mucho esmero y celo. Pero todo lo que ha derivado de ahí sirve para realzar ciertos valores y no otros, en el sentido de que tenemos un Sistema de Evaluación Ambiental que es lineal, secuencial y se condice con valores que no son ambientales, como el de la libertad económica, sin un adecuado equilibrio. Los países que han intentado tomar más en serio otro tipo de valoración respecto de lo ambiental han flexibilizado su procedimiento de evaluación al generar procedimientos más integrativos, menos secuenciales, en los que la discusión pueda ser abierta en varias oportunidades, para así incluir las asimetrías de información, las nuevas perspectivas, los nuevos sujetos que no han sido considerados antes. Mientras, nuestro procedimiento es hasta ahora estrictamente secuencial.

Una cuestión sumamente relevante, como ya lo señalé, es que sean integradas en los procedimientos ambientales la pluralidad de las cosmovisiones, pues el medio ambiente tiene elementos que no tienen solo una sola forma de valoración. Por ejemplo, en el caso de Pilmaiken, las comunidades indígenas que se están oponiendo a la construcción de la central sostienen que en ese espacio, en esos lugares que para otros son solo recursos hídricos, ahí vive o se realiza el espacio del *Ngen Kintuante*, un espíritu que configura la relación de la comunidad con la naturaleza. Acá no estamos hablando del efecto económico negativo que produciría la construcción de esa central en ese lugar, sino de una valoración cultural radicalmente distinta entre el proyecto o espíritu del proyecto y el espíritu que anima a la comunidad. Esto debe poder entrar seriamente en consideración a la hora de construir o tomar decisiones que sean legítimas; si no, en definitiva, perdemos todos, pierden las comunidades, pero también

los proyectos. Pensemos lo que pasó en Neltume, donde estos temas debieron ser tratados después de años de avance de un proyecto, precisamente porque jamás fue considerado o porque la opinión de las comunidades fue tomada en cuenta demasiado tarde, lo que en definitiva hizo fracasar el proyecto.

Necesitamos una evaluación que sea incluyente, es decir, con materias relevantes en las que haya necesidad de participación, en las que pueda haber un procedimiento formal de participación y, por lo tanto, presentación de los distintos intereses y valores ambientales. Que la Declaración de Impacto Ambiental no tenga procedimientos de consulta indígena, por ejemplo, o procedimientos relevantes de participación ciudadana, lo único que logra en definitiva es un incremento de la conflictividad y la desconfianza.

Luego, las asimetrías de información. En un entorno en que los derechos de acceso a la información y la participación sean tan fuertes como la propiedad y la libre iniciativa económica; cuando efectivamente haya una evaluación ambiental que garantice la simetría de información entre grandes empresas, que pueden movilizar recursos pecuniarios importantes, y comunidades indígenas o comunidades locales que no pueden hacerlo, por cierto que el Estado debe suplir y establecer mecanismos para que todos puedan presentar sus perspectivas y evaluaciones con igualdad de armas.

Y, por supuesto, una tutela efectiva de los derechos de acceso a la justicia tiene que estar cautelada de manera relevante en un nuevo entorno, en el cual no sean solamente la propiedad y la libre iniciativa económica las que determinen nuestra valoración del medio ambiente, sino que haya un equilibrio, no supresión completa, pero sí un adecuado equilibrio con otro tipo de derechos que merecen reconocimiento y protección garantizada a nivel constitucional.

