

Nº 7 | 01 de agosto 2023

Apuntes de política ambiental



FIMA

ONG - Desde 1998

Enmiendas Constitucionales en materia de Medio Ambiente

El día de hoy, martes 1 de agosto, las distintas comisiones del Consejo Constitucional comenzarán a discutir las más de mil enmiendas ingresadas al texto propuesto por la comisión experta. Aquellas enmiendas que sean aprobadas por 3/5 por la respectiva comisión, pasarán a ser parte de los informes presentados al pleno, donde otra vez necesitarán de 3/5 para ser incluidas en el texto a plebiscitar el próximo 17 de diciembre. De esta forma, quedan instancias todavía (incluida la posibilidad de revisión mixta entre consejeros y expertos, en función de la votación obtenida) que pueden modificar lo que vaya emergiendo, pero sin duda lo que salga de estas comisiones nos permite aproximarnos a lo que será el posterior texto y su tenor.

El presente documento¹ tiene por finalidad analizar los riesgos asociados a algunas de las enmiendas presentadas en materia ambiental por Consejeros Constitucionales al anteproyecto propuesto por la Comisión Experta.

I. Avances de la discusión ambiental en el proceso constitucional

Previo al análisis de algunas enmiendas específicas, es necesario reflexionar en torno a una característica común de varias de ellas. Pese a que algunas enmiendas tienen consideraciones de justicia intergeneracional, analizando de cerca su contenido

¹ Documento elaborado por Ezio Costa y Santiago Correa, ONG FIMA.

existe un riesgo de que caigan en contradicción con otras disposiciones constitucionales alusivas al desarrollo económico.

Ahora bien, no podemos cargar de total responsabilidad al trabajo de los consejeros manifestada en las enmiendas, porque es una falencia -hasta cierto punto- heredada del borrador emanado por la Comisión Experta. Con todo, observamos un texto que no se hace cargo adecuadamente del contexto socioambiental en que se escribe. Al respecto, se ha dicho en innumerables ocasiones a lo largo del proceso, que cada constitución es hija de su tiempo y sin embargo, el cambio climático apenas está nombrado en función del deber del Estado de implementar medidas de mitigación y adaptación. El texto de la Comisión Experta no presenta innovaciones ni es profundo en abordar la crisis climática y ecológica, pero es un avance en comparación al actual texto constitucional.

Entre las enmiendas más críticas, debemos considerar aquellas que buscan supeditar la protección ambiental al crecimiento económico, promoviendo una falsa dicotomía que sólo se sostiene en un cortísimo plazo, que no es aquel al que debiese apostar una constitución. La visión que propone esta dicotomía es la que históricamente ha estado lejos de alentar un equilibrio y, por el contrario, ha llevado a un crecimiento basado en la extracción de recursos naturales, a costa de consideraciones sociales y ambientales. Al día de hoy, resulta fácil constatar los efectos que tiene la degradación ambiental aún en materia de crecimiento. Así, la mayor recurrencia de incendios forestales, inundaciones y otros desastres, así como la baja disponibilidad y calidad del agua, entre otras, son grandes amenazas para las actividades económicas actuales y futuras.

El capítulo XIII, que es el que regula la protección del medio ambiente, sostenibilidad y desarrollo, no contiene disposición alguna respecto a la regulación de los bienes comunes naturales o bienes nacionales de uso público de origen natural, como son las aguas de mar, el aire o la biodiversidad. Los pocos de estos elementos que cuentan con una regulación lo hacen, al igual que la constitución vigente, al alero del derecho de propiedad, lo que exacerba su carácter meramente productivo, en detrimento de entenderlos como elementos dentro de ecosistemas vitales para el ser humano y la naturaleza.

II. Análisis de las enmiendas del sector mayoritario

A continuación, se analizarán algunas de las enmiendas con el siguiente formato: primero se presenta el número del artículo a enmendar; para después presentar el texto original del anteproyecto; luego la enmienda, comenzando entre paréntesis por la bancada que la presenta; finalizando con el comentario respecto de riesgos asociados a la enmienda propuesta.

Solo se analizarán las enmiendas del sector mayoritario del Consejo, que corresponde a Republicanos, UDI y RN-Evopoli.

Artículo 16.20.a)

Anteproyecto: *El derecho a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación, que permita la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.*

Enmiendas:

1. (UDI) Para sustituir el inciso: *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, equilibrado y compatible con el desarrollo.*
2. (PR) Para sustituir el inciso: *El derecho a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, que permita la sustentabilidad del país y el desarrollo de las personas.*

Comentario: En cuanto a la enmienda planteada por la UDI, la eliminación de “sano y sostenible” iguala la formulación a la Constitución actual y con ello elimina la actualización que se está haciendo de la nomenclatura constitucional, recuperando una denominación de 1980 por sobre aquella que actualmente es reconocida internacionalmente. Por lo demás, un medio ambiente sobre explotado podría no estar contaminado, pero difícilmente será sano y sostenible, lo que le otorga un carácter menos antropocéntrico y de largo plazo a la protección ambiental.

Por otra parte, busca que sea compatible con el desarrollo, sin especificar de qué tipo, lo que podría postergar la satisfacción de este derecho fundamental, prefiriéndose la destrucción de ecosistemas para efectos de generar beneficios monetarios.

No parece razonable que se exija que el medio ambiente sea compatible con el desarrollo, sino que la cuestión debiera ser al contrario, observando las condiciones naturales y llevando adelante un desarrollo que sea compatible con ellas.

En definitiva, la aprobación de la enmienda significaría incluso un retroceso en relación a la situación actual, generando un texto constitucional contradictorio y abiertamente contrario a la protección ambiental.

Artículo 16.20.b)

Anteproyecto: *De acuerdo a la ley, se podrán establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.*

Enmiendas:

(PR, UDI y RN-Ev) Para sustituir, en el literal b) “De acuerdo a la ley, se podrán” por “Sólo la ley podrá”.

Comentario: La restricción de derechos y libertades debe brotar de un mandato legal, pero no puede agotarse en dicho mandato puesto que las normas ambientales suelen ser generadas con una técnica marco, que pretende que sea la Administración del Estado la que especifique condiciones de acuerdo con un conocimiento experto y una especificidad territorial que no es esperable ni exigible de parte de la ley.

Así sucede con todos los instrumentos de gestión ambiental, siendo un hecho por lo tanto que las Resoluciones de Calificación Ambiental, los Planes de Prevención y Descontaminación, las Normas de Emisión y de Calidad, entre otros, se podrían ver comprometidas con la aprobación de esta enmienda, generando una disrupción significativa y perjudicial en la gestión ambiental del país.

Artículo 16.29

Anteproyecto: *El derecho al (...) agua y al saneamiento, de conformidad a la ley. Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras.*

Prevalecerá su uso para el consumo humano y para el uso doméstico suficiente (...).

Enmiendas:

1. (PR) Para sustituir el numeral 29 del artículo 16, por uno nuevo del siguiente tenor:

“El acceso al agua y al saneamiento, de conformidad a la ley.

Es deber del Estado promover la seguridad hídrica, acorde a criterios de sustentabilidad. La legislación, regulación y gestión deberán incorporar todos los valores y funciones de las aguas, priorizando el consumo humano y su uso doméstico de subsistencia”.

2. (OF) Para sustituir “Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras” por la siguiente frase: “El Estado debe garantizar el derecho a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para las generaciones actuales y futuras, así como para la preservación ecosistémica.”

Comentario: La enmienda del Partido Republicano elimina la noción de derecho, por lo que podría mermar las herramientas a quienes se vean vulnerados para recurrir la tutela de este derecho. En ese sentido, se estaría relevando la categoría de derecho fundamental, de carácter tan indispensable, como el acceso al agua y al saneamiento.

La segunda enmienda, en cambio, robustece el derecho al darle ciertas características a la prestación de ese servicio, el que no se vería satisfecho si fuera agua privativamente cara o de muy mala calidad. Por otra parte, contiene una priorización del uso para preservación ecosistémica, lo que da herramientas al regulador para limitar los derechos de aprovechamiento en caso de que no haya necesaria afectación a personas, pero sí un perjuicio para la naturaleza.

Artículo 16.34.e)

Anteproyecto: *La concesión minera (...) obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento...*

Enmiendas:

(UDI) Para agregar, en el literal e) del inciso 34 del artículo 16, la expresión “de explotación tendrá una duración indefinida, y” después de “minera”.

Comentario: Otorgar concesiones de explotación de carácter indefinido restringe las posibilidades de que, en función del interés público, el Estado ejerza la posibilidad de revocar o analizar el ejercicio de esta concesión, en función del estado material del ecosistema. Dicho riesgo se acrecienta al constitucionalizar la duración indefinida de la concesión minera, bajo el alero del derecho de propiedad.

Ello refuerza lo estipulado en las reflexiones generales, en que no se aprecia una consideración ambiental, ni menos un equilibrio entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico. Por el contrario, se refuerza la propiedad, de forma tal de darle mayor seguridad a las inversiones, aún a costa de su cumplimiento ambiental.

Artículo 16.34.i).

Anteproyecto: *Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la Nación. En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con la ley. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas que confiere a su titular el uso y goce de ellas, de conformidad con las reglas, temporalidad, requisitos y limitaciones que prescribe la ley.*

Enmiendas:

1. (UDI) Para agregar un nuevo literal: “Los bienes nacionales de uso público que la ley determine serán susceptibles de concesión. Sobre los derechos personales emanados del respectivo contrato de concesión, el titular tendrá un derecho de propiedad.”

Para sustituir el literal i) por “Las aguas, en cualquiera de sus estados y en fuentes naturales u obras estatales de desarrollo del recurso, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenecen a la Nación toda. Sin perjuicio de aquello, podrán constituirse o reconocerse derechos de aprovechamiento de aguas, los que confieren a su titular el uso y goce de ellas, y le permiten disponer de tales derechos, en conformidad a la ley”

2. (PR) Para agregar, en el inciso 34 del artículo 16, un nuevo literal j) del siguiente tenor: “La concesión de agua de mar y la concesión de acuicultura, son derechos reales que recaen sobre determinados bienes nacionales, para realizar en ellos la actividad de aprovechamiento de agua de mar y desalinización, así como la acuicultura respectivamente, otorgando a su titular su uso y goce, de conformidad con las reglas, temporalidad, requisitos y limitaciones que prescribe la ley.”

Comentario:

La indicación número 1, en su parte sustitutiva, quita la regulación sobre reglas, temporalidad, requisitos y limitaciones a las concesiones sobre las aguas. Adicionalmente, elimina la noción de interés público respecto al otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas. Las consecuencias previsibles sobre estas indicaciones son una sola: mantener el estado actual de distribución de poder en la gestión hídrica, por medio del rescate del derecho de propiedad sin contrapesos.

Por su parte, la enmienda 2, en lo que dice relación con la desalinización, debe considerar que actualmente el único instrumento para su regulación es la concesión del uso de borde costero, que no comprende el uso del agua de mar específicamente. Bajo esta enmienda, se crea una nueva concesión que debería adecuarse al actual régimen de los derechos de aprovechamiento de aguas, para efectos de gestionar coordinadamente la utilización de las aguas en el país, así como incorporar las limitaciones propias del uso de los bienes nacionales de uso público.

La ausencia de regulación de la desalación de agua de mar es en efecto una cuestión preocupante y que requiere de modificaciones normativas, sin perjuicio de lo cual esta enmienda no viene a solucionar el asunto, pudiendo incluso su redacción ser una barrera para generar una discusión y regulación adecuada en el mediano plazo. Por otro lado, la calificación de “derecho real” a estas concesiones es inadecuada y desmejora las posibilidades de que dichas concesiones sirvan al bien común.

Capítulo XIII

Anteproyecto: *Protección del medio ambiente, sostenibilidad y desarrollo.*

Enmienda: (PR) Para sustituir el nombre del Capítulo XIII por: “Medio Ambiente, Sustentabilidad y Desarrollo”.

Comentario: Es llamativa la intención política detrás de esta enmienda, pues la eliminación de la noción de protección como título del capítulo modifica la intención del propio capítulo, imponiendo una la concepción del medio ambiente como una mera fuente de recursos, que no amerita ser protegida si eso se contrapone con crecimiento económico u otros fines.

Artículo 202

Anteproyecto: *Las personas, las comunidades y el Estado deben proteger el medio ambiente. Este deber comprende la conservación, preservación, restauración y regeneración de las funciones y equilibrios de la naturaleza y su biodiversidad, según corresponda, de conformidad a la ley.*

Enmiendas:

(PR) Para sustituir: “El Estado debe proteger el medio ambiente y promover la sustentabilidad.”

La protección del medio ambiente comprende a las personas, la preservación de la naturaleza y su biodiversidad, así como la conservación del patrimonio ambiental.

La sustentabilidad supone conciliar la protección del medio ambiente con el desarrollo económico del país, el progreso y el bienestar social de las personas. En esta tarea, el Estado promoverá la colaboración público-privada”.

Comentario: Esta enmienda busca eximir a los privados de sus responsabilidades de cuidado ambiental y ponerlas dentro del objeto protegido.

La enmienda pretende eliminar un deber de protección del medio ambiente que corresponde a todos/as y dejar solamente al Estado como promotor de acciones de protección, cuestión que podría resultar en un abono a la impunidad de quienes efectivamente generan contaminación y daños ambientales.

La eliminación de la obligación para personas y comunidades, por lo demás, complejizaría aún más la tarea de generar condiciones de protección ambiental, puesto que dicha protección depende no solo de la labor estatal, sino del cumplimiento adecuado de la regulación por parte de los privados.

Luego, elimina los deberes de restauración y reparación, desconociendo la realidad de degradación ambiental actual (especialmente notoria en las zonas de sacrificio) y la existencia de pasivos ambientales, siendo que para mejorar las condiciones ambientales del país no basta con la protección, si no que existe una necesidad de reparar el daño existente.

Artículo 203

Anteproyecto: *La distribución de cargas y beneficios ambientales estará regida por criterios de equidad y participación ciudadana oportuna, de conformidad a la ley.*

Enmiendas:

(UDI) Para sustituir: “La distribución de cargas y beneficios ambientales se regirá por criterios de equidad.”

Comentario: La enmienda excluye la participación de las personas que, en general, soportan las cargas ambientales obteniendo escaso beneficio. Ello es contrario a los estándares de participación en materia ambiental asumidos por el Estado de Chile con el Acuerdo de Escazú, además de negar el derecho de las personas para que puedan influir sobre asuntos que le conciernen, atentando contra la profundización de la democracia.

Artículo 204

Anteproyecto: *El Estado debe fomentar el desarrollo sostenible, armónico y solidario del territorio nacional, instando a la colaboración privada en dicha tarea.*

Enmiendas:

(UDI) Para sustituir: “El Estado promoverá la sostenibilidad, conciliando el crecimiento económico con la protección del medio ambiente”.

Comentario: El crecimiento económico está determinado por la producción de un año, por lo que, por definición, no contempla consideraciones a futuro. Así, el crecimiento que atenta contra el medio ambiente, atenta también contra el crecimiento en el largo plazo. La salud de la naturaleza es precondition y no antagónica al crecimiento, por lo que resulta esclarecedor de la falacia que sustenta la dicotomía que plantea esta propuesta.

Por lo mismo, la noción de desarrollo es preferible a la de crecimiento. Adicionalmente, la idea de “desarrollo sostenible”, como se ha expresado, contiene las tensiones en torno a la relación de la explotación y la protección de bienes naturales, siendo aquella que tiene un mayor reconocimiento, incluida la propia ley chilena.

Artículo 205

Anteproyecto: *El Estado promoverá las fuentes de energía renovable, así como también la reutilización y reciclaje de los residuos, de conformidad a la ley.*

Enmiendas:

(UDI) Para sustituir: “El Estado promoverá las fuentes de generación de energía renovable y no renovable, la desalación del agua, la protección y reforestación del bosque nativo, así como la reutilización y reciclaje de los residuos, además del tratamiento de las aguas servidas y residuos líquidos industriales, de conformidad a la ley.”

Comentario: Esta enmienda desconoce todo consenso científico y político, incluyendo compromisos del Estado, en materia de cambio climático, en función de eliminar las fuentes de energías fósiles dentro de un horizonte temporal cercano.

La reducción de las emisiones a las que obliga el Acuerdo de París es incompatible con un Estado que promueve energías no renovables y, más grave aún, desconoce las consecuencias que sufren las personas producto del cambio climático, como inundaciones, incendios, sequías, entre otros.

La reforestación del bosque nativo es una noción compleja, que pareciera querer eliminar obligaciones de recuperación de suelos y especies vegetacionales por parte de la industria forestal, lo que no resulta conveniente para los intereses del país.

Por lo demás, constitucionaliza la promoción de industrias muy específicas como la desalación y el tratamiento de residuos líquidos industriales, respecto de las cuales no se advierte una necesidad de constitucionalización ni una ventaja en ello para el país. En particular es preocupante la idea de promover la desalación de agua, por sobre el uso adecuado y sustentable de las aguas continentales. Si bien la desalación puede ser una solución industrial en algunos casos, no pareciera que es el Estado el obligado a promover esa industria, en desmedro de otras.

Contemplando de manera sistemática con otra enmienda analizadas, es claro observar que lo que el objetivo de esta enmienda es asegurar la legitimidad constitucional para el desarrollo de actividades extractivas de carácter privado, en torno a algunas actividades productivas que serían privilegiadas.

Artículo 207

Anteproyecto: 1. *El Estado contará con instituciones administrativas y jurisdiccionales en materia ambiental, las que serán de carácter técnico.*

2. *Los procedimientos de evaluación ambiental serán de carácter técnico y participativo, y asegurarán una decisión razonable y oportuna.*

Enmiendas:

(UDI) inciso 2, para sustituir parcialmente, la expresión “asegurarán una decisión razonable y oportuna” por “concluirán mediante una resolución que sólo será impugnable judicialmente, en”

Comentario: Actualmente se encuentra avanzando la preparación de una discusión legislativa sobre las modificaciones al SEIA, entre las cuales se contempla como un acuerdo de muchos sectores la eliminación del Comité de Ministros como segunda instancia administrativa. Sin perjuicio de lo anterior, la eliminación de toda instancia administrativa puede ser perjudicial para los distintos actores interesados en el sistema, pues existen recursos comunes de la ley 19.880 que son de más sencilla y veloz tramitación para efectos de corrección de defectos legales y procedimentales.

Es importante tener en cuenta que esta enmienda no afectaría solo a la Ley 19.300 y sus procedimientos, puesto que existen una serie de procedimientos

conexos que también son de evaluación ambiental, incluidos entre otros los permisos sectoriales para el desarrollo de proyectos.

Artículo 207 bis

Enmiendas:

(UDI) para agregar un nuevo artículo 207 bis:

“1. La ley creará un organismo autónomo, colegiado y técnico, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de la evaluación del impacto ambiental de los proyectos y actividades que determine la ley, considerando el desarrollo económico y social del país.

2. Este servicio tendrá la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental, facilitará la participación ciudadana en la evaluación ambiental de proyectos, conocerá de los recursos de reclamación administrativa que se formulen en los mismos, y uniformará los criterios, requisitos, trámites y condiciones del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, mediante decisiones oportunas que brinden certeza jurídica.

3. La composición, organización, funciones y atribuciones de este organismo serán determinados por una ley aprobada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.”

Comentario: Es deseable la existencia de un organismo autónomo para la evaluación ambiental de proyectos, cuestión que sin embargo debe estar conectada con modos de generación de medidas de mitigación, compensación y reparación que sean adecuadas y responsivas frente a las preferencias ciudadanas y las realidades territoriales.

Un organismo autónomo debiera asegurar una lejanía considerable con los intereses económicos y políticos existentes en torno a los proyectos que evalúa y tener mecanismos fuertes que impidan la captura.

En el caso de la enmienda en cuestión, ella no apunta en ese sentido, sino que constitucionaliza intereses gremiales como la guía para la toma de decisiones. Así por ejemplo, la mención a que el organismo debe considerar el desarrollo económico y social para tomar decisiones lo vuelve en la práctica un organismo político, cuestión que atenta abiertamente contra la idea de autonomía en el cumplimiento de una labor técnica.