



COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.

COPIA



Santiago, 4 de mayo de 2022.

Señora
María Elisa Quinteros
Presidenta
Convención Constitucional
PRESENTE

De mi consideración,

El Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G. hace suyo el informe preparado por la Comisión Medio Ambiente del Colegio que presido, en conjunto con la Asociación Chilena de Derecho Ambiental (ACHIDAM), el cual le solicito, tener a bien considerar en el debate que llevan a cabo en esa Convención sobre la referida materia.

Asimismo, hago presente a usted que el referido documento de trabajo acompañado contiene el sentir de la mayoría del Consejo de la Orden, existiendo también posiciones disidentes, que en cuanto no se reflejan en el adjunto que se remite, se estima pertinente incluirlas en anexo separado.

Le saluda atentamente,



Ramiro Mendoza Zúñiga
Presidente
Colegio de Abogados de Chile



Temáticas ambientales para una Nueva Constitución

Comisión de Medio Ambiente del Colegio de Abogados Asociación Chilena de Derecho Ambiental (ACHIDAM)

A. INTRODUCCIÓN

El presente documento fue elaborado por la Comisión de Medio Ambiente del Colegio de Abogados en conjunto con la Asociación Chilena de Derecho Ambiental (ACHIDAM) y pretende aportar a la discusión y entendimiento de los principales aspectos relacionados con el cuidado del medio ambiente y las personas que lo habitan y cómo dichos aspectos se podrían ver reflejados en el debate que se llevará a cabo en la Convención Constitucional y en la nueva Constitución.

El trabajo, que terminó en el presente texto, se extendió desde noviembre de 2020 a agosto de 2021, y participaron abogados colegiados de diversas tendencias, pero con el interés común en el aporte que, desde la disciplina del derecho ambiental, se puede realizar al momento constitucional que vive el país a través de la Convención Constitucional.

Se abordan cuatro temas, cada una con un resumen de las propuestas al inicio del documento y el detalle de cada uno de ellos, considerando diferentes visiones y posturas con su respectivo respaldo, fuente y bibliografía:

- I. Bases de la Institucionalidad, Deberes del Estado e Institucionalidad ambiental
- II. Derechos y deberes en relación al medio ambiente y Limitaciones a otros derechos fundamentales
- III. Recurso de Protección
- IV. Recursos Naturales

B. RESUMEN

- I. **Bases de la Institucionalidad, Deberes del Estado e Institucionalidad ambiental**
 - **Deber de preservar la naturaleza como un fin del Estado:** Se considera apropiado introducir en la parte inicial de Bases de la Institucionalidad de la futura Constitución, sea en la forma de fin o de tarea estatal, la idea de entregar al Estado el deber de preservar la naturaleza y las condiciones ambientales necesarias para la existencia de vida.



Se propone, en este sentido, consagrar a nivel constitucional el compromiso ecológico del Estado chileno con un carácter fundamental, complementando el carácter del Estado - unitario, democrático, de Derecho y al servicio de la persona humana-, de modo de trasladar a la parte inicial de la futura Constitución la afirmación de que el Estado tiene el deber de mantener las condiciones naturales que permitan asegurar la continuidad de la vida actual y futura de la persona humana, en el marco de la Constitución y de las normas que se dicten conforme a ella.

- **Desarrollo sustentable:** La obligación del Estado de asegurar un desarrollo sostenible debe establecerse adicionalmente, considerando los principios que informan el derecho ambiental. Ello debe considerar un concepto fuerte de desarrollo sustentable, donde se debe reconocer la necesidad de satisfacer las necesidades económicas y sociales actuales, pero dentro de los límites de la protección del medio ambiente y, por lo tanto, como un límite al desarrollo económico y social. Lo anterior, implica que se debe reconocer y establecer la obligación de preservar la naturaleza, no solo mirando a la población actual sino también a la venidera, es decir, la responsabilidad intergeneracional.
- **Principios:** Además, resulta importante la afirmación de tres derechos básicos sobre justicia ambiental que componen la noción de democracia ambiental reconocida en el Principio 10 de la Declaración de Río: acceso a la información y transparencia, acceso a la participación pública y el acceso a la justicia. También se estima relevante que la nueva Constitución disponga de principios propiamente ambientales, tales como preventivo y precautorio, de equidad ante las cargas públicas, de equidad o responsabilidad intergeneracional, de no regresión, entre otros.
- **Democratizar las decisiones respecto del uso, gestión y disposición de los recursos naturales y el territorio que son fuente de conflictividad socioambiental:** La conflictividad socioambiental se produce no solo por la falta de regulación o de instituciones que permitan una solución a las diferencias que se generen en materia ambiental, sino por la forma en que se toman las decisiones sobre los recursos naturales y el territorio. Por lo anterior, lo que se propone, en línea con el principio 10 de la Declaración de Río arriba señalado, es democratizar las decisiones respecto del uso y disposición de los recursos naturales y el territorio.
- **Buena Gobernanza Ambiental:** En esta línea, se propone la inclusión de la noción de buena Gobernanza Ambiental o, al menos, de los principios que la inspiran, a fin de promover espacios de toma de decisiones a nivel local, que permitan evitar o resolver anticipadamente conflictos socio ambientales.



En este sentido, se sugiere incorporar los siguientes elementos claves para una buena gobernanza ambiental: (i) el reconocimiento de instancias de carácter estatal y/o privadas, que revistan un alto grado de legitimidad a nivel local, para la toma de decisiones sobre el uso sostenible de los recursos naturales y el territorio; (ii) la rendición de cuentas, tanto respecto de la gestión del medio ambiente, como también de la generación de daño ambiental y de la forma en que este debe ser reparado; (iii) la consideración de la evidencia científica para orientar las decisiones; (iv) la incorporación del principio de desarrollo sustentable como objetivo central en esta toma de decisiones

II. Derechos y deberes en relación con el medio ambiente y limitaciones a otros derechos fundamentales

- **Propuesta de formulación del derecho fundamental en relación al medio ambiente:** Se propone reformular esta garantía como el “derecho de vivir en un medio ambiente sustentable” o “medio ambiente sano y equilibrado” para que permita “la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.. Asimismo, la formulación del derecho debe permitir que el desarrollo y el crecimiento económico se puedan compatibilizar con la protección de la naturaleza, sus ecosistemas y su biodiversidad, de modo de permitir su sostenibilidad en el tiempo (desarrollo sustentable).
- **Incorporar deberes de las personas en relación con el medio ambiente:** Se propone, adicionalmente, establecer en el texto constitucional el deber fundamental de todas las personas de contribuir a la preservación del medio ambiente, a la conservación de la biodiversidad y a la prevención de toda forma de degradación ecológica, de modo de lograr un desarrollo sostenible.
- **Cambio Climático:** Proponemos estudiar la posibilidad de consagrar el derecho a la estabilidad climática como una garantía constitucional que deriva del derecho fundamental a un medio ambiente sano, ponderando las ventajas y desventajas de su inclusión, y considerando los desafíos de concretizarlas tales como la determinación del legitimado pasivo y activo, la determinación de la infracción y su control jurisdiccional.
- . Asimismo, disponer de un mandato al legislador para crear una nueva institucionalidad que estudie y monitoree en forma permanente los efectos del cambio climático en nuestro país, generando información y una coordinación adecuada en la actuación del



Estado que oriente las decisiones de política pública, relacionadas con los múltiples desafíos que este fenómeno nos impone como humanidad.

- **Limitaciones o restricciones al ejercicio de otros derechos fundamentales:** Existen distintas alternativas de regulación a este respecto, pero estimamos relevante que: (a) se mantengan ciertas restricciones específicas al ejercicio de derechos o libertades determinadas para proteger el medio ambiente; (b) que sólo el poder legislativo pueda establecer las limitaciones o restricciones esenciales al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger al medio ambiente, y (c) que la nueva Constitución entregue reglas claras y principios fundamentales para que sean considerados por el legislador y ponderados, caso a caso, en las instancias jurisdiccionales correspondientes, de modo que exista certeza jurídica.

III. Recurso de Protección

- **Acción constitucional, tribunal competente y procedimiento:** Se propone mantener la existencia de un recurso de protección (u otra acción constitucional) en materia ambiental. Sin perjuicio de cuál sea el tribunal competente para conocer de la acción constitucional, debe partirse de la premisa del acceso igualitario a la justicia. Por su parte, respecto del procedimiento, debiera quedar expresamente encomendada al legislador en un listado de materias de ley, a tramitar con posterioridad a la ratificación del nuevo texto Constitucional.
- **Compatibilidad de la acción constitucional con otras acciones ante los Tribunales Ambientales:** Existen múltiples casos en que por un mismo hecho se interponen recursos de protección, denuncias a la SMA, demandas por daño ambiental, etc. Esa concurrencia de acciones paralelas genera, muchas veces, incertidumbre y superposición. Por ello se propone establecer reglas que permitan compatibilizar el recurso de protección de naturaleza ambiental con la existencia de acciones especiales ante los Tribunales Ambientales, pero evitando la concurrencia de acciones paralelas, dándole prioridad a la judicatura especializada.
- **Sujeto activo de la acción constitucional:** se propone analizar la conveniencia de ampliar a titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (o la garantía que se acuerde en definitiva) a las personas jurídicas, incluyendo expresamente a las municipalidades.



IV. Recursos Naturales

- **Naturaleza jurídica del agua:** En caso que se optara por regular el uso del agua, debería estar consagrado a nivel constitucional ciertos aspectos mínimos, como su naturaleza jurídica), bien nacional de uso público, bien de dominio público, u otro).
- **Derechos de aprovechamiento de agua:** Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que es necesario que existan derechos de aprovechamiento de aguas, concesiones, u otros títulos habilitantes, respecto de los cuales los privados tendrán un derecho de propiedad, y que les permitan a los privados poder utilizar dichas aguas para distintas actividades, como elaboración de alimentos y bebidas, agricultura, energía, servicios sanitarios, minería, entre otros; sin perjuicio de las características que se definan en relación al mismo respecto al modo de adquirirlos, plazo y protección de dichos títulos, entre otros aspectos.
 - **Reserva de aguas para uso ecológico:** Asimismo, se propone discutir sobre la posibilidad de determinar reservas de agua con un uso no extractivo o ecológico, esto es, para la conservación de la naturaleza y de los ecosistemas, en resguardo de las generaciones futuras; determinación que estimamos debe quedar entregada al legislador.
 - **Deberes para los particulares en relación con el agua:** En materia de aguas y medio ambiente las obligaciones en general están establecidas para el Estado. Dado lo anterior, proponemos estudiar la conveniencia o no de establecer a nivel constitucional deberes para los particulares y, en general, para cualquier persona, en relación al uso del agua, por ejemplo, en relación a su disponibilidad y calidad, con el objeto de incentivar un uso más eficiente del recurso.
 - **Consecuencias prácticas de reconocer un derecho humano al agua:** En caso de estimarse que la nueva Constitución debería establecer un derecho humano al agua, sería importante responder a ciertas preguntas respecto a las consecuencias prácticas que tendría dicho reconocimiento:
 - a. Quién es el obligado frente a esta garantía y en qué específicamente consiste ese deber.
 - b. Cómo puede hacerse exigible este derecho (¿mediante la acción general de protección o mediante alguna acción ante tribunales especializados?);
 - c. Qué ocurre cuánto el Estado (u otro actor obligado) no puede asegurar el cumplimiento de este derecho, por ejemplo, por no existir suficiente agua disponible para satisfacer todos los intereses en disputa;



- d. Cuál será el rol de los privados frente a este deber, por ejemplo, de las empresas sanitarias;
- e. Asimismo, se sugiere corroborar que lo establecido en la Nueva Constitución sea coherente con lo ya acordado en los tratados internacionales ratificados por Chile sobre la materia.

– **Dominio del Estado sobre las minas:** La nueva carta fundamental debería reforzar el desarrollo del sector por medio de la concesión minera en base a un dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre todas las minas, para lo cual debe contener normas que reconozcan el orden público económico minero, de manera sólida y clara.

– **Derechos relacionados con la propiedad minera:** Se propone que en las discusiones de la nueva Constitución acerca de la consagración constitucional del dominio del Estado respecto de las minas se garanticen -a lo menos-, los siguientes derechos: a) El respeto del derecho del descubridor, a través de un proceso imparcial, objetivo, público y efectivo; b) La garantía de irretroactividad y ausencia de arbitrariedad respecto de las causales de término de la concesión; c) El respeto del titular de la concesión minera por medio del otorgamiento de la garantía de un derecho de dominio sobre la misma; d) La garantía de la facultad de requerir servidumbres legales mineras sobre los terrenos superficiales que requiera la actividad minera; e) La garantía de una adecuada duración del derecho concesional; f) La garantía de un sistema de amparo objetivo; g) La garantía de una carga tributaria competitiva y no discriminatoria, y; h) La garantía de no discriminación y de respeto a la esencia de los derechos.

– **Visión de largo plazo:** Finalmente, y sin perjuicio de la regulación por la que finalmente se opte, estimamos importante que se tenga una visión de largo plazo en el manejo del agua y demás recursos naturales, tomando también en cuenta consideraciones de carácter ambiental.



C. TEMATICAS AMBIENTALES PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

I. Bases de la Institucionalidad, Deber del Estado e Institucionalidad ambiental

I.1. Bases de la Institucionalidad a nivel de Derecho Comparado

I.1.1. Tratamiento del medio ambiente a nivel constitucional en el Derecho Comparado

A nivel comparado, los ordenamientos constitucionales se hacen cargo del medio ambiente y el equilibrio ecológico desde distintas dimensiones: desde la visión de los derechos fundamentales; desde la forma de uso de los recursos naturales; o como un deber del Estado y poderes públicos; y como una obligación común impuesta a los sectores públicos y privados. Algunos de esos ejemplos se manifiestan en las constituciones políticas de Costa Rica, Noruega, Colombia, Guatemala, España y Ecuador. Una especialidad supone, por último, el caso francés del cual se da cuenta resumida al final de este acápite.

Muchas de estas Constituciones consideran, además, como parte de la protección del medio ambiente, la incorporación del desarrollo sustentable.

La Constitución de Costa Rica analiza el problema desde la perspectiva de los derechos fundamentales: entrega al Estado el rol de garantizar, defender y preservar el derecho fundamental de las personas a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 50). Esta misma disposición considera la obligación de “*El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*”. Por su parte, la Constitución Noruega, desde una perspectiva similar, reconoce el derecho de las personas de disfrutar de un ambiente que asegure la salud y a un ambiente natural cuya capacidad productiva y diversidad sean preservadas. Luego, establece como principio el uso de los recursos naturales según consideraciones integrales y de largo plazo, que salvaguarden dicho derecho también para generaciones venideras (art. 112). Así dispone en su art. 97 “*El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias*



para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación”.

Colombia sigue un modelo distinto, porque impone al Estado ciertos deberes, como el de proteger la diversidad e integridad del ambiente (art. 79); planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 inciso 1°); prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (art. 80 inciso 2°); cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. En la misma perspectiva, en Guatemala, el art. 97 de su Constitución impone el deber de los poderes públicos (Estado y municipalidades) y de las personas de propiciar que el desarrollo social, económico y tecnológico prevenga la contaminación y mantenga el equilibrio ecológico.

España, desde una óptica de supervigilancia o de la función rectora propia del Estado, establece que: *“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.”* (art. 45 N° 2), y faculta a las comunidades autónomas la asunción de competencias en materia de gestión de la protección del medio ambiente (art. 148 N° 1 9.ª).

Por su parte, Ecuador reconoce que vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, es un derecho de toda la población. En este sentido, declara de interés público y, por ello, entendemos que como un deber constitucional, la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. A mayor abundamiento y con algún detalle, la Carta Fundamental impone al Estado Ecuatoriano el deber de promover, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto; declara que la soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua; prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional (arts. 14 y 15).

El caso francés, el Gobierno presentó una propuesta de reforma constitucional para complementar el art. 1° de la Constitución en el sentido que Francia garantiza la preservación del medio ambiente y la diversidad biológica y lucha contra el cambio climático. Si bien esta propuesta fue posteriormente abandonada por diferencias entre el Gobierno y el Senado, de



haberse aprobado esta reforma hubiera equiparado los caracteres fundamentales y tradicionales del Estado Francés (indivisible, laico, democrático y social) con el de garante ecológico.¹

Las anteriores Constituciones confirman que los actuales desafíos ambientales, ecológicos y climáticos deben llevar a nuestros constituyentes a evaluar la conveniencia de consagrar el compromiso ecológico del Estado chileno como un carácter fundamental, en el mismo rango que se reconoce hoy a la forma de Estado unitario y democrático de Derecho.

1.1.2. Principio de desarrollo sustentable o sostenible

En este sentido, el desarrollo sustentable constituye un principio que ha informado no solo muchas de las Constituciones, sino que es la base de la protección del medio ambiente en el derecho internacional. El “desarrollo sustentable” se ha definido como “*aquel que satisface las necesidades del presente, sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades.*”²

Por su parte, en el año 1992, en el preámbulo del Programa 21, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo se refiere a la necesidad de una “sociedad global para el desarrollo sustentable”, el que corresponde a un concepto que permite armonizar la necesidad de explotar los recursos naturales e integrar la protección del medio ambiente y el desarrollo. Actualmente la asamblea General de Naciones Unidas ha establecido los Objetivos de Desarrollo Sostenible, denominado Agenda 2030, que considera la necesidad de eliminar la pobreza, seguridad alimentaria, la salud de las personas, educación, acceso a bienes y servicios fundamentales, así como abordar el cambio climático, uso sostenible del medio ambiente y todos sus ecosistemas.

Desde el punto de vista de la legislación comparada, ello se ha traducido en diferentes obligaciones a los organismos del Estado. En el caso de Colombia, por ejemplo, el art. 5° de la Ley orgánica para la racionalización, reutilización y reducción de plásticos de un solo uso, define el “Desarrollo Sostenible” como: “*el proceso mediante el cual, de manera dinámica, se articulan los ámbitos económicos, social, cultural y ambiental para satisfacer las necesidades de las actuales generaciones, sin poner en riesgo la satisfacción de necesidades de las generaciones futuras. La concepción de desarrollo sostenible implica una*

¹ La reforma proponía modificar la Constitución de la siguiente manera: “*Artículo primero: Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. (Francia) garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión. (Francia) respeta todas las creencias. (Francia) garantiza la preservación del medio ambiente y la diversidad biológica y lucha contra el cambio climático. Su organización es descentralizada, la ley promueve la igualdad de acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas, así como a las responsabilidades profesionales y sociales.*”

Vid. <https://elpais.com/internacional/2021-01-20/macron-impulsa-un-incierto-referendum-para-introducir-el-medio-ambiente-en-la-constitucion.html> ; <https://www.dw.com/es/macron-promete-referendum-para-incluir-la-defensa-del-clima-en-la-constitucion/a-55941267>

² Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Informe “Nuestro Futuro Común” o “Informe Brundtland” (1987), en el cual se definió este concepto por primera vez.



tarea global de carácter permanente. Se establecerá una distribución justa y equitativa de los beneficios económicos y sociales con la participación de personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades”.

Resulta especialmente destacable el art. 22 de la Ley orgánica del ambiente, el cual dispone que: *“El Estado, las municipalidades y las demás instituciones, públicas y privadas, fomentarán la inclusión permanente de la variable ambiental en los procesos educativos, formales y no formales, de los programas de todos los niveles. El objeto será adoptar una cultura ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible.”*

En nuestro ordenamiento, ello se encuentra incorporado en el art. 2º letra g) Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el cual define el desarrollo sustentable como: *“el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras”*, el cual corresponde a uno de los objetivos que se debe considerar para los efectos de la evaluación ambiental estratégica para políticas, planes y programas, tal como lo dispone el art. 7º quater, de este mismo cuerpo legal.

El concepto de desarrollo sostenible supone considerar elementos sustanciales y procedimentales. Desde el punto de vista sustancial, supone la utilización sustentable de los recursos naturales, es decir, considerando la necesidad de satisfacer las necesidades económicas y sociales actuales, pero dentro de los límites de la protección del medio ambiente, y por tanto, como un límite al desarrollo económico y social. En otras palabras, este principio permite alcanzar a todas las personas la satisfacción de sus necesidades, lo que supone un deber de equidad entre la población, incluyendo la equidad o responsabilidad intergeneracional, lo que implica no sólo preservar la naturaleza para las actuales generaciones, sino que también para las futuras.

Ello, además, debe ser entendido como un deber de cumplir con dichos objetivos de determinada manera, específicamente el deber de realizar la evaluación de impactos o la toma de decisiones considerando la ciencia y el principio preventivo, la participación efectiva en la toma de decisiones, para lo cual es indispensable acceder a información ambiental, y mecanismos efectivos para incidir en la toma de decisiones en materia ambiental.

Lo anterior no solo tiene una relación con la gobernanza ambiental que veremos *infra*, sino que, con el concepto de Justicia Ambiental entendido, como lo señala Dominique Hervé como *“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 que lo afectan”*.³

³ Hervé, Dominique, “Noción y Elementos de la Justicia Ambiental: Directrices para su Aplicación en la Planificación Territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica”, Revista de Derecho, Vol. XXIII N°1, Julio 2020, p. 9.



I.2. Bases de la Institucionalidad en la actual Constitución Política de la República

El Capítulo I, Bases de la Institucionalidad, de la Constitución Política de la República actualmente vigente (“CPR”) contiene disposiciones que dan fisonomía al Estado chileno.

Ese Estado es servicial (art.1.4); tiene la forma de un Estado unitario, descentralizado o desconcentrado, en su caso (art. 3°); está políticamente constituido como una república democrática (art. 4°); limitado en su poder por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5.2) y sujeto a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (arts. 6° y 7°).

Cabe hacer presente que la Convención Constitucional tiene amplia discrecionalidad para diseñar el tipo y forma del Estado, así como las bases que justifican su existencia y acción. En tal ejercicio, el Poder Constituyente puede dictar normas completamente nuevas, convalidar normas constitucionales hoy vigentes o, por último, modificar estas últimas de algún modo.

La Historia Constitucional Chilena permite afirmar que hay ciertas ideas, reglas y normas específicas que se han ido reiterando en las distintas cartas políticas (ej. arts. 160 Constitución de 1833, 4° Constitución Política del Estado de 1925 (CPE) y 7° CPR). Esto hace pensar que algunas de las disposiciones e ideas del Título I de la CPR supervivirán en la nueva Constitución. Así, por ejemplo, se encuentran los conceptos de servicialidad, la forma republicana, el sistema democrático, el bien común como fin del Estado, los derechos humanos como límites intrínsecos del ejercicio del poder público, el principio de juridicidad y la forma unitaria del Estado.

Por el contrario, existen otras ideas que hoy no están expresamente contempladas en la CPR, o que solamente tienen reconocimiento legal, pero que podrían alcanzar un nivel de reconocimiento y aceptación general que las puede llevar a introducirse en la futura Constitución. A modo de ejemplo, se podría mencionar el reconocimiento de un *derecho esencial a la participación en la gestión pública* (hoy contemplado en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) o un *derecho esencial de acceso a la información pública* (establecido en la Ley N° 20.285, si bien la doctrina mayoritaria afirma que este derecho ya es de orden constitucional).

En lo que aquí interesa, la idea de entregar al Estado el deber o la tarea de preservar la naturaleza y las condiciones ambientales necesarias para la existencia de vida, introduciéndola en la parte inicial de Bases de la Institucionalidad de la futura Constitución, sea en la forma de fin o de tarea estatal, importaría igualar la cuestión ambiental y el cambio climático con lo que hace más de 200 años significó la creación de un Estado Constitucional (democracia y juridicidad) y, un siglo después, un Estado Social o Benefactor (servicialidad).



Las condiciones actuales justifican y fuerzan a analizar esta posibilidad, porque en la necesidad de preservar la naturaleza y las condiciones ambientales que permiten la vida actual y venidera se sostendrán los demás principios e ideas de una nueva Constitución que tenga vocación de futuro.

En consecuencia, la proposición consiste en complementar el carácter del Estado - históricamente unitario, democrático, de Derecho y al servicio de la persona- llevando en la parte inicial de la futura Constitución la afirmación de que:

el Estado tiene el deber de mantener las condiciones naturales y la biodiversidad que permitan asegurar la continuidad de la vida actual y futura de la persona humana, en el marco de la Constitución y de las normas que se dicten conforme a ella. El uso y explotación de los recursos naturales se realizará de un modo que permita de satisfacer las necesidades sociales, económicas y culturales de la población reconociendo los límites que representan los ecosistemas y sus componentes ambientales, en cumplimiento del principio de desarrollo sustentable y de justicia ambiental.

Para estos efectos, la ley deberá disponer los mecanismos de participación y gobernanza ambiental cumpliendo con principios transparencia, rendición de cuenta y considerando la ciencia como elemento central en la toma de decisiones.

I.3. Democracia y gobernanza ambiental

Una mayor regulación o la creación de instituciones públicas que se hagan cargo del uso, gestión y disposición de los recursos naturales y el territorio, no es óbice de un buen manejo de los recursos naturales y el territorio.⁴ En efecto, pese al aumento y complejidad de la regulación e instituciones con competencias ambientales existentes -especialmente en Chile con la instalación de la nueva institucionalidad ambiental-, se ha destacado un aumento progresivo de conflictos socioambientales en Latino América⁵.

⁴ Siguiendo a Brenner, “se plantea la cuestión de nuevas formas de gobernanza ambiental (GA) más eficaces y socialmente balanceadas, puesto que durante los últimos años han surgido serias dudas con respecto al ambiguo concepto de desarrollo sustentable como paradigma de gestión de recursos naturales; así que no pocos científicos sociales cuestionan su utilidad práctica para enfrentar los complejos problemas socioambientales de la actualidad (véase por ejemplo Leff, 2000). Uno de los argumentos centrales de los críticos de dicho concepto tiene que ver con el hecho de que generalmente no toma en consideración —o por lo menos no de manera explícita— las realidades sociales, económicas y políticas que, a final de cuentas, causan y determinan los cambios ambientales (Barrow, 1995; Bryant y Bailey, 1997)”. Brenner, *Ludger* (2010). “Gobernanza Ambiental, actores sociales y conflictos en las Áreas Naturales Protegidas mexicanas”, p. 284. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/262652122_Gobernanza_ambiental_actores_sociales_y_conflictos_en_las_Areas_Naturales_Protegidas_mexicanas

⁵ Siguiendo a la IUCN, “*Si bien la región [latinoamericana] ha visto una evolución en la construcción de políticas ambientales más integrales, marcos jurídicos específicos e instituciones con mejores capacidades, esto no ha sido garantía de que en el territorio mejore la situación de conservación y*



Esto da cuenta que la causa de los conflictos socioambientales no es exclusivamente una falta de regulación o de la necesidad de crear nuevas instituciones que permitan una solución técnica a las diferencias que ahí se planteen, sino especialmente por la forma en que se toman las decisiones sobre los recursos naturales y el territorio. De esta manera, siguiendo a la IUCN, “*la forma en que las sociedades eligen gobernar sus recursos naturales tiene consecuencias profundas en la calidad de vida de la población y la sostenibilidad de las economías [...], entender mejor los procesos de gobernanza y los marcos habilitantes para una gestión participativa de nuestro patrimonio natural es un paso esencial hacia la sostenibilidad*”⁶.

Este alcance no requiere necesariamente tomar una definición política del asunto (por ej., estatizar los recursos naturales o permitir su uso a través de concesiones); sino que implica reconocer una instancia previa y necesaria, que permita orientar la elaboración de políticas, planes y normas de carácter ambiental. Básicamente esto es lo que se llama, en línea con el principio 10 de la Declaración de Río, democratizar las decisiones respecto del uso y disposición de los recursos naturales y el territorio⁷.

Es aquí donde cobra un especial sentido la definición de Gobernanza Ambiental, pues este concepto tiene por objeto reconocer “las interrelaciones de las estructuras formales e informales, a los procedimientos y a los procesos”⁸, los “sistemas de hacer reglas”⁹ pensando en “las redes

manejo de ecosistemas. Tampoco ha sido garantía de que los pueblos y nacionalidades indígenas consoliden sus derechos y territorios”. Así, agregan, “La forma en que las sociedades eligen gobernar sus recursos naturales tiene consecuencias profundas en la calidad de vida de la población y la sostenibilidad de las economías. En este sentido, entender mejor los procesos de gobernanza y los marcos habilitantes para una gestión participativa de nuestro patrimonio natural es un paso esencial hacia la sostenibilidad”. IUCN (2019). “Qué es la gobernanza y cómo entenderla para fortalecer la conservación del patrimonio natural?”, Artículo de prensa, disponible en: <https://www.iucn.org/node/31404>.

⁶ IUCN (2019). “Qué es la gobernanza y cómo entenderla para fortalecer la conservación del patrimonio natural?”, Artículo de prensa, disponible en: <https://www.iucn.org/node/31404>. En un sentido similar, Astorga sostiene que “La apuesta del Estado por profundizar un modelo extractivista -implementando una serie de políticas que permitan la entrada de inversiones extranjeras, cuyas ganancias por lo general no permanecen en los territorios en los cuales se insertan -ha generado un continuo deterioro de las comunidades locales afectadas, las cuales deben lidiar con los daños y consecuencias ambientales generadas por las industrias en sus territorios”. Astorga Hering, Rodrigo (2019), “Gobernanza de los recursos naturales y conflictos socioambientales”, p. 11 y ss. Disponible en:

https://www.cieplan.org/wp-content/uploads/2019/09/ASTORGApaper_publicacio%CC%81n_01_FINAL.pdf

⁷ Por ejemplo, siguiendo a Valdeverde, “Estas organizaciones han producido el nuevo concepto de que el gobierno de la globalización requiere el concurso de la sociedad civil, el Estado y el sector privado; es decir, pasar del gobierno a la gobernanza de la globalización, y en un enfoque más local, a la ‘glocalización’, haciendo alusión al alcance de la democracia a cualquier nivel de decisión política comprometida con el fortalecimiento de las organizaciones y con la definición de territorios conectados con una gestión y visión ambiental, social-productiva y cultural”. Valdeverde Garnica, Alvaro (2016), “La Gobernanza ambiental como enfoque para la co-gestión adaptativa”, p. 161. Disponible en: http://www.scielo.org/bo/pdf/rieiii/v9n1/v9n1_a10.pdf

⁸ Grupo de Buena Gobernanza para la GIRH (2011). “Hacia una buena gobernanza para la gestión integrada de los recursos hídricos”, p. 8. Disponible en:

<http://www.oas.org/en/sedi/dsd/iwrm/past%20events/D7/6%20WWFGOBERNANZA%20Final.pdf>

⁹ En igual sentido, Hering Astorga sostiene que “la gobernanza de los recursos naturales es el gobierno del sistema de relaciones y conductas que articulan el funcionamiento de la industria en su entorno social, político, económico y natural. Se trata del conjunto de mecanismos, procesos y reglas a través del cual se ejerce la autoridad sobre dicha actividad, de las conductas entre las partes y la protección de la naturaleza y de los derechos básicos, y se refiere al funcionamiento de las instituciones en la amplia diversidad de agentes y reglas que influyen sobre ella, con miras al presente y al futuro” Astorga Hering, “Gobernanza de los recursos naturales y conflictos socioambientales”, p. 10. Disponible en:

https://www.cieplan.org/wp-content/uploads/2019/09/ASTORGApaper_publicacio%CC%81n_01_FINAL.pdf



de actores a todos los niveles de la sociedad (de lo local a lo global)”¹⁰, para efectos de definir precisamente el uso de los recursos naturales y el territorio¹¹. Lo expuesto, permite pasar de una relación entre el Estado y la actividad industrial, a una lógica en donde se reconoce a la comunidad local como un elemento esencial en la toma de decisiones de carácter ambiental¹², considerando como un elemento central la ciencia como base de la toma de decisiones asociadas a la protección ambiental.

Más fuerza reúne si, a su vez, se reconocen también los principios que hacen posible una Buena Gobernanza Ambiental¹³. Una buena gobernanza es aquella que considera, al menos, la aplicación de los siguientes principios básicos en el mecanismo de toma de decisiones sobre los recursos naturales y el territorio: (i) de legitimidad, asociado a la toma de decisiones ante un diálogo social y acuerdos colectivos; (ii) de equidad, en cuanto a compartir equitativamente los costos y beneficios en la administración de los recursos; (iii) de no perjuicio o no hacer daño, en referencia a que la gestión de los recursos no promueva ni agrave la pobreza, vulnerabilidad y la discriminación; (iv) de respeto intergeneracional, incluyendo los derechos de las generaciones futuras; (v) de eficacia, para conservar la calidad ambiental y biodiversidad; (vi) de rendición de cuentas, tanto respecto de la responsabilidad y que exista información y canales de comunicación

¹⁰ Ib. Id.

¹¹ Siguiendo a Elfie Cohen, “el conflicto y la gobernanza van de la mano; el uso de un instrumento para lidiar con contradicciones materiales, ideológicas, de visión de mundo, nos remite al espacio, a la escala, a la localidad; y, simultáneamente, a la conjunción de autoridades, actores-no estatales y ciudadanos. Se trata de robustecer la probabilidad de intervención de múltiples actores y del diálogo en la solución eficaz de los problemas ambientales, así como del fortalecimiento de la toma de decisiones conjuntas. En este sentido, la persistencia de los grupos de interés podrá ir imprimiendo su sesgo en las políticas locales y nacionales e incluso llegar al ámbito internacional. Hoy varios regímenes internacionales reconocen la importancia de la participación activa de las organizaciones de la sociedad civil en el éxito de la gestión ambiental”. *Elfie Cohen, Miriam* (2013), “Democracia deliberativa y gobernanza ambiental: ¿Conceptos transversales de una nueva democracia ecológica?”, p. 80. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732013000300003

¹² Siguiendo a De Castro, Fabio, “En lugar de una gestión basada en el Estado, en las comunidades o en el mercado, la gobernanza participativa se basa en alianzas entre actores claves para establecer objetivos y para diseñar e implementar iniciativas. La gobernanza participativa oscila entre los modelos de cogestión, en que el Estado y las comunidades locales desarrollan un plan sostenible para los territorios tradicionales (Castro, 2012), y arreglos más complejos que incluyen a múltiples partes interesadas y a instituciones multiescalares, como el de la gobernanza climática”. *De Castro, Fabio* (2015), “Gobernanza ambiental en América Latina en la encrucijada moviéndose entre múltiples imágenes, interacciones e instituciones”, extraído de “Gobernanza Ambiental en América Latina”, CLACSO, p. 20 y ss. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20150318053457/GobernanzaAmbiental.pdf>

¹³ Según Musmeci y Caille, El concepto de “buena gobernanza” está centrado en un enfoque basado en los derechos humanos, al considerar a la ciudadanía como “...titulares de derechos, con plena capacidad de participación; y aspira a promover la equidad de género y social, con acento en los grupos empobrecidos y pueblos originarios, entre otros que merecen una consideración ética particular” (OIT, 2004). Todo ello teniendo en cuenta un modelo de participación y decisión basado en un buen balance entre las políticas públicas, las condiciones que requiere el sector privado y las demandas de la ciudadanía; decisiones que luego se espera sean apoyadas por los gobiernos, para avanzar hacia el logro de una gestión ambiental eficaz y equilibrada de los recursos, con especial enfoque en aquellos que son la base de las economías regionales”. *Musmeci, José María y Caille, Guillermo* (2020), “La Gobernanza Ambiental de las zonas costeras: Algunos Principios y Alcances Éticos”, p. 25 y ss. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/339003969_LA_GBERNANZA_AMBIENTAL_DE_LAS_ZONAS_COSTERAS_ALGUNOS PRINCIPIOS Y ALCANCES ETICOS



adecuadas; (vii), de transparencia o acceso a la información¹⁴; y (viii) la incorporación de la evidencia científica como un elemento central en la toma de decisiones.

Algunos proponen también que, en virtud del principio de buena Gobernanza Ambiental, deberían exigirse garantías reales que aseguren ex ante la mitigación y/o reparación del medio ambiente a todos aquellos a los cuales se le otorgue un permiso, concesión o autorización para el uso y explotación de bienes comunes.

Pese a la importancia de esta materia, actualmente nuestra regulación no dispone de mayores instrumentos que permitan la gestión local o instancias de gobernanza. Al revisar nuestra regulación ambiental, solo se observan algunos aspectos ligados a la Gobernanza Ambiental con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N°15, de 2020, que “Establece Reglamento de la Ley N°21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos”, conforme el cual se establecen instancias de gobernanza para favorecer la participación local en la gestión de humedales urbanos (gobernanza como equivalente de participación local).¹⁵

Conforme lo anterior, prestaría la mayor utilidad que la nueva Constitución integre, al menos en sus Bases de la Institucionalidad, el concepto de Gobernanza Ambiental o al menos de los principios que lo dotan de contenido, a fin de promover espacios de toma de decisiones a nivel local, que permitan evitar o resolver anticipadamente conflictos socio ambientales¹⁶.

Sin ser exhaustivo, y siguiendo esta lógica, resulta importante que la decisión respecto del uso de los recursos naturales se encuentre revestido de tres derechos fundamentales básicos sobre justicia ambiental, que componen la noción de democracia ambiental reconocida en el Principio 10 de la Declaración de Río: acceso a la información y transparencia, acceso a la participación pública y el acceso a la justicia, , conceptos que se agrupan bajo la noción de democracia ambiental¹⁷. También, resulta primordial que este nuevo cuerpo normativo disponga de principios propiamente ambientales, tales como preventivo y precautorio, de equidad ante las cargas públicas, de equidad o responsabilidad intergeneracional, de no regresión, entre otros.

¹⁴ *Musmeci, José María, y Caille, Guillermo* (2020). Ib. Id. P. 28. En un sentido similar, *Delgado, Luisa* (2018), “Gobernanza Ambiental de los Servicios Ecosistémicos: Una cuestión de relaciones entre actores sociales”. Exposición Fondecyt-Chile N°1170532. Disponible en: http://antar.ciencias.uchile.cl/wp-content/uploads/2018/12/Flacso_2018.pdf

¹⁵ De acuerdo con este instrumento, se regula la posibilidad que a través de mecanismos de gobernanza, los Servicios del Estado o particulares se obliguen a gestionar Humedales Urbanos, en la medida que se garantice la participación efectiva de los actores involucrados en la conservación, protección y uso racional de tales humedales urbanos. En igual sentido, el artículo 5 de ese Reglamento establece la obligación del Ministerio del Medio Ambiente para crear comités a nivel nacional, regional y comunal, que tendrán por objeto promover la adecuada gestión de los humedales urbanos, como también una gobernanza que permita la participación efectiva de los actores involucrados.

¹⁶ Por ejemplo, encomendar a la Ley disponer de mecanismos, procesos y reglas conforme los cuales se ejerce autoridad sobre la gestión y uso de los recursos naturales y el territorio.

¹⁷ Siguiendo a la CEPAL en referencia a la aplicación del Principio 10, sostiene que existen “tres derechos fundamentales: el acceso a la información, el acceso a la participación pública y el acceso a la justicia, como pilares clave de una gobernanza ambiental sólida. Los “derechos de acceso” han emergido para ser muy importantes en la promoción de una gobernanza ambiental transparente, inclusiva y responsable. ONU. “El principio 10 de la Declaración de Río: acceso a información, participación pública y justicia ambiental”, artículo de prensa, disponible en: <https://biblioguias.cepal.org/c.php?g=877733&p=6303926>



Finalmente, se sugiere incorporar cuatro elementos claves para una buena Gobernanza Ambiental: (1) del reconocimiento de instancias de carácter estatal y/o privadas, que revistan un alto grado de legitimidad a nivel local, para la toma de decisiones sobre el uso sostenible de los recursos naturales y el territorio¹⁸; (2) de rendición de cuentas, tanto respecto de la gestión del medio ambiente, como también de la generación de daño ambiental y de la forma en que este debe ser reparado; (3) la incorporación de la ciencia como un elemento central en la toma de decisiones; (4) todo lo anterior orientado bajo el principio de desarrollo sustentable.

II. Derechos y deberes en relación con el medio ambiente y limitaciones a otros derechos fundamentales

II.1. Derecho fundamental establecido del artículo 19 N°8 de la CPR respecto al medio ambiente

II.1.1. Formulación actual del derecho fundamental en relación al medio ambiente

Como respuesta a los grandes problemas ambientales y sus consecuencias, causados por el ser humano y su forma indiscriminada de explotar los recursos naturales que fueron evidenciados a partir de la década de los '70, la comunidad internacional el año 1972, por medio de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (más conocida como Declaración de Estocolmo), reconoció la relación entre la calidad del medio ambiente y el goce de los derechos. Esta declaración estableció en su Principio 1° que: *“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”*.¹⁹

Nuestra legislación no se quedó al margen²⁰, y teniendo en consideración las normas contenidas en la Declaración Estocolmo en 1972 y en la Constitución Política de España de 1978 -que es

¹⁸ Siguiendo a la CEPAL. “La gobernanza de los recursos naturales se ejerce a través del conjunto de instituciones formales (como marcos constitucionales, leyes, contexto fiscal y regulación sectorial, entre otras), instituciones informales (reglas implícitas en la práctica de uso común) y decisiones políticas soberanas, cuyo accionar conjunto rige el funcionamiento de los sectores extractivos. **Se determinan así los regímenes de propiedad (por ejemplo, leyes de concesiones), marcos tributarios (tratamiento fiscal específico de estos sectores), y mecanismos de ahorro, distribución y uso de las rentas públicas provenientes de estos sectores (fondos de inversión y estabilización), así como otras funciones de ordenamiento de las actividades asociadas a los sectores extractivos de recursos naturales**”. CEPAL (2014). “Pactos para la Igualdad Hacia un futuro sostenible”, p. 276 y ss. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/36692/LCG2586SES353s_es.pdf

¹⁹ Cabe indicar que ya en el año 1974 en Chile se estaba discutiendo sobre la necesidad de incorporar al Medio Ambiente en nuestra Constitución, pero es en el año 1976, a través de Acta Constitucional N° 3, que se incorpora en el ordenamiento de forma efectiva. Cuestión que es robustecida en el año 1980 con la Constitución a través del Recurso de Protección. Véase Dougnac, Fernando (2006), *“Visión Crítica del marco legal ambiental vigente”*. Medio Ambiente y Compromiso País. Legis Chile S.A. Chile, pp. 91-94.

²⁰ De hecho, Chile fue el primer país sudamericano en reconocer este derecho.



una de las primeras Cartas Fundamentales que regulan estas materias²¹- incorporó la protección del medio ambiente en los trabajos de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC), más conocida como Comisión Ortúzar (la “Comisión”)²².

Su antecedente lo encontramos en un memorándum de dicha Comisión, en el cual se señaló que uno de los principios en los que se debía fundar la futura Constitución era el derecho a la vida de los ciudadanos para lo cual “*sería necesario evitar la contaminación del medio ambiente, estableciendo las normas que conduzcan a tal fin*”²³. Dicha declaración encontró su consagración positiva en el Acta Constitucional N° 3 de 1976, en la que se estableció, por un lado, el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y por otro, impuso al Estado el deber correlativo de velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la protección de la naturaleza.

De esta manera, dicha disposición, por cierto, inédita en la historia constitucional chilena y en el constitucionalismo latinoamericano, fue consagrada en el art. 19 N° 8 CPR, cuyo texto actual, que no ha sido modificado desde su publicación el año 1980, dice lo siguiente:

“Artículo 19.- 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”.

Como se observa, lo que hizo nuestro constituyente del año 1980, fue reconocer y elevar a la categoría de los derechos fundamentales -a la que pertenecen el derecho a la vida, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y la libertad personal-, el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Esto respondió a un movimiento que fue muy común en la década del 70’ en los países europeos, que propiciaba que el derecho a vivir en un ambiente sano era un derecho propio de la persona.

Como segunda característica, se le entregó al Estado el deber de velar porque este derecho no fuera afectado y de tutelar por la conservación de la naturaleza.

²¹ Navarro Beltrán, Enrique (1993), “Recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 20. Chile, p. 596.

²² Dicha Comisión tuvo por finalidad preparar el anteproyecto de la Constitución de 1980, en 417 sesiones de trabajo realizadas entre el 24 de septiembre de 1973 y el 5 de octubre de 1978.

²³ Específicamente, en la Sesión 186 celebrada el 9 de marzo de 1976, la Comisión acordó el siguiente texto, en base a una indicación del Sr. Enrique Evans de la Cuadra:

“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar por que ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

*La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente
La integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental”.*



Como se observa, actualmente se le impone al Estado una obligación y un mandato de resguardo y protección.

Asimismo, se faculta expresamente al legislador para establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos para proteger el medioambiente. Esta facultad, unida al art. 19 N°24 CPR que autoriza a la ley a establecer limitaciones y obligaciones a la propiedad que deriven de su función social²⁴, permiten que el legislador limite el derecho de propiedad por, entre otros aspectos, la conservación del patrimonio ambiental. Sin embargo, dicha limitación no puede privar de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, porque entonces sería expropiatorio. A su vez, para que proceda la expropiación debe existir una ley general o especial que la autorice por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador, y debe existir siempre una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.²⁵

Finalmente, nuestra CPR en su art. 20 establece la acción constitucional de protección para, entre otros derechos, proteger “*el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”; que en palabras del Comisionado Ortúzar, fue caracterizado en sus albores como un “*procedimiento de emergencia, [...] que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado*”²⁶. Actualmente, la acción constitucional de protección se caracteriza como un procedimiento de urgencia, informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio²⁷.

II.1.2. Propuesta de formulación del derecho fundamental en relación al medio ambiente para la nueva Constitución

Respecto a cómo la protección del medio ambiente debería estar recogida en la nueva Constitución, preliminarmente cabe hacer presente que, como ha señalado la doctrina, “*el debate constitucional debe reconocer la existencia de la actual garantía como un punto de partida fundamental en la*

²⁴ La función social “*comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*”

²⁵ Ha de indicarse que luego del establecimiento a nivel constitucional del “derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación”, tal derecho fundamental fue dotado el año 1994, a través de la Ley N° 19.300, de un marco general de regulación, así como de instrumentos de gestión ambiental y una nueva institucionalidad, que fue reformada y perfeccionada a través de la Ley N° 20.417. Sobre ello y la evolución de los mecanismos procesales para la tutela del derecho al medioambiente en Chile, véase: *Peña y Lillo Delaunoy, Cristián* (2021), “Derecho Procesal Ambiental”, Thomson Reuters, Chile, p. 39.

²⁶ ERRAZURIZ, Juan Manuel y OTERO, Jorge Miguel (1989), “*Aspectos procesales del recurso de protección*”, Editorial Jurídica de Chile, p. 199.

²⁷ Tal caracterización se encuentra contenida en el considerando 1° del Acta de la Corte Suprema N° 173-2018, de 26 de septiembre de 2018, que incorporó modificaciones al texto refundido del auto acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías constitucionales, contenido en el Acta de la Corte Suprema N° 94-2015 de 17 de Julio de 2015.



discusión.”²⁸ Existe consenso en la importancia de mantener la protección del medio ambiente como derecho constitucionalmente protegido, sin perjuicio de las mejoras que podrían introducirse para hacerla más eficaz.

El primer aspecto que proponemos mejorar es la actual formulación de la garantía establecida en el art. 19 N° 8 CPR como: “*El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación*”, por cuanto se encuentra incompleta, ya que solo se refiere al medio ambiente centrado en la contaminación²⁹. Como sabemos, no todo deterioro o afectación del medio ambiente se debe a la contaminación, sino también, por ejemplo, si se altera gravemente un ecosistema, se deteriora o se destruye, aunque no se introduzcan elementos contaminantes. Relacionado con lo anterior, la protección del medio ambiente no solo se refiere a la protección de bienes jurídicos como la vida o la salud, sino también a otros como la calidad de vida, el bienestar, la vida digna, etc., por lo que su nueva formulación debería extenderse a los demás bienes jurídicos comprendidos en la protección constitucional del medio ambiente.³⁰

Por lo anterior, la formulación de la garantía debiese ser completada, agregándose conceptos tales como la biodiversidad, el paisaje, el cambio climático, y el desarrollo sustentable. De esa manera, la fórmula del derecho podría formularse como el “**derecho de vivir en un medio ambiente sustentable**” o “**medio ambiente sano y equilibrado**”. Como referencia, cabe tener presente que el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San José), que acaba de ser ratificado por Chile³¹, establece este derecho en esos términos:

“Artículo 11: Derecho a un Medio Ambiente Sano

- 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.*
- 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”*

De este modo, como señala el art. 2° letra ll) Ley 19.300, este derecho permitiría “**la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones**”.³² Asimismo, la formulación del derecho debe permitir que el desarrollo y el crecimiento económico se puedan compatibilizar

²⁸ Leiva Salazar, Felipe, “La protección constitucional del ambiente: perspectivas y propuestas para el debate constitucional”, en *Actualidad Jurídica* n°43, (enero 2021), p.395.

²⁹ La Ley 19.300 intenta darle contenido a este concepto de “Medio Ambiente Libre de Contaminación”, definiéndolo en su art. 2° letra m) como: *aquel 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 lo que, como se desprende de su nomenclatura, requiere de la presencia de contaminantes y de que ellos generen algún riesgo a alguno de los conceptos ahí señalados.

³⁰ Leiva Salazar (2021), p.403.

³¹ Con fecha 10 de julio de 2021 fue ratificado por el Senado (<https://www.senado.cl/noticias/derechos-humanos/ratifican-protocolo-de-san-salvador-sobre-derechos-economicos-sociales>). Sin embargo, se encuentra pendiente de ser comunicado a la OEA según se observa en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html> y de ser promulgado por el Ejecutivo.

³² Véase Leiva Salazar (2021), p.404.



con la protección de la naturaleza, sus ecosistemas y su biodiversidad, de modo de permitir su sostenibilidad en el tiempo (desarrollo sustentable, tal como se explicó *supra*).

En segundo lugar, la fórmula del deber constitucional también se encuentra incompleta, porque solo se encuentra construida en base a un deber centrado en el Estado. Sin embargo, reconociendo que disminuyen las posibilidades de lograr mantener las condiciones naturales que permiten asegurar la vida actual y futura de las personas, cuando solamente es el Estado el sujeto obligado, se hace necesario que todas las personas colaboren asumiendo una cuota de esa obligación. A este efecto, se propone, adicionalmente, establecer en el texto constitucional el deber fundamental de todas las personas de contribuir a la preservación del medio ambiente, a la conservación de la biodiversidad y a la prevención de toda forma de degradación ecológica, de modo de lograr un desarrollo sostenible.³³

II.2. Analizar la conveniencia de incluir la estabilidad climática como garantía constitucional

II.2.1. Estabilidad climática como garantía constitucional en el Derecho Comparado

Hace 50 años la protección del medio ambiente solo existía en países europeos y en Australia. 20 años después, ya la conciencia se había extendido a los continentes asiático, africano y americano y, desde el año 2017, goza de consagración global.

Hoy la discusión se centra en la posibilidad de consagrar nuevos derechos, como el Derecho a un medio ambiente sano, Derecho de la naturaleza³⁴ y el Derecho a un clima estable o a la estabilidad climática.

Sobre este último es preciso tomar en cuenta que en el derecho comparado existen las cartas fundamentales que lo recogen desde hace a los menos 30 años y que son:

Constitución Zambia de 1991 (revisada en 2016)	Art. 257
Constitución de Vietnam de 1992 (revisada en 2013)	Art. 63

³³ En un sentido similar, el art. 95 N° 8 de la Constitución de Colombia consagra como deber de las personas “*Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano*”. Así también, el art. 45 N° 1 de la Constitución Española consagra el deber de las personas de conservar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.

³⁴ Como ejemplo de su consagración en India los ríos Ganges y Ymuna, Nueva Zelanda concedió personalidad jurídica al Parque Nacional Te Urewera y al Río Wnganuiy en Colombia por vía jurisprudencial se reconoció como sujetos de derecho al Paramo de Pisba en 2016 y al Río Atrato en 2018.



Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999 (revisada en 2009)	Art.127
Constitución del Ecuador de 2008 (revisada en 2015)	Art. 414
Constitución Boliviana de 2009	Art. 407
Constitución de la Republica de Túnez de 2014	Art. 45
Constitución de Nepal de 2015	Art. 51
Constitución de Tailandia de 2017	Sección 258
Constitución de Cuba de 2019	Art. 16

Respecto del reconocimiento del derecho a la estabilidad climática es relevante tener en consideración lo declarado por la Corte del Distrito de Oregón, USA que el año 2016 dispuso que: *“ejerciendo mi juicio razonado (...) no tengo duda el derecho a un clima estable capaz de sostener la vida humana es fundamental en una sociedad libre y ordenada (...) un clima estable es de manera bastante literal la fundación de la sociedad sin el que no habría ni civilización ni progreso.”*

Como se observa, existen una serie de textos constitucionales que recogen, desde fines del siglo pasado y con mayor relevancia en el actual siglo, la variable climática.

A nivel regional, Bolivia, Ecuador y Venezuela son productores de petróleo y, por tanto, eventuales sujetos pasivos de demandas ante tribunales internacionales. Diferente suerte corre Brasil que, siendo exportador de crudo, no lo incluye como garantía. Sin embargo, en el caso concreto de Brasil, y en atención a los crecientes litigios climáticos observados en los últimos años a nivel mundial, parte de la doctrina defiende que el sistema climático debe ser reconocido como un “nuevo” bien jurídico constitucional³⁵, lo que conlleva al reconocimiento de deberes estatales específicos de protección al sistema climático impuestos por el art. 225, §1º, inciso I de la CF/88, que dispone sobre la *“protección de los procesos ecológicos esenciales”*³⁶. A nivel infraconstitucional, la estabilidad climática ya se encuentra expresamente reconocida en el art. 1º-A, párrafo único del Nuevo Código Forestal (Ley 12.651/2012), bien como en el art. 4º, I de la Política Nacional sobre Cambio Climático, establecida por la Ley 12.187/2009. Además, se encuentran en curso desde el año de 2020, en el Supremo Tribunal Federal (STF) tres demandas que envuelven directamente la violación de la garantía constitucional a un sistema climático íntegro y estable, derivadas de acciones u omisiones por parte del Gobierno brasileño³⁷.

³⁵ Antônio Herman Benjamin, ministro del STJ

³⁶ Sarlet, Ingo Wolfgang, y Fensterseifer, Tiago, en: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-23/direitos-fundamentais-notas-acerca-direito-fundamental-integridade-sistema-climatico>

³⁷ Véanse: ADPF 708 (Fundo Clima), ADO 59 (Fundo Amazônia) y ADPF 760.



Finalmente, cabe hacer presente que una de las apuestas interesantes en la materia ha sido el involucramiento ministerial de Chile, que es uno de los países que, a nivel regional, se estima más afectado por el calentamiento global. En efecto, el año 2010, el Ministerio de Obras Públicas dio inicio a este desafío, impulsando el “Plan de Adaptación y Mitigación de los Servicios de Infraestructura al Cambio Climático. 2017-2022”³⁸, adaptación de cara a los daños generados por las contingencias climáticas ocasionados a la infraestructura pública compuesta por caminos, puertos, aeropuertos y embalses, entre otros. En igual línea de acción encontramos a los sectores Silvoagropecuarios, Pesca y Acuicultura, Salud y Energía.

II.2.2. Propuestas en relación al cambio climático

Teniendo presente lo anterior, recomendamos considerar lo siguiente en la discusión de la nueva Constitución:

- El reconocimiento a la integridad y estabilidad climática, es decir, a un clima estable, limpio y seguro como garantía constitucional podría encontrar su origen en el derecho fundamental a un medio ambiente sano. En este sentido, Sarlet y Fensterseifer (2021) defienden que “*la dimensión climática inherente al régimen constitucional genera deberes específicos de protección y promoción, de orden organizacional y procedimental, en lo que respecta al combate, contención y disminución de las causas y consecuencias del cambio climático*”.
Por lo anterior, se propone estudiar la posibilidad de incorporarlo como una garantía constitucional, que deriva del derecho fundamental a un medio ambiente sano, ponderando las ventajas y desventajas de su inclusión, y considerando los desafíos de concretizarlas tales como la determinación del legitimado pasivo y activo, la determinación de la infracción y su control jurisdiccional en caso de incumplimiento por acción y/u omisión (de carácter general o parcial, jurídica o material)
- La protección del medio ambiente sano y equilibrado de modo de garantizar la estabilidad climática, es una respuesta a un problema de dimensión transfronteriza, que exige la aproximación del orden jurídico nacional al internacional. El principio de cooperación está reconocido en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, ratificada por Chile en 1994 y promulgada en 1995, como también es uno de los principios básicos de relaciones internacionales y que rigen la política exterior de Chile.
- Finalmente, se propone disponer de un mandato al legislador para crear una nueva institucionalidad que estudie y monitoree en forma permanente los efectos del cambio

³⁸ <https://mma.gob.cl/cambio-climatico/plan-nacional-de-adaptacion-al-cambio-climatico-y-plan-esectoriales/>



climático en nuestro país, generando información y una coordinación adecuada en la actuación del Estado que oriente las decisiones de política pública, relacionadas con los múltiples desafíos que este fenómeno nos impone³⁹.

II.3. Limitación de otros derechos fundamentales para proteger el medio ambiente

II.3.1. Limitaciones a otros derechos fundamentales

Como hemos señalado, el art. 19 N°8 inciso 2° CPR dispone:

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

Siendo así, se deben responder algunas preguntas que despejen, en un primer nivel de acercamiento, esta habilitación al Poder Legislativo para restringir derechos o libertades:

- **¿Qué significa establecer restricciones específicas?** Significa imponer, con una finalidad de protección del medio ambiente, limitaciones, requisitos, condiciones, supuestos, o cualquier tipo de barrera legal, que impide el ejercicio pleno y autónomo del derecho o libertad limitado. Lo anterior faculta al legislador a establecer restricciones de determinados derechos o libertades, en beneficio de un “derecho superior” que sería el medio ambiente. Es decir, en caso de conflicto, prima el medio ambiente, estableciéndose una suerte de preferencia. Por ejemplo, el hecho que ciertas actividades económicas deban someterse previamente a un procedimiento de evaluación ambiental es una restricción específica a la garantía de realizar cualquier actividad económica lícita según la Constitución vigente. Otro ejemplo es la aplicación de la responsabilidad extendida del productor. Finalmente, se pueden mencionar los denominados “Instrumentos de Gestión Ambiental”, consagrados en la Ley 19.300, que establecen normas de calidad, normas de emisión, planes de prevención y descontaminación ambiental, restricción vehicular, entre otros.
- **¿Cuáles derechos o libertades pueden ser objeto de restricciones?** Solo los derechos que la nueva Constitución considere. Bajo la actual CPR, existen derechos que no admiten limitación legal alguna, como el derecho a la vida, el de integridad física y psíquica, y el respeto y la protección de la vida privada y pública. Otros admiten limitaciones, como el derecho a adquirir toda clase de bienes, el derecho de propiedad,

³⁹ Propuesta recogida de Centro de Estudios Horizontal.



el derecho a desarrollar una actividad económica, la libertad de trabajo, de desplazamiento o de reunión⁴⁰.

Cabe hacer presente, sin embargo, que las limitaciones tienen como límite que no se pueden afectar los derechos en su esencia (art.19 N°26 CPR).

- **¿Cuál es el mecanismo jurídico para llevar a cabo tales restricciones?** Debe tratarse de una decisión del Poder Legislativo, por medio de una ley (parlamentaria), y con una finalidad específica, la protección del medio ambiente, en un ejercicio de ponderación de derechos⁴¹.

II.3.2. Limitación al derecho de propiedad

Dentro de los derechos y libertades que pueden verse limitados por la protección del medio ambiente se encuentra el derecho de propiedad. En este caso, la limitación del mismo tiene un tratamiento expreso en la actual CRP puesto que se señala que puede ser objeto de “*limitaciones y obligaciones que deriven de su función social*”, la cual incluye, entre otras, la “*conservación del patrimonio ambiental*” (art. 19 N° 24 inc. 2° CPR).

El concepto de “*conservación del patrimonio ambiental*” se encuentra definido en el art. 2° letra b) de la Ley N° 19.300 como “*el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración*”.

Por su parte, la regulación del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no contempla la posibilidad de que ésta sea limitado por el legislador.

En suma, la CPR resuelve de manera previa la eventual colisión entre el derecho de propiedad y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de la siguiente manera: por una parte, la protección del medio ambiente puede limitar cualquier libertad o derecho y, por otra, dicha limitación de realizarse mediante ley y tratarse de contener una restricción específica a un determinado derecho o libertad con el objeto de proteger el medio ambiente.

II.3.3. Aspectos a tener en consideración en la Nueva Constitución

De cara a la nueva Constitución, habrá que definir cómo se abordará este asunto, respecto del cuál existen distintas visiones. Una posible respuesta la encontramos en la llamada doctrina del

⁴⁰ Bermúdez, Jorge (2014), Fundamentos de derecho ambiental, Ed. de Valparaíso, 150.

⁴¹ Bermúdez, (2014), p. 154.



public trust que puede describirse como “una forma de protección de ciertos elementos de la naturaleza, considerados de interés público, mediante el deber activo e irrenunciable del Estado (cualquiera sea el órgano) de administrar y/o supervigilar que el uso que de ellos se haga, garantice el beneficio común de la población actual y futura, pudiendo además, limitar las actividades que en ellos se desarrollen, sin derecho a indemnización”.⁴²

Otro punto de vista de tendencia más liberal podría mantener el privilegio de la protección del medio ambiente por sobre otros derechos y libertades constitucionales (según su nueva fórmula). A este respecto, podría optarse por privilegio sólo el bien jurídico medio ambiente, o ampliarlo al concepto de desarrollo sostenible o sustentable. En este último caso, se ampliaría el alcance del objeto buscado por la limitación y, por otra, se obligaría a que dicha limitación conjugue aspectos ambientales, sociales y económicos.

Por otro lado, podría mantenerse el requisito actual de tener que señalar determinadamente los derechos o libertades que el legislador limitará, o bien eliminarlo y sólo exigir que se trate de “restricciones específicas”. Cabe señalar que en algunos casos el legislador ha limitado ciertos derechos o libertades para proteger el medio ambiente sin determinar el derecho o libertad afectada (es decir, sin dar cumplimiento a esta parte del precepto constitucionalidad) y no ha habido reparo de juridicidad al respecto.

Cabe agregar que algunos sostienen que también debería corresponder a la ley la definición de los instrumentos de gestión ambiental necesarios para proteger el medio ambiente.⁴³

Finalmente, algunos plantean establecer la función ecológica de la propiedad. En caso de mantenerse la limitación de la propiedad en base a su “función social”, dado que actualmente ésta no se encuentra definida sino que está construida en términos abiertos, parece prudente complementarla con ideas matrices, tales como, el principio “in dubio pro natura” y el “desarrollo sustentable”, para dotar de un contenido efectivo y eficaz a la norma constitucional de restricción de derechos.

Cualquiera sea la postura que se adopte, nos parece importante que: (a) se mantengan ciertas restricciones específicas al ejercicio de derechos o libertades determinadas para proteger el medio ambiente; (b) que sólo el poder legislativo pueda establecer las limitaciones o restricciones esenciales al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger al medio ambiente, y (c) que la nueva Constitución entregue reglas claras y principios fundamentales para que sean considerados por el legislador y ponderados, caso a caso, en las instancias jurisdiccionales correspondientes, de modo que exista certeza jurídica.

II.4. Deberes del Estado y de las personas en materia ambiental

⁴² Protección de la Naturaleza y una Nueva Constitución para Chile: Lecciones de la Doctrina del Public Trust. Diciembre 2020.

⁴³ Propuesta tomada del Centro de Estudios Horizontal.



Como hemos señalado, nuestra propuesta consiste en mantener una garantía fundamental en relación al medio ambiente, pero reformulándola como el “derecho a vivir en un medio ambiente sustentable” o en un “medio ambiente sano y equilibrado”. Dicho derecho fundamental implica un deber correlativo del Estado. Sin embargo, hemos señalado también la importancia de establecer también una obligación de las personas, naturales y jurídicas.

Profundizando en esa idea, cabe señalar que existen variadas instituciones que han realizado propuestas respecto a cómo deberían establecerse los nuevos deberes del Estado y deberes de las personas en materia ambiental. A continuación destacamos algunas propuestas a modo meramente ilustrativo sobre las distintas opciones; sin perjuicio de que no necesariamente las compartimos:

II.4.1. Centro de Políticas Públicas UC (“Contribuciones a la discusión constitucional: Protección al medio ambiente”)

Este Centro también propone incorporar deberes de las personas en materia ambiental, en los siguientes términos:

“Es deber de todos los habitantes de la nación participar en la preservación, conservación y mejoramiento del medio ambiente. Cada persona deberá contribuir a la reparación del daño que cause al medio ambiente”.

“Las personas deben contribuir a la protección de la naturaleza, utilizando los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible, absteniéndose de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación al medio ambiente, y serán responsables por el daño ambiental que generen”.

- El mismo documento señala en sus conclusiones

“(…) En tercer lugar, se sugiere incorporar deberes de las personas en materia ambiental con el propósito de enfatizar que no solo el Estado es responsable de cuidar la naturaleza, sino que es un compromiso de todos los individuos.”

“Complementando el deber del Estado con el medio ambiente, se propone hacer una mención expresa al uso racional de los recursos naturales, al constituir un elemento esencial del desarrollo sostenible. En el caso particular del agua, se sugiere reconocer explícitamente en la Constitución el derecho a su uso personal y doméstico (derecho humano al agua) y su carácter de bien nacional de uso público. Por su parte, la regulación del uso, gestión y conservación de este recurso natural debiera delegarse al legislador”.

II.4.2. Centro de Derecho Ambiental (CDA) - Universidad de Chile (“Nueva Constitución del siglo XXI: un desafío para el derecho ambiental”)



“Parece entonces muy necesario comprender que el cuidado del ambiente, de la biodiversidad, de la naturaleza y de los ecosistemas, es indispensable para la sobrevivencia del ser humano en el planeta; y que la protección constitucional de estos fundamentos naturales de la vida, así como de los componentes socioculturales del medio ambiente, debe ser un eje transversal de una nueva Constitución, que se traduzca en principios, derechos y deberes. Igualmente importante, es entregar al Estado herramientas efectivas para asegurar una gestión ambiental adecuada, lo que incluye profundizar las competencias de sus órganos y reforzar la coordinación de la Administración del Estado”.

II.4.3. FIMA (“Discusión sobre medio ambiente en el marco de una nueva Constitución”)

FIMA propone lo siguiente respecto de los deberes del Estado:

“Existe un consenso en la doctrina y la jurisprudencia que este deber se dirige a todos los poderes del Estado. Además, la garantía del art. 19 N° 8 no se limita a ordenar al poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial el deber ‘de velar para que el derecho no sea afectado’, sino que se extiende también al deber de protección a ‘tutelar la preservación de la naturaleza’, estableciendo con ello un deber genérico de protección ambiental que deben ser materializados a través de los poderes del Estado. (...)

Sin embargo, [Liliana] Galdámez identifica un tercer mandato constitucional a los poderes del Estado en materia ambiental, en virtud del cual, además de los dos anteriores, el Estado tendría un deber de proteger el medio ambiente (de manera independiente al ejercicio de derechos fundamentales). De esta manera, Galdámez incorpora el deber estatal de proteger el entorno, independientemente de si ello acarrea la vulneración del derecho fundamental, incorporando el principio preventivo como elemento inspirador para los poderes del Estado, con objeto de que sus decisiones sean tomadas previendo eventuales consecuencias nocivas para el medio ambiente. Sin embargo, reconoce que en este caso no existen remedios constitucionales para asegurar este deber”⁴⁴.

Adicionalmente, FIMA se refiere al Proyecto de Nueva Constitución presentado en marzo de 2018 (Mensaje N° 407-365) por la Presidenta Michelle Bachelet, el cual propone cambios a la protección del medio ambiente, en torno a los deberes del Estado, **agregando en su artículo tercero, el “deber especial” de protección del medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural**, en los siguientes términos:

“Artículo 3.- El Estado está al servicio de las personas y su finalidad es el bien común, para lo cual debe crear las condiciones necesarias para el desarrollo integral y sostenible de la

⁴⁴ P.15 (énfasis agregado).



comunidad y de sus integrantes, respetando plenamente, y con responsabilidad fiscal, los derechos y garantías que esta Constitución consagra.

El Estado reconoce, ampara y promueve a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la autonomía para cumplir sus propios fines específicos, con apego a lo establecido en esta Constitución.

*Es deber del Estado resguardar la seguridad y la soberanía de la Nación y de su territorio, dar protección a su población, promover la integración armónica y solidaria de sus habitantes y pueblos, así como asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. **Son deberes especiales del Estado la protección del medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural**". (énfasis agregado)*

En base a la información recopilada en distintos talleres ambientales organizados por FIMA se trató, dentro de otros temas,

“si el deber del Estado es velar porque el derecho a un medio ambiente libre de contaminación no se vea afectado, si es tutelar por la preservación de la naturaleza, o bien, otros elementos que debiese considerar y/o resguardar.

Desde la mirada de los representantes de ONG's y líderes ambientales⁴⁵, un primer punto – y en un tono más reflexivo- es preguntarse sobre cómo articular los diversos y contradictorios principios que actualmente existen en la Constitución, haciéndolos dialogar, para que funcionen con poderes simétricos, y no priorizando unos principios por sobre otros. (...)

Si bien lo anterior no es un deber particularmente del Estado, es necesario plantearlo en este punto ya que la necesidad de reflexionar sobre el cómo se podrían hacer dialogar y articular los diversos derechos, principios, valores e intereses en la Constitución, influyen y sientan una base de cómo esclarecer los deberes – y su vez los límites- del Estado en esta materia.

Otro aspecto que mencionan es que el Estado debiese poder poner en la práctica restricciones a otros derechos en la materia, sobre todo en cuanto al derecho de propiedad. Si bien se reconoce que actualmente en la constitución se establecen restricciones, es necesario especificarlas, o bien, flexibilizarlas para que así puedan hacerse exigibles (...)

Por último, se vuelve a destacar el rol y deber del Estado en resguardar y garantizar la protección del medio ambiente considerando a las generaciones futuras como titulares de este derecho, más aún, si existen acuerdos internacionales que reconocen esto.

⁴⁵ Aquellos que participaron en los talleres ambientales organizados por FIMA.



En relación a lo que se mencionó en el grupo de académicos, se puede observar que el punto de partida en torno a la discusión fue analizar a quién le corresponde la obligación de protección ambiental, si a las personas individuales, colectivas, o bien, al Estado.

En esta línea, algunos mencionan que no es necesario asignar deberes a la ciudadanía más allá de los deberes del Estado, más bien, se debe completar esto último. Si bien, este punto de vista no es compartido por todos, el debate queda pendiente respecto a si corresponde asignar deberes a la ciudadanía más allá de los deberes del Estado y que quizás deba estar en otra parte la regulación de la relación entre los particulares y el Estado respecto a la protección ambiental. (...)

Por último, en cuanto a si el Estado debiese tutelar la “preservación” del medio ambiente, existe un consenso en que se debe cambiar el concepto preservación y conservación por un verbo rector más integrador, como, por ejemplo, calidad ambiental’.

II.4.4. Centro de Estudios Horizontal (“Propuestas constitucionales: por una Constitución Sustentable, medio ambiente y recursos naturales en una nueva Constitución PROPUESTAS CONSTITUCIONALES”)

El Centro de Estudios Horizontal reconoce, en primer lugar, el avance que fue la CPR al permitir a Chile ser uno de los primeros países en el mundo en contar con el reconocimiento de este derecho, imponiendo dos deberes al Estado en materia ambiental.

Por su parte, respecto de las propuestas para la nueva Constitución se encuentra también la de incorporar deberes para las personas, en los siguientes términos:

“Incorporar a todas las personas en la exigencia o deber (no solo el Estado) de tutelar la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza, la conservación del patrimonio natural, en especial los fundamentos naturales de la vida. Para ello, el Estado deberá asegurar el uso sustentable de los recursos naturales y la participación de la comunidad en las decisiones de carácter ambiental.”

Asimismo, se agrega *“un deber especial del Estado que considere los avances más actualizados de la ciencia y la tecnología en el diseño de las políticas públicas tendientes a proteger el medio ambiente, incluyendo siempre un análisis de costo beneficio, elevando los estándares de autorización y fiscalización utilizados por los servicios públicos sectoriales, permitiendo mejorar la transparencia y los mecanismos de participación y rendición de cuentas.”*⁴⁶

III. Recurso de Protección

⁴⁶ P.8 y 9.



III.1. Contenido del recurso de protección en materia ambiental

Se propone mantener la existencia de un recurso de protección (u otra acción constitucional) en materia ambiental.

Por otro lado, si bien el contenido del recurso de protección dependerá en definitiva de cómo quede plasmada el derecho fundamental en esta materia, creemos importante que sea armónico con la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, considerando especialmente —como es lógico— que su art. 1° y una serie de definiciones contenidas en su art. 2°, se estructuran sobre la base del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, tal como está actualmente consagrado.

III.2. Tribunal competente para conocer del recurso, procedimiento y plazos

En cuanto a los tribunales competentes para conocer de acciones constitucionales asociadas a derechos y deberes de contenido medioambiental, nos parece que cualquier discusión que se dé, debe partir de la premisa del acceso igualitario a la justicia. .

Al respecto, el proyecto de modificación constitucional de la Presidenta Bachelet preveía como órgano jurisdiccional competente para la primera instancia “(...) cualquier tribunal ordinario (...)”. Algunos consideran que esto propiciaría un mayor acceso a la justicia, pero que en este caso deberían ampliarse y potenciarse las competencias legales y conocimientos técnico-ambientales de dichos jueces. En cambio, otros consideran que estos jueces tendrían menor trayectoria y experiencia judicial que la de magistrados de Cortes de Apelaciones, por lo que tal fórmula no sería conveniente.

En cuanto al conocimiento de las apelaciones deducidas contra los fallos de primera instancia, algunos estiman que la competencia de la llamada “Sala Constitucional (3ª)” de la Corte Suprema en segunda instancia, ha demostrado ser conveniente, no obstante, el volumen de causas de que conoce⁴⁷ y el consecuente tiempo promedio que demora en resolver tales apelaciones. Lo

⁴⁷ Según la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, el número de acciones constitucionales de acciones constitucionales de protección, son los siguientes (<http://decs.pjud.cl/acciones-de-proteccion-art-20-cpr-ingresados-en-cortes-de-apelaciones/>)

Resumen de acciones de protección (sin recursos contra isapre por alzas de plan o GES) en Cortes de Apelaciones							
Periodo: Enero 2015 - Diciembre 2019							
Fuente: Subdepartamento de Estadísticas del Departamento de Desarrollo Institucional (DDI) de la CAPJ							
	2015	2016	2017	2018	2019	Total	
Acción Const./Recurso							



anterior, sin perjuicio de los reparos que puedan generar el sistema de integración de las salas, así como la figura de los abogados integrantes o el uso intensivo que se ha hecho en los últimos años de la acción constitucional.

En lo que toca al procedimiento aparejado a la tramitación de la acción constitucional, estimamos que este no debiera quedar entregado a las reglas que se dé una parte incumbente, como es la Corte Suprema. Como es sabido, históricamente la acción de protección ha tenido aparejado un Auto Acordado dictado por el principal tribunal del país y, si bien se han presentado proyectos de ley con la finalidad de dotarla de un procedimiento con rango legal, estos no han prosperado⁴⁸. Estimamos que por razones de mínima imparcialidad esperable de órganos jurisdiccionales en un Estado de Derecho, así como de respeto a las garantías del debido proceso consagradas en tratados internacionales suscritos por Chile y vigentes⁴⁹, la regulación de la tramitación de las acciones constitucionales debiera quedar expresamente encomendada al legislador en un listado de materias de ley, a tramitar con posterioridad a la ratificación del nuevo texto Constitucional. Estimamos que la Constitución no representa una fuente formal del Derecho adecuada para agotar la regulación de la acción.

En cuanto a los plazos para ejercer la acción de protección, debieran establecerse en días hábiles con el objeto de hacerlos menos perentorios, especialmente a contar de la manifestación concreta de los efectos del acto u omisión ilegal base, y previendo en forma expresa una regla más flexible para el cómputo ante omisiones o actos ilegales de efectos continuados. Ello, sin perjuicio de encomendar al legislador la regulación del procedimiento aparejado a la tramitación de la acción constitucional.

III.3. Diferencias que existen actualmente entre la acción de protección en materia ambiental con el recurso de protección respecto de otras garantías

PROTECCIÓN (sin isapre) Ingresadas	8.773	5.652	5.305	14.289	20.464	54.483		
PROTECCIÓN (sin isapre) Terminadas	4.174	4.791	5.125	11.499	10.863	36.452		
PROTECCIÓN (sin isapre) Inadmisibles	1.162	1.602	1.361	1.840	2.523	8.488		
Tasa de Término	48%	85%	97%	80%	53%	67%		
Tasa de Inadmisibilidad	13%	28%	26%	13%	12%	16%		
% Inadmisibles sobre terminadas	28%	33%	27%	16%	23%	23%		

⁴⁸ Véase, entre otros, el proyecto Boletín N°10.553-17.

⁴⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.



Como hemos señalado *supra*, la primera vez que nuestro ordenamiento jurídico consagró de manera expresa la protección del medio ambiente y, en particular, el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber correlativo del Estado de velar porque este derecho no sea afectado, fue en el Acta Constitucional No. 3 de 1976. Sin embargo, se excluyó esta garantía entre los derechos susceptibles de ser protegidos por la acción de protección. En otros términos, existió un reconocimiento como derecho fundamental, pero sin un adecuado mecanismo jurisdiccional para su resguardo efectivo.

Con posterioridad, la CPR recogió esta garantía y la incluyó en su catálogo de derechos fundamentales (art. 19 N° 8). Además, el constituyente se encargó de asegurar su debida protección mediante su inclusión en el art. 20, pero en un inciso distinto al resto de los derechos fundamentales.

De este modo, la procedencia de la acción de protección en materia ambiental contenía requisitos excepcionalmente restrictivos, siendo sus principales diferencias respecto de aquellos comprendidos en el primer inciso del art. 20, las siguientes: **(i)** proceder solo frente actos (no omisiones); **(ii)** de carácter arbitrarios e ilegales (existe un cambio de la conjunción alternativa “o” a una copulativa “e”); **(iii)** que “afecten” el derecho fundamental, vale decir, existencia de un hecho consumado (no procedería ante hipótesis de mera “amenaza⁵⁰”) y **(iv)** sea imputable a una autoridad o persona determinada (requiere la identificación de un individuo, si no existe singularización no tiene lugar el recurso).

Luego, en el año 2005, la Ley N° 20.050 reformó la CPR para incluir la omisión como acto antijurídico, y eliminar el vocablo arbitrario⁵¹, manteniendo el resto de las limitaciones expuestas *supra*.

A partir de esta última reforma y de la mano con la evolución jurisprudencial y doctrinaria, podría estimarse que la acción cautelar de protección en materia ambiental gozaría de similares características respecto del resto de los derechos fundamentales. No obstante, persisten dos diferencias que suponen un tratamiento excepcional frente a la conculcación del derecho fundamental: (i) solo puede fundarse en la ilegalidad del acto u omisión; y (ii) imputable a persona determinada.

⁵⁰ Aunque es discutido por sectores de la doctrina y jurisprudencia. Véase *Bordali Salamanca, Andrés*, Litigación Ambiental. 2019. p. 186 y 187. También Véase *Bertelsen, Raúl*, “Informe en Derecho. Facultades de CONF y Contaminación de Aguas de un Lago”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 19 no. 3. 1992. p. 569 y siguientes.

⁵¹ Legisladores estimaron que la ilegalidad es comprensiva de la arbitrariedad (Biblioteca del congreso nacional, 2005. —c. Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica. p. 177, 179.)



En consecuencia, equiparar la procedencia de la acción de protección ambiental a la regla general supondría permitir que también proceda en caso de actos u omisiones arbitrarias y sin imputación alguna a un determinado sujeto. Este último requisito implica que ante eventos o situaciones donde existe responsabilidad difusa, o bien, no se cuenta con certeza sobre la fuente específica de los agentes contaminantes, no es posible obtener tutela jurisdiccional por esta vía.

Si bien este requisito marca una diferencia frente a las otras garantías, estimamos que puede no ser conveniente modificarlo, pues podría incentivar su uso frente a situaciones que no tendrán por fin reestablecer el imperio del derecho y dar debida protección al afectado, porque no será posible, por ejemplo, ordenar el cese de las acciones contaminantes si no se conoce quien las provoca.

Por lo demás, en la actualidad, las actividades económicas riesgosas para el medio ambiente se encuentran altamente reguladas y, por lo tanto, buena parte de las acciones de protección ambiental se dirigen en contra de actos de autoridades administrativas, especialmente, respecto de los pronunciamientos del Servicio de Evaluación Ambiental sobre proyectos y actividades sometidos a su aprobación, por lo que el sujeto pasivo de la acción, en la mayoría de los casos, se hallaría determinado. Igual cosa ocurre con el Ministerio del Medio Ambiente, en cuanto a su potestad normativa o interpretativa, o con la Superintendencia del Medio Ambiente, en cuanto a su potestad fiscalizadora y sancionadora.

III.4. Compatibilidad de la acción constitucional de protección con acciones especiales ante los Tribunales Ambientales

Antes de la creación de la nueva institucionalidad ambiental en Chile con sus respectivos Tribunales Ambientales especializados, el espacio procesal del recurso de protección era mucho más claro. Se trataba de un instrumento eficaz para resguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sin embargo, después de más de una década, el panorama es diferente ya que existen numerosas acciones de reclamación que la legislación ambiental otorga a las personas para deducir ante los Tribunales Ambientales, con facultades para dictar toda clase de medidas cautelares, y que son paralelas al recurso de protección.⁵²

En este contexto, se ha presentado la problemática jurídica de determinar cuándo procede la acción de protección y cuándo debe discutirse el asunto en sede especializada ambiental. En teoría, no debiese existir una incompatibilidad *per sé* entre el ejercicio del recurso de protección y el ejercicio de acciones especiales en sede ambiental, por cuanto la acción de protección es

⁵² *Fernandois V., Arturo, y Chubretovic A., Teresita, "El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)", Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N°1, pp. 61 - 90 (2016), p. 67.*



eminentemente cautelar, mientras que las acciones en sede ambiental buscan –generalmente– discutir el fondo de la controversia, adjudicando derechos para las partes en base a criterios técnicos. Sin embargo, en la práctica, el problema se presenta –muchas veces– cuando se busca un pronunciamiento sobre el fondo de una controversia ambiental a través de la acción de protección, toda vez que en dicho escenario el recurrente solicita una decisión de las Cortes respecto del fondo de una disputa técnica, no contando ellas con el conocimiento ni las herramientas idóneas para conocer de este tipo de materias, máxime si éstas conocen de la controversia con ocasión de un procedimiento breve que no ofrece garantías procesales suficientes.⁵³

A este respecto, se ha planteado también que el conocimiento de conflictos ambientales mediante el recurso de protección ha devenido en el *control de legalidad* por parte de la Corte Suprema de materias entregadas a tribunales especiales por mandato legal, deformando así la naturaleza cautelar de la acción de protección.⁵⁴ Se ha criticado, también, que, al hacer la Corte Suprema un control intenso del procedimiento administrativo en cuyo seno se ha dictado el acto impugnado, ésta iría más allá de sus atribuciones constitucionales, vulnerando el *principio democrático*, al excederse de las facultades que la Constitución y las leyes le han entregado.^{55/56}

⁵³ Mendoza Villalobos, Tomás, “Recurso de Protección Ambiental: Jurisprudencia Reciente (2017)”, Latin American Legal Studies, Volumen 4 (2019), pp. 107-142, p. 113.

⁵⁴ Ibídem, P. 125-126.

⁵⁵ Ibídem, P. 130-131.

⁵⁶ Cabe señalar que, uno de los principales problemas del recurso de protección como sucedáneo de las acciones contencioso-administrativas, según explica el profesor Ricardo Irrarrazaval, citando al efecto a los autores nacionales Andrés Bordalí, Iván Hunter, y Pedro Pierry, es que no ha sido concebido para satisfacer esa necesidad y, en consecuencia, tiene graves restricciones probatorias y procedimentales, distando bastante de los estándares mínimos del debido proceso, cooptando en definitiva la posibilidad de efectuarse un control jurisdiccional de la actividad administrativa fundado en sólidos antecedentes. Dicha situación reviste especial gravedad al considerar lo que exponía el ex ministro de la Corte Suprema, Pedro Pierry, en el sentido que: “(...) este recurso ha sustituido en la práctica el contencioso-administrativo, interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas. A través de este recurso, los tribunales ordinarios han ampliado el ámbito del control jurisdiccional a límites insospechados, llegando incluso al control de la actividad discrecional de la Administración”⁵⁶

Por su parte, respecto de los tribunales competentes, una vez que entraron en funcionamiento los Tribunales Ambientales en virtud de la Ley 20.600, la Corte Suprema señaló: “(...) es ante esa jurisdicción especial y por esa vía entonces donde debe intentarse por la invalidación de una resolución de calificación ambiental.” Por ello, el control de legalidad de una Resolución de Calificación Ambiental, recae en los Tribunales Ambientales, regla que por cierto no es absoluta, pues nuestro máximo tribunal ha señalado que ello ocurrirá de esa forma siempre que no se afecte un derecho fundamental.

En relación a esto último, nuestra Corte Suprema ha considerado en atención al deber de inexcusabilidad de los tribunales, que: “la acción constitucional de Protección es compatible con el ejercicio de otros derechos y por las vías pertinentes, impone a la jurisdicción emitir decisión respecto del recurso planteado, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico ninguna materia está exenta de acción ante los tribunales ordinarios o especiales, según corresponda, pero ello no es obstáculo para requerir de la jurisdicción el amparo de las garantías constitucionales cuando corresponda, como ocurre en el caso de autos.

Además, indica el fallo, las normas constitucionales hacen procedente la acción de protección para toda afectación a las garantías fundamentales que requiera de un pronunciamiento rápido para que no se mantenga el actuar ilegítimo, a lo cual, en el caso de autos se une el hecho que la materia medioambiental ha sido reconocida en su importancia fundamental para la humanidad en el ámbito nacional e internacional, que se rige por los principios preventivos y precautorio, que impone la protección ante la posibilidad que se produzca la afectación ilegítima y precisamente para que el daño no llegue a concretarse”.⁵⁶



Pues bien, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la Corte Suprema ha sido vacilante en sus fallos. En efecto, variadas y recientes sentencias de ella no permiten colegir una hipótesis consistente sobre la pertinencia procesal del recurso de protección en asuntos ambientales. Esto ha generado numerosos problemas como los descritos anteriormente y, en la práctica, una dificultad de hacer una estimación razonable de previsibilidad en uno y otro caso.

La multiplicación de conflictos relacionados con proyectos u operaciones que impactan el medio ambiente hace urgente contar con la seguridad jurídica suficiente para determinar el sitio preciso, predecible, armónico y procesalmente prolijo para el recurso de protección en esta zona del derecho.⁵⁷

Sin embargo, como ha remarcado parte de la doctrina, en materia ambiental existen atendibles razones para pensar que el mismo estándar amplio usado en materia de vulneración de derechos fundamentales está siendo utilizado en la revisión de las actuaciones de los Tribunales Ambientales, aun cuando el legislador haya optado por intentar acotar esta última, y que –más allá de las diferencias por la diversa naturaleza entre el recurso de protección y el recurso ante el revisor judicial especializado– ellos serán considerados bajo un prisma similar⁵⁸.

Para solucionar este problema asociado a los factores descritos, incluyendo la falta de deferencia de la Corte Suprema –tanto con la Administración como con el revisor judicial especializado–, algunos autores han planteado ciertos criterios para distinguir si la acción de protección debe ser admitida a tramitación y acogida, como por ejemplo: *inavocabilidad técnica*, *urgencia cautelar*, *deferencia institucional*, *derechos indubitados*, *densidad típica*, *reserva legal estricta* y *rango valorativo del ilícito*.⁵⁹

Asimismo, algunos proponen que el recurso de protección en materia ambiental sea una acción subsidiaria de la competencia de los Tribunales Ambientales, sustrayéndolo de la regla de que procede el recurso de protección sin perjuicio de los demás derechos que se pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes, de forma tal, que solo proceda si no es de aquellas materias que son de competencia de los Tribunales Ambientales. Otros en cambio argumentan que lo anterior no va a ocurrir, porque el recurso de protección cautela garantías de carácter constitucional, mientras los tribunales ambientales revisan la legalidad, por lo que sería posible que convivan dos acciones sobre un mismo hecho.

⁵⁷ Fermandois y Chubretovic, “*El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)*”, p. 62.

⁵⁸ Tapia C., Javier, y Cordero V., Luis, “*La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*”, Estudios públicos, 139 (invierno 2015), pg. 60.

⁵⁹ Fermandois y Chubretovic, “*El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)*”, p. 85 y s.



Al respecto, dado que esta concurrencia de acciones paralelas (recursos de protección, denuncias a la SMA, demandas por daño ambiental, etc.) genera, muchas veces, incertidumbre y superposición, se propone establecer reglas que permitan compatibilizar el recurso de protección de naturaleza ambiental con la existencia de acciones especiales ante los Tribunales Ambientales, pero evitando la concurrencia de acciones paralelas, dándole prioridad a la judicatura especializada. A este respecto -y a modo de ejemplo- una fórmula que puede ser analizada, es la que propone el profesor Jorge Femenías:

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, y siempre que la materia no haya sido entregada al conocimiento y juzgamiento, por cualquier vía, de los tribunales ambientales.”⁶⁰

III.5. Titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

Actualmente existen dos posturas respecto a quienes pueden ser titulares del derecho consagrado en el art. 19 N°8 CPR.

La primera postura sostiene que solo podrían ser titulares de este derecho las personas naturales. En este sentido, Jorge Bermúdez señala que “*que el derecho tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres*”⁶¹. El mismo autor agrega que “*el origen del derecho en cuestión, este se encuentra en la propia naturaleza humana, es decir, es consustancial a la humanidad, al carácter de hombre y mujer, un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.*”⁶². Así, para este autor, las posibilidades de amparo judicial de este derecho requieren como presupuesto que exista una afectación en el derecho de una persona natural. No obstante, existen diversos fallos de nuestros Tribunales Superiores donde se ha admitido la posibilidad de que el recurso sea interpuesto por personas jurídicas o por comunidades, en la medida que estas entidades “*recurran en favor de las personas naturales que integran y conforman*”⁶³. En esta línea, Liliana Galdámez ha afirmado que “*la doctrina ha entendido que el uso de la expresión vivir no incluiría a las personas jurídicas, que no tendrían legitimación activa para recurrir a través del recurso de protección. Sin embargo, una persona jurídica podría eventualmente recurrir de protección en representación de los intereses de la comunidad*”⁶⁴. De la misma forma, respecto de las personas jurídicas, Jorge Bermúdez señala: “*Evidentemente, podrán recurrir en*

⁶⁰ Véase <https://www.paiscircular.cl/medio-ambiente/el-derecho-a-vivir-en-un-medio-ambiente-libre-de-contaminacion-ideas-rectoras-de-cara-a-una-nueva-constitucion/>

⁶¹ Bermúdez Soto, Jorge, “El derecho a vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XXI. Valparaíso, 2000, p. 2.

⁶² *Ibid.* p. 3.

⁶³ CA de Temuco / Rol 325-2014 / sentencia de fecha 06-05-2014.

⁶⁴ Galdámez Zelada, Liliana. “Medio Ambiente, Constitución y Tratados en Chile”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLX, núm. 148, enero-abril de 2017, p. 135.



*representación del titular del derecho afectado, pero ello es consecuencia de la aplicación de las normas del Derecho común y no de que sean titulares del derecho subjetivo*⁶⁵.

Por otro lado, existe una segunda postura que sostiene que las personas jurídicas sí pueden ser titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, existiendo fallos recientes que la apoyan: *“Que, si bien, la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es una cuestión debatida por la doctrina, a partir del enunciado inicial del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto los derechos allí mencionados se garantizan “a todas las personas”, así como de la legitimación activa genérica del artículo 20 (“...el que...”) y de la regla de no distinción traspasada del derecho civil – allí donde el legislador no ha distinguido, no es lícito al intérprete distinguir–, la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha sostenido el criterio de que los derechos contenidos en la primera de las normas citadas deben ser reconocidos, dentro de sus posibilidades, al menos dentro del contexto del recurso de protección, a las personas jurídicas, en general, opinión que este Tribunal de alzada comparte*⁶⁶. El año 2019, la Corte Suprema falló en esta misma línea, pero incluyendo además la determinación de cuál era el objeto de la persona jurídica que interpone el recurso de protección: *“Que, conforme a lo razonado hasta aquí, en la especie no se divisan razones formales o sustantivas para concluir que las personas jurídicas de derecho privado y sin fines de lucro que comparecen en autos se encuentran impedidas de ejercer la acción constitucional de protección invocando la garantía del artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, más aún si se considera que uno de los propósitos declarados de la Corporación y Fundación reclamantes es la protección y preservación del medio ambiente*⁶⁷. En esta misma línea, Jorge Ossandón ha señalado que *“La clave para otorgar titularidad respecto de este derecho a personas jurídicas radica en determinar si posee, como un elemento de su esencia, alguna conexión con el medio ambiente, de forma tal que sin un medio ambiente sano no sirva ya a los fines propios para lo cual fue creada, decayendo todo su propósito y actividad. Así, el ordenamiento jurídico – constitucional debe entregarle algún tipo de protección para defenderse ante un ataque a la esencia de su existencia como persona jurídica. Creemos que la respuesta a esta protección es la titularidad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*⁶⁸. Para explicar esto a la luz del ordenamiento jurídico actual, el autor utiliza una interpretación amplia de los términos bajo los que se encuentra regulado el derecho en cuestión. Para el autor, *“el término ‘vivir’ al igual que se ha interpretado el término libre de contaminación, implique una visión amplia, no solo del vivir humano físico, ni de la evolución actual como ‘calidad de vida’, sino como situarse en un lugar determinado desarrollando actividades y generando múltiples interacciones*

⁶⁵ Bermúdez Soto, Jorge, “El derecho a vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XXI. Valparaíso, 2000,. p.2. En idéntico sentido, y citando al profesor Bermúdez, se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de San Miguel en los roles 159-2016, 166-2016 y 171-2016, todos de fecha 18-05-2016.

⁶⁶ CA de Valparaíso / rol 3250-2015 / 07-10-2015. En este mismo sentido, Corte Suprema / rol 12808-2019 / 05-06-2019, donde se resolvió: *“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 asegura el artículo 19 N°8 del texto fundamental”*.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Ossandón Rosales, Jorge, “Garantías fundamentales de las personas jurídicas. ¿Titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación?”. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Volumen 83, 2015, p. 125.



*en el entorno. En el caso de las personas jurídicas esta serie de actividades e interacciones deben estar relacionadas con alguna finalidad ligada al medio ambiente*⁶⁹.

En relación con este último punto, se ha discutido si las municipalidades pueden ser consideradas legitimados activos del art. 19 N°8, especialmente teniendo en consideración que la Ley Orgánica de Municipalidades les encomienda, en la forma de función compartida (art. 4° letra b), la protección del medio ambiente. Al respecto, existen fallos de la Corte Suprema que han resuelto que la Municipalidad no es legitimado activo para interponer un recurso de protección ambiental, señalando que las facultades ambientales que se contemplan en la citada ley son más bien de orden administrativo⁷⁰.

Más allá de esta precisión que se ha hecho respecto de las municipalidades, podría decirse que la tendencia de la jurisprudencia apunta a considerar una titularidad más amplia respecto del recurso de protección en materia ambiental, aunque no tan amplio como en otros países latinoamericanos. Por ejemplo, en Ecuador se incluye a la naturaleza como sujeto de derechos, lo que ya se vio reflejado a nivel nacional con el nuevo proyecto de ley que “Modifica la Carta Fundamental, para reconocer, consagrar y garantizar la protección de los derechos de la Madre Tierra”⁷¹. Sin embargo, al respecto, parecen interesantes algunas de las conclusiones de Nicolás Hernández, quien es de la opinión de que: “*consagrar un sistema de protección al estilo ecuatoriano sería extraño y forzado*”. En su opinión, establecer una protección constitucional del medio ambiente de este tipo debe ser una decisión sincera y consensuada con toda la población, lo cual parece lejano en nuestro país. Los cambios constitucionales deben reflejar la idiosincrasia de una nación y no al revés, pues cambios de este calibre requieren de un progreso cultural previo que anteceda su consagración jurídica.⁷²

Considerando todo lo anterior, se propone analizar la conveniencia de ampliar a titularidad derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (o la garantía que se acuerde en definitiva) a las personas jurídicas, incluyendo expresamente a las municipalidades.

IV. Recursos Naturales

⁶⁹ *Ibíd.* p.125 y 126

⁷⁰ Corte Suprema / Rol 5.888 -2019 / 28-05-2019: “*Refrenda la anotada conclusión la circunstancia de que, aun cuando el artículo 4 de la Ley N°18.695 prescribe que las "municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: [...] b) La salud pública y la protección del medio ambiente", tal atribución dice relación exclusivamente con las facultades de orden administrativo que la ley reconoce a los municipios, tales como la proposición y ejecución de medidas relacionadas con el medio ambiente o la aplicación de normas ambientales, sin que se pueda entender que se extiende o abarca la legitimación necesaria para deducir acciones ante los Tribunales de Justicia de manera genérica e innominada, sobre todo cuando se excluye la procedencia de acciones populares.*”

⁷¹ Boletín n° 14205-07.

⁷² Hernández Araya, Nicolás, “Protección constitucional del medio ambiente: análisis comparado entre Chile y Ecuador”. Revista de Derecho Ambiental de la ONG Fima, 2016. p. 64-71.



IV.1. Tratamiento en las Constituciones y Código de Aguas anteriores en Chile

Dentro de los recursos naturales cabe referirse, en primer lugar, a las aguas, las cuales han adquirido un rol protagónico en los últimos años no solo por su rol esencial para la vida sino por su severa disminución en cuanto a disponibilidad en fuentes naturales y artificiales. Nuestro actual sistema normativo no confiere ni otorga prioridades en su uso, por tanto, el consumo humano (alimentos, bebidas y saneamiento), las actividades económicas y el cuidado al ecosistema compiten en igualdad de condiciones frente a la crisis hídrica. Por otro lado, el acceso al recurso hídrico se ha vuelto cada vez es más complejo, no existiendo, a la fecha, una respuesta única frente a la problemática.

A nivel constitucional, históricamente en Chile las aguas no han tenido un rol preponderante a diferencia de otros recursos naturales, como las sustancias minerales. Así, por ejemplo, antes de la reforma del año 1967 a la Constitución Política del Estado de 1925, no existía remisión a los derechos respecto de las aguas⁷³.

Ahora bien, la mentada reforma -que fue el antecedente previo a la reforma agraria que se trata *infra*- hizo mención expresa a las aguas⁷⁴ modificando sustancialmente el tratamiento normativo de ellas. Con posterioridad, en el Acta Constitucional No. 3 aprobada por el DL No. 1552 de 13 de septiembre de 1976, se estimó que no existía necesidad de hacer referencia a las aguas a nivel constitucional, pues su problema no tenía ese rango, lo cual fue confirmado con el texto del DL 2.603⁷⁵. De este modo, dicha concepción fue reflejada en la CRP de 1980, formando parte de la garantía constitucional del art. 19 N° 24 inciso final, dentro del derecho de propiedad:

“Artículo 19 Constitución.- La Constitución asegura a todas las personas: (...)

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. (...)

⁷³ Aunque podríamos considerar que el art. 10, No. 10 de la CP de 1925 al conferir protección expresa a la propiedad naturalmente el derecho de aprovechamiento de aguas era incorporado.

⁷⁴ Art. 10 No. 10 de la CP: "La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción". Ley 16.615 de 1967 del Ministerio de Justicia.

Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=130884> [Consulta 09 de junio de 2021].

⁷⁵ Art. 1° No. 16 DECRETO LEY 1.552 de 1976 del Ministerio de Justicia: "(...) Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos. Un Estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera. (...).

Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6656> [Consultado 09 de junio de 2021].



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

Como se observa, nuestro actual sistema constitucional, en su artículo 19 se ocupa de establecer los derechos y deberes constitucionales, pero no contiene referencia alguna al agua como recurso hídrico de propiedad del Estado o a su uso, como derecho humano, sino que solo la menciona a propósito de la protección de los derechos de aprovechamiento de aguas (“DAA”) que, a su vez, se tienen sobre el recurso hídrico. No obstante, podemos encontrar la protección del agua -como recurso hídrico- de forma indirecta, a propósito de otros preceptos como el derecho a la vida o la protección de un medio ambiente libre de contaminación.

Así las cosas, se concluye que el derecho al agua tiene un carácter meramente derivativo, pues depende de la interpretación jurídica y alcances de otros derechos ya reconocidos expresamente en la CPR.

Por su parte, el tratamiento de las aguas a nivel legal se remonta a una larga data. Sin embargo, uno de los primeros cuerpos normativos que sistematizó el tratamiento de las aguas es el Código de Aguas (CA1951) del año 1951. Dicho cuerpo legal entregaba una definición de DAA en su art. 12: “*El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas en conformidad a las reglas que prescribe este Código*”. De este modo, este estatuto jurídico mantiene una diferencia histórica entre las aguas públicas-respecto a las cuales se otorgaban DAA- y privadas, estas últimas de carácter reducido y de hipótesis específicas, pues se buscaba mayor control por parte del Estado respecto de su concesión.

Sobre las aguas de dominio público, el CA1951 establecía que los particulares podían adquirir DAA por medio de una merced facultándolos para usar, gozar y disponer de las aguas. Sin embargo, no era un derecho de libre aplicación, pues solo podía ser utilizado para los fines respecto de los cuales había sido concedido. Por otra parte, tampoco detentaba el carácter de perpetuos, dado que podía extinguirse el derecho en los casos establecidos en la ley ante incumplimiento de obligaciones del titular (causales de caducidad).

Con posterioridad, el CA1951 fue modificado por la Ley de Reforma Agraria No. 16.640 (“**Reforma Agraria**”), dando origen a un nuevo Código de Aguas de 1967 – 1969. Así, la Reforma Agraria declaró que el DAA era un derecho real administrativo^{76/77}, con una reglamentación a favor de la colectividad y usos más beneficiosos, pudiendo el particular ser titular del mismo y conservarlo, en la medida que se cumpliera con la finalidad para la cual fue concedido. A mayor abundamiento, con la Reforma Agraria todas las aguas pasaron a ser

⁷⁶ Art. 12 Código de Aguas disponía: “ *El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo, que recae sobre las aguas y que consiste en su uso, con los requisitos y en conformidad a las reglas del presente Código.*”

⁷⁷ Esta acepción implicaba que el DAA recaía sobre bienes nacionales de uso público, es decir, de propiedad del Estado, por lo que su titular carecía de las facultades de gozar y disponer libremente del derecho otorgado.



públicas, para lo cual fue necesario expropiar derechos que, hasta ese entonces, eran de dominio particular, procediéndose a las indemnizaciones bajo ciertas hipótesis.

Con la entrada en vigencia de la Reforma Agraria caducaron todos los gravámenes constituidos sobre los DAA de particulares. Se estableció expresamente la prohibición de adquirir por prescripción el dominio de las aguas o el derecho a utilizarlas e incluso se incorporaron numerosas causales que provocaban la caducidad del DAA, algunas de ellas imputables exclusivamente a su titular y otras supeditas a causas de interés público, como el mejor uso o empleo de las aguas.

Por consiguiente, podemos concluir que la Reforma Agraria tuvo un marcado acento intervencionista, donde el Estado adquirió un rol protagónico en el otorgamiento y el uso de las aguas, concediendo derechos a los particulares solo si lo necesitaban, bajo sanción de caducidad en caso de controvertir lo dispuesto por la autoridad. Sin ir más lejos, si existían varias solicitudes respecto de un mismo caudal, el problema en principio se resolvía a favor de quienes necesitaran aguas con fines prioritarios y era la autoridad la encargada de dirimir.

El paradigma consagrado en la Reforma Agraria fue cambiado completamente con el Código de Aguas de 1981 (CA1981) que, acorde a las directrices de la CPR, reformuló la naturaleza jurídica del DAA e inició un proceso tendiente a regularizar y retornar a las instituciones previas a la referida reforma. Así, se procedió a separar la tierra y las aguas⁷⁸, y se reestableció la comercialidad de los DAA sin contemplar causales de extinción al momento de su otorgamiento o imponiendo usos específicos al recurso hídrico.

Esta legislación está cimentada en la teoría económica de libre mercado y con un Estado subsidiario. Se mantuvieron las aguas como bienes nacionales de uso público, pero solo a nivel legal⁷⁹. No obstante, el Estado puede permitir a los particulares el uso y aprovechamiento de recursos naturales de dominio público, entre ellos las aguas, a través de los denominados DAA.

En este contexto, existe otro tipo de recursos naturales que son entregados a los particulares para su explotación como es el caso de las sustancias mineras por medio de “*concesiones mineras*”, mientras que en el caso del recurso hídrico se denominan “DAA”. Así, es respecto de estos DAA que la Constitución reconoce el derecho de propiedad privada de los particulares.⁸⁰

Bajo este diseño, por regla general, para poder usar y gozar del recurso hídrico, se requiere ser dueño -o tener algún otro tipo de derecho- sobre un DAA, que generalmente es otorgado por acto de autoridad, o por el sólo ministerio de la ley, como el caso regulado en el art. 56 del

⁷⁸ En otros términos, el dueño de un predio puede no ser propietario de los DAA que son utilizados en dicho terreno para regar, por ejemplo.

⁷⁹ Así establece actualmente el art. 595 del Código Civil: “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.*” En el mismo sentido, señala el art. 5° del Código de Aguas: “*Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código.*”

⁸⁰ Hervé, Dominique y López, Gianni, “El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución”, p.12



CA 1981⁸¹ que permite cavar en suelo propio pozos para extraer agua solo para bebidas y uso doméstico. Asimismo, cabe hacer presente que existe un gran número de DAA originados por prácticas de hecho o usos consuetudinarios que la legislación actual también reconoce.

Actualmente, al establecerse un derecho de propiedad sobre los DAA, se derivarían, entre otras, las siguientes consecuencias:

- Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad sobre estos DAA, y de usar, gozar y disponer de ella.
- Pueden establecerse limitaciones a su ejercicio que deriven de su función social, esto es, basada en los intereses generales de la nación, la utilidad y salubridad pública, la seguridad nacional o la conservación del patrimonio ambiental.
- El titular adquiere estos DAA, generalmente por acto de autoridad,⁸² y puede transferirlos libremente. Asimismo, son adquiridos a perpetuidad, porque actualmente no se contempla alguna causal de caducidad o de extinción de los mismos.⁸³
- Para que un particular pueda ser privado de su propiedad sobre los DAA (o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio), ello debe ser realizado en virtud de ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional. Asimismo, podrá reclamar de dicha expropiación y tendrá siempre derecho a ser indemnizado por los daños.⁸⁴
- Los actos u omisiones arbitrarias o ilegales que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de derecho de propiedad sobre los DAA, pueden ser reclamados mediante la acción constitucional de protección ya analizada *supra* (art. 20 inc.1° CPR).

IV.2. Derecho humano al agua

En relación con el agua, uno de los temas dentro de las propuestas a incluir en la nueva Constitución, es si consagrar o no el denominado “derecho humano al agua”. Para resolver esta

⁸¹ Art. 56 Código de Aguas: “Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo.

Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación.”

⁸² Existe también un gran número de derechos de aprovechamiento originados por prácticas de hecho o usos consuetudinarios, los que pueden ser regularizados judicialmente.

⁸³ Sin perjuicio de casos excepcionales de remate de los mismos, en caso de no pago de patentes por no uso.

⁸⁴ “24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. (...)

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. (...).”



pregunta consideramos relevante atender a su regulación en el Derecho Comparado y a las consecuencias prácticas que implicaría su reconocimiento constitucional.

Respecto de lo primero, cabe tener presente que prácticamente en la totalidad de las Constituciones europeas no existe un reconocimiento explícito de derechos humanos al agua y/o saneamiento, salvo en Eslovenia⁸⁵. Luego, un número importante de Constituciones, como la de Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Noruega y Suecia, entre otras, no hacen mención específica al agua. Sin embargo, la mayoría de las Constituciones europeas establecen preceptos genéricos sobre los recursos naturales, tal como en Alemania⁸⁶, España⁸⁷, Finlandia⁸⁸, Hungría, Irlanda, Noruega, Suiza y Suecia, entre otras, y en algunas de éstas se menciona la naturaleza jurídica del agua.⁸⁹

Por el contrario, sí se encuentra un reconocimiento al derecho fundamental al agua en algunas Constituciones latinoamericanas, especialmente en la de Ecuador (2008)⁹⁰, Bolivia (2009) y en la reforma constitucional de Uruguay (2004).

⁸⁵ En Eslovenia donde está consagrado en los siguientes términos: “Article 70a [Right to Drinking Water]. *Everyone has the right to drinking water.*

Water resources shall be a public good managed by the state.

As a priority and in a sustainable manner, water resources shall be used to supply the population with drinking water and water for household use and in this respect shall not be a market commodity

The supply of the population with drinking water and water for household use shall be ensured by the state directly through self-governing local communities and on a not-for-profit basis.”

⁸⁶ Señala la Ley Fundamental de Alemania en el art 20 A: “[Protección de los fundamentales naturales de la vida y de los animales]: El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.”

⁸⁷ Así por ejemplo, en la Constitución de España se establece lo siguiente:

“Artículo 45. [...] 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

“Artículo 132. 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.

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 y la plataforma continental. [...]”

⁸⁸ Así por ejemplo, señala la Constitución de Finlandia:

“Section 20. Responsibility for the environment

Nature and its biodiversity, the environment and the national heritage are the responsibility of everyone. [...].”

⁸⁹ Según el estudio realizado por el Centro de Derecho y Gestión de Agua UC (CDGA). “El agua en las Constituciones de Europa”, *Huella Hídrica* N.24, marzo, 2021.

⁹⁰ Así por ejemplo, en el caso de Ecuador, este derecho se reconoce a partir del del concepto de *sumak kawsay*, o buen vivir, «como principio ético basado en la reciprocidad», que incluye un capítulo completo referido a los derechos del buen vivir, en el que la vinculación con el derecho humano al agua se hace explícita.

“En esta línea se eleva el derecho al agua al carácter de fundamental e irrenunciable (artículo 12), ya que le otorga la condición de ‘patrimonio nacional estratégico de uso público’ fundamental para la vida. Continuando con los derechos del buen vivir, hace explícita la relación entre el derecho a la salud, que debe garantizar el Estado, con el ejercicio y goce del derecho al agua (artículo 32) y el ambiente sano, entre otros. Por otra parte, refiriéndose a los elementos constitutivos del Estado, son ‘deberes primordiales’ el garantizar sin discriminación el goce de los derechos para sus habitantes, entre los cuales se menciona expresamente el derecho al agua (artículo 3, número 1).”

Por su parte, la gestión única del agua la tiene una unidad de la Administración del Estado que planifica y gestiona dicho recurso, y que debe respetar el orden obligatorio de prelación y preponderancia entre los distintos usos posibles: consumo humano, riego para soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, que deben contar con los respectivos derechos de



En Chile, bajo la actual regulación y en base a tratados internacionales ratificados por el país⁹¹, en al menos en dos sentencias recaídas en acciones constitucionales de protección, la Tercera Sala de la Corte Suprema ha concluido que⁹²: *“toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones.”*⁹³

Estas sentencias, conforme a las directrices entregadas por la Organización Mundial de la Salud (“OMS”), consideran que el derecho al agua se debe garantizar respecto de tres aspectos:

- a) Disponibilidad: El abastecimiento de agua ha de ser continuo y suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas de la persona. La OMS ha señalado que esto supone entre 50 y 100 litros de agua por persona.
- b) Calidad: El agua debe ser salubre y exenta de sustancias que puedan implicar un riesgo para la salud.
- c) Accesibilidad: Las personas deberían acceder al agua en condiciones de igualdad y no discriminación. Además, las fuentes de agua han de estar a una distancia razonable, lo que en concepto de la OMS supone una distancia menor a mil metros del hogar y treinta minutos en tiempo de traslado^{94/95}.

Lo anterior lleva a analizar si regular o no a las aguas en la nueva Constitución, o bien dejarlo como competencia del poder legislativo.

En caso de que se optara por regular el uso del agua a nivel constitucional, debería consagrarse ciertos aspectos mínimos, como su naturaleza jurídica (bien nacional de uso público, bien de dominio público, u otro).

Una postura mayoritaria es que la nueva Constitución debe establecer que las aguas terrestres, todas ellas, sean superficiales o subterráneas, son bienes del dominio público (en el lenguaje que actualmente se consagran en nuestro Código Civil como Bienes Nacionales de Uso Público),

aprovechamiento de agua (artículo 318). Véase Pulgar Martínez, Antonio, “Derecho humano al agua y al saneamiento y su relación con la protección del medio ambiente”, p.111-2.

⁹¹ Por ejemplo, en el art. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que al garantizar el derecho a la vida, desarrolla la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de “vida digna”, que incluye el derecho de acceso al agua.

Asimismo, se menciona el reconocimiento que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la Organización de las Naciones Unidas, que ha señalado que los Estados tienen el deber de establecer garantías destinadas a impedir que terceros, incluidos agentes no estatales, menoscaben o pongan en peligro en modo alguno el disfrute del derecho al agua.

⁹² Las sentencias referidas son: sentencia de la Corte Suprema de fecha 18 de enero de 2021, rol N° 72.198-2020, conocida como “Caso Nogales” y la sentencia de la Corte Suprema del 6 de agosto de 2020, rol 1348-2020, conocida como “Caso Petorca”.

⁹³ Considerando Noveno, Sentencia de la Corte Suprema de 18 de enero de 2021, rol N° 72.198-2020.

⁹⁴ Considerando Octavo, Sentencia de la Corte Suprema de 18 de enero de 2021, rol N° 72.198-2020.

⁹⁵ Cabe hacer presente que estos criterios se mantienen respecto de la dimensión del saneamiento del agua, que tiene por objeto que existan las condiciones necesarias para asegurar el aseo personal, la higiene del hogar y la evacuación de excretas humanas, de manera de otorgar un servicio seguro a la población, libre de aguas contaminadas. Véase Pulgar Martínez, Antonio, “Derecho humano al agua y al saneamiento y su relación con la protección del medio ambiente”, p.104.



esto es, que pertenecen a todos los chilenos y su uso debe propender al interés general.⁹⁶ Además, algunos sostienen que el Estado atribuciones para limitar su uso en atención a los usos prioritarios y el derecho humano al agua.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que es necesario que existan derechos de aprovechamiento de aguas, concesiones, u otros títulos habilitantes, respecto de los cuales los privados tendrán un derecho de propiedad, y que les permitan poder utilizar dichas aguas para distintas actividades, como elaboración de alimentos y bebidas, agricultura, energía, servicios sanitarios, minería, entre otros; sin perjuicio de las características que se definan en relación al mismo respecto al modo de adquirirlos, plazo y protección de dichos títulos, entre otros aspectos.

Al respecto, algunos proponen que estos derechos o títulos habilitantes tengan el carácter de temporales, revocables, con destino definido, causales de caducidad y onerosos. Asimismo, sostienen que deberían estar sujetos a las prioridades de uso consistentes en: (i) uso humano para bebidas y servicios sanitarios; (ii) elaboración de alimentos y (iii) mantención de los ecosistemas, con preferencia a las actividades productivas. Además, consideran que la ley podría establecer impuestos u otros instrumentos que deban pagar quienes hagan uso del agua.

Por otro lado, se sugiere analizar la posibilidad de determinar reservas de agua con un uso no extractivo o ecológico, esto es, para la conservación de la naturaleza y de los ecosistemas, en resguardo de las generaciones futuras,⁹⁷ determinación que estimamos debe quedar entregada al legislador.

Otro tema a analizar es la conveniencia de consagrar deberes para los privados en relación al agua. Actualmente, en materia de aguas y medio ambiente las obligaciones en general están establecidas para el Estado. Dado lo anterior, proponemos analizar las ventajas y desventajas de establecer a nivel constitucional deberes para los particulares y, en general, para cualquier persona, en relación al uso del agua, por ejemplo, en relación a su disponibilidad y calidad, con el objeto de incentivar un uso más eficiente del recurso.

Finalmente, algunos consideran que la nueva Constitución debe recoger las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, y establecer que toda persona tiene el derecho humano de acceso al agua potable y al saneamiento, en condiciones de igualdad y no discriminación, y es deber del Estado garantizarlo, lo cual deberá ser regulado por la ley.⁹⁸

⁹⁶ Jaeger Pablo, “La Constitución del Agua”, en *Columna de Opinión El Mostrador*, <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/06/08/la-constitucion-del-agua/>

⁹⁷ Celume Tatiana, “Agua, Medio Ambiente y Nueva Constitución. Consideraciones Constitucionales del Agua”, en *Reflexiones Constitucionales*, p. 204.

⁹⁸ Jaeger Pablo, “La Constitución del Agua”, en *Columna de Opinión El Mostrador*, <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/06/08/la-constitucion-del-agua/>



En dicho caso, sería importante responder ciertas preguntas respecto a las consecuencias prácticas que tendría dicho reconocimiento:

- a. Quién es el obligado frente a esta garantía y en qué específicamente consiste ese deber.
- b. Cómo puede hacerse exigible este derecho (¿mediante la acción general de protección o mediante alguna acción ante tribunales especializados?);
- c. Qué ocurre cuánto el Estado (u otro actor obligado) no puede asegurar el cumplimiento de este derecho, por ejemplo, por no existir suficiente agua disponible;
- d. Cuál será el rol de los privados frente a este deber, por ejemplo, de las empresas sanitarias;
- e. Finalmente, estimamos indispensable revisar los tratados internacionales ratificados por Chile sobre la materia, de manera de mantener una coherencia normativa.

IV.3. Propiedad minera en la actual CPR

IV.3.1. Debate de la Comisión de Estudio de la CPR sobre propiedad minera

La primera consagración constitucional en materia minera se estableció en 1971 con la reforma a la CPE, a través de la Ley N° 17.450. La CPR, por su parte, regula la materia minera en el art. 19 N° 24 incisos 6° al 10°.

El debate sostenido por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (la CRP de 1980) tuvo un debate previo, marcado por dos posturas contrapuestas:

- **Voto mayoría: dominio eminente del Estado.**
- **Voto minoría, Patrimonialista.** Sistema doctrinario que atribuye al Estado el dominio patrimonial, absoluto, exclusivo e inalienable de la riqueza minera. Se configura de este modo un dominio pleno para el Estado que le permite reservar para sí la explotación de determinadas sustancias, o explotar esta riqueza por medio de terceros a través de concesiones y, en suma, celebrar cualquier acto o contrato respecto de la riqueza minera. La doctrina ofrece diversos fundamentos para este sistema, pero todos ellos apuntan a una idea de interés público: defensa nacional y razones económicas.⁹⁹

De este modo, la discusión que existió puede resumirse de la siguiente manera:

⁹⁹ *Zúñiga Urbina, Francisco*, “Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres)”, *Ius et Praxis* v.11 n.2 Talca 2005.



“En materia de propiedad minera los votos de mayoría y de minoría, fundamentalmente, están opuestos en función de cuál ha de ser la naturaleza de dicha propiedad. Para el voto de mayoría, se mantiene el criterio del Código Civil y del Código de Minería, o sea, el de la propiedad eminente del Estado, que en definitiva se traduce en la propiedad particular, concreta, sobre el yacimiento, del minero que descubre y de sus sucesores a título singular o universal. En cambio, el voto de minoría parte de la base de mantener la idea de la propiedad del Estado sobre todos los yacimientos mineros, sin perjuicio de que al minero, al descubridor, se le otorgue, por la vía judicial —de manera que no sería un derecho administrativo, no sería una concesión—, un derecho subjetivo, cuyo reconocimiento se pueda reclamar por el hecho de haberse cumplido las condiciones preestablecidas por la ley, un derecho para explorar y explotar el yacimiento minero. Es una fórmula que entiende que es parecida a la que el Gobierno ha puesto en práctica tratándose de yacimientos petrolíferos, para los efectos de poder facilitar la venida de capitales extranjeros, sin desprenderse del dominio patrimonial del Estado sobre los yacimientos. A juicio de la minoría, esto es satisfactorio como seguridad para el minero. La mayoría opina, en cambio, que es necesario darle una propiedad de derecho común sobre el yacimiento. El derecho de exploración, especialmente el derecho de explotación, permitiría al minero solamente hacer suyos los materiales que extrajera. Extraídos, pasarían a ser suyos, pero el yacimiento siempre llegaría a ser de dominio del Estado. Claro que por este camino de tanto extraer puede ser que, en definitiva, el yacimiento del Estado prácticamente desaparezca y haya pasado todo el mineral al dominio de los particulares. Pero ése es un desarrollo final de la idea.”¹⁰⁰

IV.3.2. Propuestas del texto sobre dominio minero

En este contexto, el texto sobre **dominio radical o eminente del Estado** propuesto por el voto de mayoría fue del siguiente tenor:

“El Estado es dueño de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, arenas metalíferas, salares, depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, no obstante el dominio de las personas naturales o jurídicas sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas. Pero, toda persona puede catar, cavar y explorar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, y hacerse dueña de las que descubra, todo con los requisitos y bajo las reglas que establezca la ley.

El derecho de exploración y la propiedad minera se constituirán siempre por resolución judicial. Cuando el interés nacional lo exija por ser de importancia preeminente para el desarrollo económico del país, la ley podrá reservar al Estado el derecho exclusivo de explorar y explotar las sustancias que señale. La

¹⁰⁰ 1.25. Sesión N° 169 del 25 de noviembre de 1975, citas disponibles en página 619 historia de la Ley Artículo 19 N°24: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/35474/4/HLArt19N24CPR.pdf>



propiedad minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para cumplir la función social del dominio y el adecuado aprovechamiento de los recursos naturales. El incumplimiento de aquellas obligaciones que la ley sancione con la caducidad, establecidas al momento de constituirse el título, extinguirá el derecho ipso jure o en virtud de resolución judicial.”

Por su parte, el proyecto sobre **dominio patrimonial del Estado** propuesto del voto de minoría era del siguiente tenor:

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendidas en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos líquidos o gaseosos y demás sustancias fósiles, exceptuadas las arcillas superficiales, y con las limitaciones que siguen. Salvo expresa prohibición legal, toda persona puede catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el inciso precedente, y constituir, por resolución judicial, y en conformidad a la ley, el derecho de explorarlas y el de explotar las que descubra haciendo suyos los productos que extraiga.

El Estado sólo puede explorar y explotar las minas cuyo aprovechamiento exclusivo le entregue la ley, sea específica o genéricamente, y aquellas sobre las cuales constituye derecho de exploración o de explotación por resolución judicial, en la forma y con los requisitos que prescriba la ley. La propiedad sobre los derechos mencionados obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para cumplir la función social del dominio y el mejor aprovechamiento de los recursos naturales. El incumplimiento culpable de aquellas obligaciones establecidas al momento de constituirse los derechos que la ley sancione con la caducidad, extinguirá el respectivo derecho sólo en virtud de sentencia judicial.”¹⁰¹

IV.3.3. Principales argumentos de cada posición

Los principales argumentos del voto de mayoría sobre la **posición del dominio eminente** eran:

- (i) Se debe prescindir de normas constitucionales y legales, porque en la minería hay un factor que no existe en las demás industrias: la aleatoriedad.**

“debe prescindir de las normas constitucionales y legales que se vayan adoptando. Este radica en las circunstancias que en la minería hay un factor que no existe en las demás industrias ni aun en la agricultura: la ‘aleatoriedad’ de la industria minera. A su juicio, no hay industria donde esté comprometida en mayor grado la posibilidad de perder todo cuanto se invierta en ella.”

¹⁰¹ 1.25. Sesión N° 169 del 25 de noviembre de 1975, citas disponibles en página 624 historia de la Ley Artículo 19 N°24: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35474/4/HLArt19N24CPR.pdf>



Agrega que, frente a estas características tan marcadas de la industria minera, es fundamental rodearla de la mayor seguridad jurídica posible, pues no debe añadirse a esta situación el riesgo jurídico, la inseguridad, la inestabilidad jurídica.”¹⁰²

- (ii) **La propiedad del Estado sobre las minas no puede ser inalienable** porque en la medida en que el yacimiento sea explotado y el minero se haga dueño de los materiales, se está adueñando del yacimiento:

“Este derecho a explotar el yacimiento minero es un derecho que no puede ser perpetuo, porque, en la medida en que lo fuera, el yacimiento minero o la mina dejaría de ser inalienable. En la medida en que el Estado entregue a perpetuidad a una persona una concesión de explotación, en el fondo, está enajenando en favor de esa persona el yacimiento; y aun cuando el Estado entregare temporalmente el yacimiento minero para que fuere explotado en virtud de este derecho exclusivo que se le pudiera entregar al minero, aunque no sea perpetua esa concesión, se va a producir también una enajenación del yacimiento, porque las minas en realidad no producen frutos sino productos. De manera que en la medida en que el yacimiento sea explotado y el minero se haga dueño de los minerales, se estará adueñando también del yacimiento. Aquí existiría una contradicción con la característica de inalienable que se le pretende dar al dominio patrimonial del Estado sobre las minas”¹⁰³

- (iii) **El interés público está comprometido en el hecho de que las minas se exploten con la mayor eficiencia y beneficio posible para la colectividad.** Y la única manera de lograrlo, es dando seguridad al minero.

“ya que este último precisamente está comprometido en el hecho de que las minas se exploten con la mayor eficiencia y el mayor beneficio posible para la colectividad y, a su juicio, la única manera de conseguirlo es dando seguridad al minero. Y eso se logra mucho más y en muchas mejores condiciones cuando se otorga la propiedad especial que cuando se concede al Estado el dominio patrimonial.”¹⁰⁴

Por su parte, los principales argumentos del **régimen patrimonial** eran:

¹⁰² Sesión N° 171 del 04 de diciembre de 1975. Citas disponibles en página 652 de la historia de la Ley Artículo 19 N°24: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35474/4/HLArt19N24CPR.pdf>

¹⁰³ 1.27 Sesión N° 171 del 04 de diciembre de 1975. Citas disponibles en página 653 de la historia de la Ley Artículo 19 N°24: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35474/4/HLArt19N24CPR.pdf>

¹⁰⁴ Sesión N° 171 del 04 de diciembre de 1975. Citas disponibles en página 655 de la historia de la Ley Artículo 19 N°24: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35474/4/HLArt19N24CPR.pdf>



- (i) **La preservación de estos recursos se logra mejor si el Estado tiene un dominio absoluto que si tiene solamente un dominio radical o eminente.**

*“En ese sentido, es partidario de la mantención del dominio patrimonial del Estado sobre estos recursos. Otra cosa es agregar el calificativo que se dé al derecho del particular. Reconoce sí que, en la medida en que se declare que es un dominio absoluto, exclusivo, imprescriptible e inalienable, decir a renglón seguido que se puede enajenar en favor de los particulares parecería un contrasentido. Sin embargo, señala que no sería la primera vez que una legislación estableciera tal cosa. En efecto, el Código Civil Español, hasta antes de la ley general de minas en vigencia, determinaba que el Estado tiene dominio patrimonial sobre todas las minas hasta el momento en que lo concede a los particulares. De manera que, en el fondo, **para el legislador español no es incompatible el dominio patrimonial del Estado sobre todas las minas, sobre todas las riquezas minerales, con la posibilidad de que el particular llegue a tener dominio sobre pertenencias mineras.***

*Manifiesta que el asunto le preocupa fundamentalmente porque, en el fondo, **calificar el derecho de los particulares de concesión o de dominio no es tan importante como las garantías que se le otorgan, las seguridades que se le den.** Agrega que la industria minera es aleatoria y, por consiguiente, el particular requiere un derecho rodeado de toda clase de garantías para que sepa que va a explotar la mina propia o la de aquél con quien está contratando en términos que el día de mañana no puedan quitársela o pueda perder su inversión por ese motivo. Eso es lo determinante, porque, evidentemente, es preferible una concesión bien protegida a una propiedad un poco en el aire.¹⁰⁵*

- (ii) **En el proyecto de dominio eminente se establece que el particular se hace dueño de las minas que descubra, lo cual acarrea consecuencia en cuanto a indemnización de expropiación.**

“parte de la base de que, en la concepción del dominio eminente o radical del Estado, el propietario especial minero es dueño de la mina, expresión que aparece textualmente en el proyecto, y luego, si se la expropian, le pagan aquello de que es dueño: la mina, por lo cual le surge una primera interrogante: cómo se va a lograr establecer el valor de la mina, concurriendo todas estas características, desde el mineral ‘errático’ hasta los demás factores que ha señalado. Segunda interrogante —sobre este mismo supuesto: expropiación, indemnización—: puede resultar que, al indemnizarse al propietario, a la sociedad anónima propietaria, nacional o

¹⁰⁵ Sesión N° 171 del 04 de diciembre de 1975. Citas disponibles en página 650 de la historia de la Ley Artículo 19 N°24: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/35474/4/HLArt19N24CPR.pdf>



extranjera, por el mineral, el propietario realice el gran negocio de su vida. Porque, en un plazo que hasta el momento no visualiza superior a diez años, según los preceptos aprobados por la Comisión, se le va a indemnizar por el total de lo que iba a obtener del mineral a través, tal vez, de cincuenta, sesenta, cien años de trabajo, de inversión, de esfuerzo, de tecnología aplicada, de ingenio.”¹⁰⁶

(iii) Existen motivos de interés nacional

“Cree que si algo puede ser objeto de un proceso de nacionalización el día de mañana en Chile —no, por cierto, similar al del año 1971, que él consideró y lo considera francamente expropiatorio—, por razones de interés nacional, racional, es alguna actividad minera. En ese caso considera que queda expuesta toda la comunidad a un riesgo grave, pues se protege de manera demasiado significativa, amplia, genérica y generosa para el propietario, con la expresión constitucional que lo hace dueño de la mina que descubra.”¹⁰⁷

(iv) La importancia está en que el derecho del particular esté debidamente protegido

“Estima, en consecuencia, que lo importante es que el derecho de los particulares esté debidamente protegido y, si este derecho debidamente protegido puede derivar en un dominio absoluto y exclusivo del Estado, le satisface la idea que el Estado sea dueño absoluto de todas las minas, porque en el fondo no hay otro a quien atribuirle el dominio de las minas.”¹⁰⁸

IV.3.4. Adopción del criterio de dominio absoluto/patrimonial en la Constitución de 1980

“El Anteproyecto así elaborado, fue entregado al Presidente de la República, quien, con fecha 31 de octubre de 1978, solicitó al Consejo de Estado su opinión sobre él. El organismo requerido evacuó su informe por oficio (C.P.R. N° 13), de fecha 1° de julio de 1980. En él, dicho órgano ratifica, en lo que a preceptos mineros se refiere, en casi su totalidad el Anteproyecto de la Comisión de Estudios, limitándose a establecer al final del inciso 8° del artículo 23 del Anteproyecto: ‘Con todo, se reserva al Estado el dominio absoluto de los hidrocarburos líquidos y gaseosos, sin perjuicio de los contratos de

¹⁰⁶ Sesión N° 171 del 04 de diciembre de 1975. Citas disponibles en página 660 y 661 de la historia de la Ley Artículo 19 N°24: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35474/4/HLArt19N24CPR.pdf>

¹⁰⁷ Sesión N° 171 del 04 de diciembre de 1975. Citas disponibles en página 650 de la historia de la Ley del artículo 19 N°24: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35474/4/HLArt19N24CPR.pdf>

¹⁰⁸ Sesión N° 171 del 04 de diciembre de 1975. Citas disponibles en página 651 de la historia de la Ley Artículo 19 N°24: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35474/4/HLArt19N24CPR.pdf>



operación que se celebren en conformidad a la ley'. El Consejo de Estado no alteró, en consecuencia, el régimen de propiedad minera propuesto por la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución. El proyecto aprobado fue remitido a la Junta de Gobierno, donde, en lo relativo a materias mineras, experimentó un cambio sustancial, por cuanto se modificaron las normas pertinentes propuestas en el Anteproyecto de la Comisión de Estudios y en el anteproyecto del Consejo de Estado, las cuales atribuían un dominio eminente al Estado, estableciéndose, en cambio, el dominio absoluto del Estado sobre las minas. Se conservó de este modo el precepto constitucional vigente sobre la propiedad minera desde la reforma constitucional promulgada mediante la Ley N° 17.450 de 16 de julio de 1971.”¹⁰⁹

IV.4. Consideraciones sobre el nuevo Orden Público Económico Minero

De la revisión de los fundamentos y razones que se tuvieron en cuenta para la definición por un dominio absoluto del Estado sobre las minas, se identifican, principalmente, argumentos de carácter económicos, políticos, estratégicos y de certeza jurídica, los que llevaron a nuestro constituyente a establecer un estatuto especial respecto de la actividad minera en donde la concesión minera constituye el sustento jurídico del actual “orden público económico-minero”.¹¹⁰

Es a través del establecimiento de las normas constitucionales que consagran el orden público económico minero actualmente en nuestra CPR, el medio por el cual el Estado ha promovido la exploración y explotación de la minería en nuestro país y por ende el desarrollo del sector, entregando confianza y seguridad jurídica a una actividad que por sí misma es altamente aleatoria e incierta.

Por ello, se considera que la nueva carta fundamental debe reforzar el desarrollo del sector por medio de la concesión minera en base a un dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre todas las minas, para lo cual debe contener normas que reconozcan el orden público económico minero, de manera sólida y clara. Su omisión en el texto constitucional y su eventual regulación a través de una ley ordinaria implicaría un retroceso y una pérdida de certeza y jerarquía de los derechos de los mineros amparados a nivel constitucional desde nuestra constitución de 1925, además de un claro desconocimiento de innumerables fallos judiciales que lo han confirmado en sus diversos aspectos.

¹⁰⁹ Zúñiga Urbina, Francisco, “Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres)”, Ius et Praxis v.11 n.2 Talca 2005 (énfasis agregado)

¹¹⁰ Peña y Lillo Delaunoy, Cristián (2014), “De Las Servidumbres Mineras”, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, p. 146.



En este sentido, se propone que en las discusiones de la nueva Constitución acerca de la consagración constitucional del dominio del Estado respecto de las minas se garanticen -a lo menos-, los siguientes derechos: a) El respeto del derecho del descubridor, a través de un proceso imparcial, objetivo, público y efectivo; b) La garantía de irretroactividad y ausencia de arbitrariedad respecto de las causales de término de la concesión; c) El respeto del titular de la concesión minera por medio del otorgamiento de la garantía de un derecho de dominio sobre la misma; d) La garantía de la facultad de requerir servidumbres legales mineras sobre los terrenos superficiales que requiera la actividad minera; e) La garantía de una adecuada duración del derecho concesional; f) La garantía de un sistema de amparo objetivo; g) La garantía de una carga tributaria competitiva y no discriminatoria, y; h) La garantía de no discriminación y de respeto a la esencia de los derechos.

Al respecto, una alternativa sería incluir una cláusula constitucional, inspirada en la doctrina del *public trust*, que estableciera el deber irrenunciable del Estado de garantizar (1) la protección, el acceso y el uso de la naturaleza por parte de toda la población, incluyendo a las generaciones futuras y, en caso que lo último resulte imposible, que este uso siempre sea en su beneficio; y (2) la integridad de los ecosistemas.¹¹¹

Finalmente, y sin perjuicio de la regulación por la que finalmente se opte, estimamos importante que se tenga una visión de largo plazo en el manejo del agua y demás recursos naturales, tomando también en cuenta consideraciones de carácter ambiental¹¹².

¹¹¹ Propuesta sugerida por recomendaciones del informe “Protección de la naturaleza y una nueva Constitución para Chile: Lecciones de la doctrina del Public Trust”, p. 29-20, disponible en <<https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/07/Informe-Doctrina-Public-Trust.pdf>>

¹¹² Desde la perspectiva ambiental, se plantea la necesidad que el nuevo orden público económico minero, sea enmarcado dentro de la doctrina del Desarrollo Sostenible y la Economía Verde, impulsada por la ONU y el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), respetando la multiculturalidad, la ciencia y el medioambiente en todos los extremos de la actividad minera, permitiendo que ella se mantenga como un eje estructurante del crecimiento de nuestro país para las generaciones futuras.



ANEXO

Objeciones a Informe Comisión de Medio Ambiente

1. El Informe propone regular en la Constitución y, por consiguiente, excluyéndolas del debate legislativo, una serie de cuestiones que son propiamente materias de ley. Dentro de estas cuestiones se encuentran ciertos principios ambientales, la gobernanza ambiental y la participación ciudadana, la regulación específica del uso de ciertos bienes.
2. Las Bases de la Institucionalidad de una Constitución consagran las características esenciales del Estado chileno, como el ser una república democrática y el deber de promover el bien común. No son propias de esas bases esenciales las finalidades específicas de proteger el medio ambiente, la salud o la educación de la población, ya que todas ellas se subsumen en la protección del bien común. No se pueden indicar todas, e incluir unas y no otras les da una superioridad injustificada.
3. La Constitución debe asegurar la posibilidad de desarrollar actividades productivas de manera compatible con la protección del medio ambiente, permitiendo un desarrollo sustentable. El informe va más allá de ello, incluyendo una serie de aspiraciones que exceden el ámbito ambiental, con el serio riesgo de afectar sustancialmente la capacidad de desarrollo del país.
4. Se incorporan a la propuesta cuestiones que exceden largamente la finalidad ambiental (derecho a la información y participación pública, necesidades sociales, culturales, etc.).
5. El Informe propone consagrar ciertos principios y garantías exuberantes frente al derecho comparado, invocando como modelo las constituciones de Venezuela, Ecuador, Bolivia, Cuba, Nepal, Tailandia, Zambia, Vietnam y Túnez; que no parecen referencias internacionales exitosas.
6. No parece justificado consagrar constitucionalmente un principio de no regresión que limite la soberanía futura a decisiones pasadas y que pueden más tarde resultar erradas, inadecuadas o injustificadas frente al desarrollo científico y tecnológico o la evolución de las necesidades del país y su población.
7. Existen principios que no parece apropiado recoger constitucionalmente dado su contenido difuso (por ejemplo, la responsabilidad intergeneracional).



COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.

8. El Estado chileno no puede garantizar un derecho a la “estabilidad climática” ni establecer una respuesta al cambio climático que es un problema en constante desarrollo y que requiere la gestión global de todos los países.
9. En materia minera las garantías existentes en la actual Constitución son las que han permitido el desarrollo exitoso y sustentable de la industria minera. No vemos el sentido de generar altos niveles de incertidumbre introduciendo exigencias tales como el respeto a la Economía Verde, etc. cuando ya existe la protección general al medio ambiente.