



Análisis de la propuesta de nueva Constitución

Medioambiente

AGOSTO 2022



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



Foro
Constitucional
UC

Análisis de la propuesta de nueva Constitución Medioambiente

Integrantes de la Comisión

Ricardo Irarrázabal
Encargado de Comisión
Facultad de Derecho

Guillermo Donoso
Facultad de Agronomía
e Ingeniería Forestal

Juan Eduardo Ibáñez
Facultad de Derecho

María Molinos
Facultad de Ingeniería

Daniela Rivera
Facultad de Derecho

Sebastián Soto
Facultad de Derecho

Sebastián Vicuña
Facultad de Ingeniería

Felipe Widow
Facultad de Derecho



**Foro
Constitucional
UC**

CÓMO CITAR ESTA PUBLICACIÓN:
Irarrázabal, Ricardo y otros, 2022: Análisis
de la propuesta de nueva Constitución.
Medioambiente. Foro Constitucional UC.

1. La necesidad de una reforzada y mejor protección ambiental y ecológica

Si bien en el primer constitucionalismo no hay cláusulas vinculadas con la protección del medio ambiente, crecientemente los países del mundo han ido incorporando en sus constituciones normas relacionadas con este tema. Así, si a inicios del siglo XX sólo el 5% de las constituciones del mundo contemplaban alguna cláusula en torno a la protección del medio ambiente, en 1980 ese número ya era de 40% y hoy llega al 80%¹.

En Chile, la Constitución de 1980 incorporó lo que ya para entonces parecía un paso atrevido en la tradición constitucional chilena como fue consagrar entre los derechos que la Constitución asegura a todas las personas “*el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”. La misma norma consagra el deber del Estado de “*tutelar la preservación de la naturaleza*” y autoriza expresamente a la ley para establecer ciertas restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos para la protección del medio ambiente (art. 19 N°8). Desde entonces esta disposición no ha sido modificada y reformas constitucionales posteriores, como la del 2005, solo vinieron a complementar la norma constitucional modificando la tutela judicial de este derecho.

La relevancia que ha adquirido el tema para el constitucionalismo global y para la población sugerían que, en esta materia, la propuesta de nueva Constitución haría cambios importantes. En efecto, resulta innegable que Chile requiere reforzar su protección ambiental a través de políticas públicas sólidas que tengan como objetivo dicha finalidad, dado que al igual que el resto del planeta, el país sufre de una profunda crisis ambiental. Ello justifica un rol activo del Estado al respecto, junto con la colaboración del sector privado y la sociedad civil.

Pese a que en Chile se han producido avances en cuanto al rol del Estado en la adopción de estas acciones y en la protección de la naturaleza, claramente quedan muchos desafíos pendientes que deben ser atendidos. Existen en la actualidad graves situaciones de contaminación del aire, fenómeno que afecta especialmente la salud de las personas, además de dañar la vegetación y el suelo, reducir la visibilidad, y que tiene el potencial de contribuir significativamente al cambio climático^{2 3}.

1 The Constitute project: <https://www.constituteproject.org/topics?lang=en>

2 En el caso del material particulado fino (MP2,5), en el año 2020 se calculaba que cerca de 10,8 millones de habitantes del país vivían en zonas que han sido declaradas como latentes o saturadas por material particulado fino (MP2,5). Este mismo año 31 de las 53 (58% del total) estaciones que monitorearon el percentil 98 de las concentraciones diarias de MP2,5 registraron concentraciones sobre el valor límite (50 µg/m3) de la norma diaria de MP2,5 (promedio de 24 horas). Las mayores se observan en la zona sur del país (Región de los Lagos y de Aysén) (Sexto Reporte del Medio Ambiente, MMA, 2021).

3 Las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en Chile han aumentado desde 1990, principalmente debido al consumo de combustibles fósiles. En los últimos años se ve un estancamiento en las emisiones del

Por otra parte, los impactos del cambio climático en Chile se han manifestado de manera muy evidente en los últimos años, en términos de aumento en olas de calor y temperaturas extremas, reducción en las precipitaciones (especialmente en las zonas centro y sur del país) y un aumento de otros eventos extremos tales como marejadas e incendios⁴. La referida reducción de precipitaciones, sumado al incremento en la emisión de contaminantes líquidos, ha generado un considerable aumento del estrés hídrico en gran parte de las cuencas del país⁵. Adicionalmente, enfrentamos una pérdida de biodiversidad, expresada en un número importante de especies endémicas que se encuentran en distintas categorías de estado de conservación⁶.

Esta crisis ambiental también debe ser entendida como una crisis social. El menoscabo del medio ambiente y la naturaleza genera un deterioro no solo de la calidad de la vida humana, sino que también una degradación social. Esto se manifiesta de manera clara al considerar la alta correlación que existe entre el deterioro del ambiente y los niveles de pobreza, o los problemas que existen respecto del acceso al agua en zonas rurales. Tal como lo menciona el Papa Francisco en la encíclica Laudato Si: *“no hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socio-ambiental”*⁷.

En este sentido, el proceso constituyente representaba una oportunidad no solamente de actualizarnos, sino que de evaluar la orientación que ha primado en esta materia, así como de generar directrices que permitieran un adecuado equilibrio de sostenibilidad que conjugue los pilares social, ambiental y económico. Una nueva Constitución puede brindar una oportunidad inmejorable para entender este equilibrio y zanjar tensiones entre dichos pilares, conectando definitivamente el pilar social con el ambiental.

sector energía gracias al reemplazo de las fuentes de generación en base a combustibles fósiles por energías renovables. Sin embargo, su participación sigue siendo relativamente pequeña en la matriz de energía primaria de Chile. La proporción de energías renovables en el consumo final total equivale a 22,2% donde los tipos energéticos predominantes son biomasa (13%) y energía hídrica (1,8%) (Sexto Reporte del Medio Ambiente, MMA, 2021).

4 Cuarta Comunicación Nacional de Chile ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, MMA, 2021b .

5 En la actualidad un 42,5% de las comunas se encuentran bajo decreto de zona de escasez. Respecto del acceso de agua potable y saneamiento se han logrado importantes avances en áreas concesionadas (al año 2021 la cobertura de agua potable es de 99,94%; la de alcantarillado de 97,4% y la cobertura de tratamiento de aguas servidas, de 99,98% (SISS, 2022). Sin embargo, la situación más preocupante ocurre respecto al consumo humano de agua a nivel rural, que concentra cerca de 1 millón de personas en el país con acceso deficitario a los servicios sanitarios básicos (agua potable en red y saneamiento) (Ministerio de Obras Públicas et al., 2020).

6 Actualmente 146 especies se encuentran clasificadas “En Peligro Crítico”, 395 especies clasificadas “En Peligro” y 282 especies clasifican como “Vulnerables” (Sexto Reporte del Medio Ambiente, MMA, 2021).

7 Punto 139 Laudato Si.

La regulación ambiental y ecológica de la propuesta de nueva Constitución responde así al necesario y ampliamente compartido objetivo de reforzar dicha protección. Con todo, corresponde evaluar críticamente las implicancias de algunas propuestas de la Convención, así como de las fórmulas constitucionales específicas que se adoptan en el texto propuesto para la consecución del señalado objetivo.

2. Derechos humanos ambientales

En la discusión previa y durante el trabajo de la Convención, existió un consenso social básico y transversal en relación con mejorar sustancialmente las reglas de protección ambiental a nivel constitucional, fortaleciendo el estándar de protección y generando directrices claras para su implementación a nivel legal a través de los distintos instrumentos de gestión y tutela ambiental.

Así, unas adecuadas reglas en este sentido permiten que la fuerza de la protección ambiental y la resolución de conflictos (pensemos las obvias tensiones entre los pilares ambiental, económico y social), queden radicadas en la ley y no en las decisiones judiciales. Ello debiera ser un claro objetivo de política pública, bajo criterios no solamente de certeza jurídica e igualdad ante la ley, sino que también ambientales, dado que este objetivo es coherente con el principio preventivo (la ley como “*rayado de cancha*”), permitiendo una protección temprana y más eficaz del medio ambiente como bien jurídico protegido.

En este sentido, uno de los elementos positivos de la propuesta de nueva Constitución lo constituye la inclusión del derecho que se reconoce a toda persona a “*un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*”⁸, estándar existente a nivel constitucional en variadas jurisdicciones, y que es coherente con el “*derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*” consagrado a través de la reciente Resolución A/76/300, de 26 de julio de 2022, de la Asamblea General de Naciones Unidas (que se aprobó con el voto favorable de 161 Estados, entre ellos Chile). La aplicación de este nuevo estándar constitucional a nivel legal debiera apuntar a establecer cuál sería su nivel de riesgo, bajo lógicas de sostenibilidad, y así llevar a modificar la forma como se aplican los distintos instrumentos de gestión ambiental, especialmente el mecanismo más importante que contempla nuestra legislación y que corresponde a las normas de calidad. En efecto, ellas ahora deberían explicitar normativamente este nuevo y mejorado estándar, superando el actual, que se basa en el riesgo de un ambiente contaminado⁹.

8 Artículo 104.

9 Basado en la actual garantía constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Art. 19 N°8).

Además, y dado que los distintos instrumentos de gestión ambiental tienen que adecuarse a este nuevo parámetro de calidad (en orden a concretar este derecho en la realidad), ello debiera influir decisivamente en la generación de nuevos estándares aplicables al resto de los instrumentos de gestión ambiental, tales como normas de emisión, evaluación ambiental estratégica, declaración de zonas latentes y saturadas, planes de prevención y descontaminación y sistema de evaluación de impacto ambiental. Este mejorado estándar de protección debiera primar sobre “*el derecho al aire limpio*”¹⁰ que establece la propuesta, el cual resulta redundante y mal zanjado técnicamente a la luz del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Ello ya que un aire limpio, si bien es un objetivo loable, no establece un criterio de riesgo y resulta impracticable al depender de las condiciones naturales de ventilación.

Otro aspecto que se valora positivamente de la propuesta es el reconocimiento de los derechos humanos al agua y al saneamiento¹¹. Estos derechos han tenido un desarrollo en instrumentos internacionales, han sido reconocidos jurisprudencialmente por los tribunales nacionales en cuanto connaturales a la dignidad humana, y se encuentran expresamente consagrados a nivel legal en virtud de la reciente reforma al Código de Aguas (artículo 5). Sin perjuicio de lo señalado, resulta relevante su integración en el texto constitucional en términos de su fortalecimiento y construcción dogmática. Es de esperar que la jerarquía constitucional de este reconocimiento contribuya a una efectiva implementación y cumplimiento de estos derechos, que presentan brechas relevantes en localidades rurales y otras ajenas al territorio operacional de los servicios sanitarios concesionados.

Relacionado a lo anterior, la propuesta precisa que debe promoverse la gestión comunitaria del agua potable y saneamiento, especialmente en localidades rurales y extremas¹². Sin perjuicio de admitir que la gestión comunitaria ha sido clave en el agua potable rural, aunque necesita un apoyo estatal mucho más intenso, no se comprende por qué debería impulsarse también en áreas concesionadas a prestadores sanitarios, en que el actual sistema ha permitido alcanzar niveles de cobertura de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas prácticamente universales. Con este deber de promoción de la gestión comunitaria que se asigna al Estado no se ataca el principal déficit o falencia de Chile en este campo, que es la acentuada diferencia existente entre áreas concesionadas y no concesionadas de prestación de servicios de agua potable y saneamiento.

10 Artículo 105.

11 Artículo 57.

12 Artículo 141.

La propuesta sobre derechos humanos en materia ambiental no constituye en sí misma un cambio de nuestro sistema de protección ambiental, sino que una mejora que refuerza el valor de la dignidad humana, así como la protección ambiental, incorporando además un deber del Estado de garantizar la educación ambiental¹³ y la participación informada en materias ambientales¹⁴. No obstante, esta regulación debe articularse e interpretarse a la luz del nuevo paradigma que abraza la propuesta, tal es la instauración de la naturaleza como sujeto de derechos.

3. Derechos de la naturaleza

La propuesta constitucional establece a la naturaleza como sujeto de derechos, garantizando que *“se respete y proteja su existencia”*, así como su *“regeneración, mantención y restauración de sus funciones y equilibrios dinámico”*¹⁵, todo lo cual quedó establecido como *“derecho fundamental”*¹⁶ en términos muy amplios y aparentemente absolutos, dada la mención a *“su existencia”*, y en el mismo nivel que los derechos de las personas. Este derecho fue incluido en forma coherente y transversal en todo el andamiaje constitucional.

Así, se caracteriza al Estado de Chile como uno *“ecológico”*¹⁷. Por otra parte, además de la dignidad, libertad e igualdad sustantiva de los seres humanos, se plantea como valor intrínseco e irrenunciable la *“relación indisoluble”* entre las personas y la naturaleza¹⁸, la que se concibe como sujeto o titular de derechos. Igualmente, y de acuerdo al principio del *“buen vivir”*, el Estado ha de reconocer y promover *“una relación de equilibrio armónico entre las personas, la naturaleza y la organización de la sociedad”*¹⁹, desplazando así al principio del bien común, el cual está enraizado en la persona y que corresponde al fundamento último del actual sistema de protección ambiental²⁰. Además, en la garantía de la propiedad, los límites a la misma determinados por ley podrían justificarse en la *“función ecológica de la propiedad”*²¹, concepto nuevo y que podría responder a la lógica de los derechos de la naturaleza (la propiedad al servicio de la naturaleza, y no solamente de la

13 Artículo 39.

14 Artículo 154.

15 Artículo 103.1.

16 Artículo 18.

17 Artículo 1.1.

18 Artículo 1.2.

19 Artículo 8.

20 Así, la Constitución actual diferencia claramente *“naturaleza”* de *“medio ambiente”*, como por ejemplo cuando enuncia los *“principios ambientales”*, los cuales quedan establecidos tanto para la protección de la naturaleza como del medio ambiente o cuando señala que *“la ley podrá establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente y la naturaleza”*.

21 Artículo 78.2.

persona). Del mismo modo, el “*deber de custodia del Estado*”²² en relación con los bienes comunes naturales, se fundamentaría también en los derechos de la naturaleza. Finalmente, los derechos humanos y principios ambientales deben entenderse en relación con los derechos de la naturaleza.

3.1. Imprudencia de instaurar a la naturaleza como sujeto de derechos

La nueva Constitución reconoce como sujeto de derecho a la naturaleza. Una mirada sobre esta propuesta podría concluir que lo que se consigue, con este reconocimiento, es simplemente una protección más intensa del medio ambiente y una deslegitimación más profunda de las conductas atentatorias del hombre respecto de su entorno (¿y quién podría oponerse a un cuidado más riguroso de nuestra frágil relación con el medio natural?). Pero la cuestión es mucho más problemática de lo que parece.

La asociación entre dignidad personal (en la que se funda la condición de sujeto de derecho) y racionalidad, es la que explica que la relación del ser humano con la naturaleza no es de mero poder. En efecto: es porque conocemos y admiramos el bien y la belleza del orden de la naturaleza que podemos reconocer nuestras propias obligaciones en el cuidado y la conservación de ese bien y esa belleza. Y el saber que no vivimos sólo para nosotros mismos, sino que formamos parte de una comunidad y que nos obliga el bien de otras personas, es lo que nos permite dar alcance jurídico y político a esas obligaciones de cuidado y conservación.

Si el sujeto del derecho no es un sujeto racional y libre, entonces la relación del hombre con la naturaleza se vuelve, ahora sí, completamente arbitraria, porque se pierde de vista las razones que permiten medir y regular las conductas que tienen efectos en el entorno natural y los equilibrios ambientales. Porque no imputamos al volcán activo que envíe a la atmósfera cientos de miles de toneladas de partículas contaminantes, pero sí regulamos las conductas libres asociadas a la contaminación del transporte o la industria.

En otras palabras, negar la racionalidad del sujeto de derecho (que es lo que se hace implícitamente al afirmar esa condición de la naturaleza), conlleva suspender los criterios objetivos que permiten señalar qué conductas ambientales son buenas y justas y cuáles no. Y cuando esto ocurre, los criterios objetivos son irremediablemente reemplazados por la arbitrariedad del poder. Es que afirmar que la naturaleza es sujeto de derecho es una pura estipulación vacía de contenido si no se dice quién es la naturaleza, cuáles son sus conductas con significación jurídica, en qué consisten sus derechos, cómo se persigue el cumplimiento de sus deberes, etc. Y como todo esto no es factible, entonces la afirmación de la naturaleza como

22 Artículo 134.1.

sujeto de derecho no es más que una oculta atribución de un poder a aquel que sea capaz de constituirse en intérprete o representante de la naturaleza. Esta es una importante implicancia de la opción adoptada en la propuesta, especialmente dada la consagración de la Defensoría de la Naturaleza²³ y la amplia legitimación para entablar la acción de tutela²⁴.

Por el contrario, la única vía real para conseguir por medios jurídicos que los seres humanos recompongamos nuestra relación con nuestro entorno natural, es el reconocimiento de la dignidad personal del sujeto singular racional como fundamento del orden jurídico y político. Porque poseemos tal dignidad personal es que no podemos sino hacernos responsables del orden, la bondad y la belleza de la naturaleza.

3.2. Modificación del sistema de protección ambiental

La instauración de la naturaleza como sujeto de derechos supone modificar sustantivamente nuestro sistema de protección ambiental, el cual en la actualidad está fundado en el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y en el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza.

Desde un punto de vista jurídico, los efectos de este cambio en el modelo de protección ambiental son difíciles de predecir, dada la escasísima aplicación a nivel mundial de los derechos de la naturaleza. La única Constitución nacional que establece los derechos de la naturaleza es la ecuatoriana. Bolivia tiene una consagración legal–no constitucional–de los derechos de la naturaleza²⁵, existiendo además otros cuerpos normativos, pero a nivel de ciudades o provincias, como los de la Ciudad de México, de la ciudad de Grant (Indiana County, Pennsylvania), Coos County en el Estado de Oregon o respecto a un lugar específico, como lo es el caso de un río en Nueva Zelanda²⁶ y ríos en Colombia.

La forma en que quedó redactada la garantía y su protección a través de la acción de tutela los derechos de la naturaleza, podría derivar en eventuales prohibiciones²⁷, dificultando determinar cuál sería el nivel de riesgo tolerable que permita algún tipo de alteración a la naturaleza. Lo anterior genera una serie de complejidades para entender cómo se ha de llevar a cabo la explotación de recursos naturales no

23 Artículo 148.

24 Artículo 119.8.

25 Ley N° 071 de 2010 Ley de Derechos de la Naturaleza, que establece los siguientes derechos: a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, al aire limpio, al equilibrio, a la restauración y a vivir libre de contaminación.

26 Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017.

27 Una expresión constitucional de las prohibiciones lo constituye el artículo 146 (Estatuto de los minerales), en virtud del cual “Quedan excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley y las demás que ella declare”.

renovables y la gestión ambiental. Pensemos, por ejemplo, en la actividad minera o en las medidas de compensación ambiental en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental.

La protección del medioambiente naturalmente redundaría en un bien para las personas. Tampoco admite discusión que los derechos de las personas pueden ser objeto de limitación en orden a asegurar la protección del ambiente, así lo establece además el texto constitucional vigente. Sin embargo, no se puede desconocer que el ejercicio de derechos humanos puede entrar en colisión con alguna forma de preservación de la naturaleza. La regulación de la propuesta tiene como consecuencia que ante dicha hipótesis nos encontraremos ante un conflicto de derechos de similar entidad y jerarquía. De hecho, la misma propuesta constitucional, en el estatuto de las aguas, no zanja esta discusión, al establecer que para su uso prevalecerá de igual forma *“el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas”*²⁸. Esta definición contrasta con lo dispuesto actualmente en el Código de Aguas, en el que se establece claramente que siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento (art. 5 bis).

Además, y en virtud de las acciones de tutela de los derechos de la naturaleza y derechos ambientales, que pueden ser ejercidos tanto por la Defensoría de la Naturaleza como por cualquier persona o grupo²⁹, podrá ser impugnada la regulación actual o futura que permita un cierto nivel de menoscabo a la naturaleza en virtud de la gestión ambiental, dada la garantía de la naturaleza a la protección de su existencia y el establecimiento de una serie de principios ambientales. Todo esto genera un marco de judicialización excesiva, que se contradice con los objetivos de protección del ambiente en forma preventiva.

3.3. La exclusión del principio de sostenibilidad

La lógica de los derechos de la naturaleza queda bastante extremada dado el rechazo por parte de la Convención a la inclusión en la propuesta de la sostenibilidad como principio general³⁰, el cual podría haber articulado justamente la relación persona-naturaleza, así como las garantías ambientales, sociales y económicas. Cabe considerar que el constitucionalismo comparado asume ampliamente la sostenibilidad. Incluso, en el único caso de un país que

28 Artículo 140.2.

29 Artículo 119.8.

30 En la propuesta constitucional, la sostenibilidad no se menciona a nivel de principios, sino que respecto a determinados derechos (arts. 45.1, 52.3 y 144.1) y en el acápite de “Forma de Estado” para efectos del desarrollo de políticas de equidad territorial, y en cuanto a políticas y planificaciones territoriales (arts. 188.2, 193.1, 202 letra d y 220 letra j). También, a propósito de las cargas tributarias y organización fiscal, en el ámbito de las competencias financieras del Estado y de las entidades territoriales (arts.183.1 y 184, 245.1 y 246.1).

constitucionalmente declara a la naturaleza como sujeto de derechos, como el de Ecuador, ello no es óbice para asumir también la sostenibilidad como mecanismo articulador³¹.

La definición más ampliamente reconocida de sostenibilidad es la dada por la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, que establece que el desarrollo sostenible es aquel desarrollo que permite satisfacer las necesidades y aspiraciones del presente sin menoscabo a la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades. El desarrollo sostenible trata de la comprensión de las interacciones entre tres sistemas complejos: la economía, la sociedad y el medio ambiente. Así, se basa en el concepto de desarrollo (desarrollo socioeconómico acorde con las limitaciones ecológicas), el concepto de necesidades (redistribución de los recursos para garantizar la calidad de vida de todos) y el concepto de generaciones futuras (la posibilidad del uso a largo plazo de los recursos para asegurar la calidad de vida necesaria para las generaciones futuras).

El desarrollo sostenible es un enfoque normativo, en cuanto recomienda una serie de objetivos a los que los países deberían aspirar, tal como está expresado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), promoviendo la equidad intergeneracional y haciéndose cargo de la tensión existente entre las metas de desarrollo y la protección ambiental. Porque todo desarrollo supone una modificación ambiental, la intervención de la naturaleza y la disposición de los recursos naturales.

En este sentido, la visión que subyace en la propuesta apunta a una primacía del valor ecológico por sobre las consideraciones del desarrollo sostenible, dando a entender que existiría una aparente contradicción entre ambos conceptos

31 Algunos ejemplos de diversos países en relación a la inclusión de la sostenibilidad en los textos constitucionales:

(i) Carta del Medio Ambiente de Francia: “Que, con el fin de garantizar un desarrollo sostenible, las opciones adoptadas para responder a las necesidades del presente no deben comprometer la capacidad de las generaciones futuras y de los demás pueblos para satisfacer sus propias necesidades”.

(ii) Constitución de Bolivia: Diversos artículos hacen referencia a la idea de desarrollo sostenible o sustentable. Así, en el artículo 342: “Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente”. El artículo 311 II, por su lado, declara que: “La economía plural comprende los siguientes aspectos: 3. La industrialización de los recursos naturales para superar la dependencia de la exportación de materias primas y lograr una economía de base productiva, en el marco del desarrollo sostenible, en armonía con la naturaleza”.

(iii) Constitución de Portugal: Incluye al “desarrollo sostenible” en dos artículos: en el artículo 66: “Para asegurar el derecho al medio ambiente, en el marco de un desarrollo sostenible, incumbe al Estado, por medio de organismos propios con la vinculación y la participación de los ciudadanos: (...)”; y en el artículo 81, en donde se detallan las “Misiones prioritarias del Estado”: “Incumbe prioritariamente al Estado en el ámbito económico y social: a) Promover el aumento del bienestar social y económico y la calidad de vida de las personas, en especial de las más desfavorecidas, en el marco de una estrategia de desarrollo sostenible”.

(por ejemplo, la discusión planteada acerca del “*decrecimiento*”). De esta forma, la consagración de los derechos de la naturaleza sin mecanismos articuladores que zanjen las tensiones entre las distintas garantías ambientales, económicas y sociales, tiende a la idea de que existiría la obligación de dejar la naturaleza tal como la encontramos o en mejores condiciones. Singer (1993)³² describe esta posición como una ética de la “*ecología profunda*” en la cual un desarrollo propuesto que genera perturbaciones a la naturaleza sería rechazado. Dado que gran parte del comportamiento humano tiene implicancias ecológicas, los derechos de la naturaleza podrían servir de fundamento para prohibir numerosas actividades actuales y futuras. Esto no es consistente con la equidad intergeneracional; por el contrario, impone la tiranía de la generación futura, tomando decisiones sin considerar el bienestar ni las necesidades urgentes de generaciones presentes. Desarrollo sostenible no puede asimilarse a inmovilidad, ya que de hacerlo ello podría tener consecuencias ambientales. En efecto, Gallopín señala que hay “*numerosos casos de gestión de pesca, bosques y flora y fauna silvestre, así como otras formas de ordenación de los recursos ecológicos, cuyas lecciones son que los intentos de “congelar” las variables del sistema a menudo han conducido a una pérdida de la resiliencia del sistema e incluso a su colapso*”³³.

El tema fundamental tiene que ver con el entendimiento que le demos al concepto de desarrollo, del cual no puede desvincularse de la protección ambiental, la cual se lleva a cabo a través de mecanismos adecuados, que son los instrumentos de gestión ambiental³⁴. Así no hay un dilema, sino que un solo camino de desarrollo sostenible. Los instrumentos apuntan a internalizar las externalidades ambientales y sociales negativas, tanto para la protección de la persona como de la naturaleza per se, bajo el prisma del desarrollo sostenible. Así se supera el falso dilema mencionado, tal como se acredita con los distintos rankings internacionales de protección ambiental, en que son justamente los países desarrollados los que presentan un mejor y mayor desempeño ambiental³⁵.

32 Singer, P. (1993) *Practical Ethics*, 2nd edition. Cambridge University Press, Cambridge.

33 Gallopín, G. C. (2003). *Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico*. Cepal, p. 21.

34 Cabe recordar el Mensaje de la Ley 19.300 que resulta muy esclarecedor, al afirmar que “la protección ambiental no puede plantearse como un dilema frente al desarrollo, sino como uno de sus elementos. Cuando hablamos de desarrollo sustentable estamos pensando en crecimiento económico con equidad social y con preservación y cuidado de los recursos naturales. Pareciera que los países en subdesarrollo enfrentan el dilema de crecer y a la vez preservar la naturaleza. Sin embargo, esta disyuntiva es más aparente que real, pues con los mecanismos adecuados, es posible fomentar el desarrollo y, a la vez, proteger el medio ambiente”.

35 El Índice de Desempeño Ambiental (Environmental Performance Index, EPI) del año 2020, muestra una correlación positiva entre PIB per cápita y calidad ambiental y en que los países que califican con mayor protección ambiental corresponden a países desarrollados. Con todo, ello no puede significar que “al inicio del desarrollo”, se tolere el deterioro ambiental, que afectaría en mayor medida a los países más pobres.

4. Principios en materia ambiental

La consagración de principios no es extraña en el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX. Ellos operan como “mandatos de optimización” o directrices que permiten a los operadores jurídicos una cierta flexibilidad en la interpretación de las normas y en el proceso de adjudicación. Con todo, desde hace tiempo hay conciencia en los riesgos de la sobreabundancia de principios en cualquier norma jurídica, pues su uso genera un mayor espacio de incertidumbre en la interpretación del derecho y transfiere no poco poder a los jueces que adjudican en perjuicio de los legisladores que elaboran las normas.

La propuesta que ha elaborado la Convención consagra un sinnúmero de principios en las más variadas áreas. También lo hace en el capítulo dedicado a la Naturaleza y el Medio Ambiente. Por ejemplo, el artículo 128 establece como principios para la protección de la naturaleza y el medio ambiente “*a lo menos, los de progresividad, precautorio, preventivo, de justicia ambiental, de solidaridad intergeneracional, de responsabilidad y de acción climática justa*”³⁶.

A diferencia de lo que ha ocurrido hasta ahora, la aplicación de estos principios, especialmente a nivel judicial, ha de interpretarse a la luz de la consagración de la naturaleza como sujeto de derechos, cuestión del todo novedosa, ya que algunos de estos principios tradicionalmente han tenido como fundamento a nivel internacional el desarrollo sostenible. Por ejemplo, fundado en el principio preventivo que consiste en implementar políticas necesarias para evitar o reducir el impacto ambiental, se han generado mecanismos como el sistema de evaluación de impacto ambiental, planes de prevención, educación, entre otros.

Estos y otros principios consagrados a lo largo del nuevo texto que aplican a todas sus normas, complejizan la discusión política del mañana al dotar a conceptos de difícil interpretación y concreción de supremacía constitucional. Los efectos que ello tenga en la deliberación legislativa o en la adjudicación en tribunales no pueden adelantarse con seguridad pero, muy posiblemente, aumenten la dificultad de encontrar certezas en el texto constitucional.

36 No se incluyó como principio el Desarrollo Sostenible, pese a diversas propuestas que así lo aconsejaron. En efecto, de acuerdo a Duran y Gonzalez (2021) (Una Constitución Socioecológica para Chile: Propuestas Integradas Red de Constitucionalismo Ecológico. Editores Liliana Galdámez, Salvador Millaleo & Bárbara Saavedra), se propusieron como principios en materia ambiental los siguientes: Desarrollo sostenible y equidad intergeneracional; Justicia ambiental; Democracia ambiental y derechos de acceso a la información, la participación y justicia en asuntos ambientales; Principios preventivo y precautorio, e in dubio pro natura; Principio Contaminador Pagador; No regresión y progresividad y Buen vivir.

5. Bienes comunes naturales

La propuesta constitucional establece una nueva categoría jurídica denominada “bienes comunes naturales”, definidos como *“elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras”*³⁷. Luego se mencionan varios ejemplos, bien diversos entre sí, siendo una enumeración no cerrada o taxativa: el mar territorial y su fondo marino, las playas, las aguas, los glaciares y humedales, los campos geotérmicos, el aire y la atmósfera, la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos, el subsuelo y los demás que declaren la Constitución y las leyes³⁸. Entre ellos, se declaran como “inapropiables” el agua en todos sus estados, el aire, el mar territorial y las playas, entre otros³⁹.

La lógica o noción de los bienes comunes viene, originalmente, de la teoría económica, y responde más bien a los problemas de gestión derivados de sus características de no-exclusión y rivalidad, que requieren de una regulación y gobernanza para una gestión sustentable. Estos bienes se denominan “de libre acceso”, por la característica de no-exclusión, y también “bienes comunes”⁴⁰. En esta área, autores como Hardin⁴¹ y Ostrom⁴² tienen un rol clave; ahora bien, hay que tener presente que ellos formulan sus planteamientos en sistemas anglosajones, en que el esquema de propiedad pública no existe o es muy débil, a diferencia de lo que ocurre en el sistema continental, al que pertenece nuestro país. Además, el foco de Ostrom es delimitado: recursos de uso común (como ella los denomina) de pequeña escala, con un número restringido de individuos involucrados; se trata, principalmente, de pesquerías, pequeñas áreas de pastoreo, cuencas subterráneas, sistemas de irrigación y bosques comunales, para cuya gestión comunitaria exitosa, además, deben concurrir una serie de principios de diseño institucional, de no simple cumplimiento.

Desde hace algunos años se está intentando traducir esta lógica económica a clave jurídica, sin mayores resultados clarificadores aún. La propuesta constitucional proporciona una definición genérica sobre los deberes del Estado respecto a

37 Artículo 134.1.

38 Artículo 134.2.

39 Artículo 134.3.

40 Ostrom (2008) señala que aún no hay consenso respecto a un lenguaje compartido para el amplio conjunto de bienes llamados “bienes comunes”. Frecuentemente, se evidencia confusión entre conceptos como “recursos de uso común”, “recursos de propiedad común”, “recursos de acceso abierto” y “bienes comunes” en general. Ostrom, E. (2008) “The challenge of common-pool resources”, *Environment*, 50 (4) pp. 9-20.

41 Hardin, G. (1968). “The tragedy of the commons”, *Science*, Vol. 162, pp. 1243-1248.

42 Ostrom, E. (2011). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Traducción de Merino, L., 2ª edición en español (México D.F., Fondo de Cultura Económica).

estos bienes comunes naturales. El hito crítico ahora es precisar jurídicamente su significado; el hecho de que un concepto esté en la Constitución no lo llena automáticamente de contenido ni es sinónimo de inmediata ejecución o cumplimiento. Quedan de este modo demasiadas interrogantes abiertas y sin respuestas claras, que es exactamente lo contrario a lo que se espera de toda fuente del Derecho, especialmente de la Constitución. La existencia de conceptos indeterminados o falta de claridad de reglas o parámetros constitucionales, acarrea el riesgo de que cualquier intento legislativo o de otra política pública sea tachado de inconstitucional.

Por esta misma falta de nitidez y por contradicciones en que se incurre en su regulación (por ejemplo, la propuesta encomienda al Estado-Administración la tarea de determinar la forma de uso y asignación del agua, lo cual corresponde más bien a la tipología de bien nacional de uso público), esta nueva categoría jurídica no parece ser el mejor mecanismo para el resguardo, uso y gestión sostenible de los componentes ambientales.

5.1. Deberes del Estado

La nueva categoría de bienes comunes naturales no envuelve un tema de titularidad del bien, pues en los comunes no hay un dueño definido, ya que no son del Estado o de la nación, sino que son de todos. Pese a que en la teoría económica la “no regulación” es la regla en los bienes comunes, los lineamientos generales que contiene la propuesta indican que de esta categoría se deriva la imposición de intensos deberes y obligaciones al Estado.

Así, respecto a los bienes comunes naturales inapropiables, se establece un rol del Estado en cuanto a su preservación, conservación y restauración y se radica en el Estado la facultad general de administración de los mismos. Los bienes comunes, ya sean apropiables o inapropiables, podrían encontrarse en el dominio privado, caso en el que se le entrega al Estado un “*deber constitucional de custodia*”, que se entiende de menor intensidad que la “administración”, y que es exigible por cualquier persona. Este deber de custodia implica la facultad del Estado de regular su uso y goce con la finalidad de preservar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras⁴³, lo cual podría implicar un alto grado de intervención dada la forma como está redactada la garantía de los derechos de la naturaleza, así como una colisión con el derecho de propiedad.

Asimismo, se asignan deberes específicos al Estado de protección y custodia del agua en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico⁴⁴, de humedales,

43 Artículo 134.4.

44 Artículo 140.1.

bosques nativos y suelo⁴⁵, de glaciares y entorno glaciar⁴⁶, entre otros. Si bien estas declaraciones pueden parecer a simple vista razonables, ellas generan la incertidumbre acerca del modo en que serán interpretadas y aplicadas, por cuanto envuelven asuntos de inmensa complejidad. A modo ilustrativo, cabe considerar que se debe distinguir entre sistemas de recursos y las unidades de recurso que produce ese sistema⁴⁷, que en materia hídrica supone diferenciar entre las fuentes naturales de agua y el volumen de agua que se extrae desde dicha fuente. A su vez, el “asegurar la integridad” de estos ecosistemas, funciones y procesos es una tarea que debe abordarse con atención, pues no puede asimilarse a una prohibición automática de toda actividad, sino que ello debe determinarse en función de su compatibilidad con la conservación de tales ecosistemas, funciones y procesos.

Sin perjuicio de las futuras regulaciones legales, en la propuesta de nueva Constitución el Estado asume un rol protagónico en relación a los bienes comunes naturales. Se le dota de amplias potestades para su protección y custodia, con escasos deslindes que permitan adelantar sus posibles implicancias. Ello es particularmente sensible si se considera que algunos de estos bienes comunes naturales tienen estrechos vínculos con actividades productivas, tales como la alta montaña para la minería, el aire y los campos geotérmicos para la energía, el bosque nativo para la actividad forestal, el mar territorial para la actividad pesquera, el agua para la agricultura y la industria, entre otros.

5.2. Título para el uso de los bienes comunes inapropiables

El carácter de inapropiable de ciertos bienes comunes naturales implica que estos bienes, considerados en sí mismos o en su estado natural, no pueden ser objeto de dominio o apropiación, ni por el Estado ni por los particulares, lo cual no constituye ninguna novedad respecto al régimen actual de los bienes públicos o de dominio público, pues la inapropiabilidad es uno de sus rasgos característicos.

El importante cambio que introduce la propuesta de nueva Constitución se relaciona con el título o situación jurídica que se crea para su uso, por ejemplo, para vincular a una persona con una determinada cantidad de agua a utilizar en una actividad, en que se transita desde el régimen concesional, desde el cual nacen derechos reales administrativos (llamados derechos de aprovechamiento de aguas, que, tras la reforma introducida al Código de Aguas por la Ley N°21.435, de 2022, tienen un estatuto bastante limitado), a uno de autorizaciones. Al respecto se señala que el Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas

45 Artículo 136.

46 Artículo 137.

47 Ostrom, E. (2011). El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva. Traducción de Merino, L., 2° edición en español (México D.F., Fondo de Cultura Económica).

únicamente para su uso, las que entre otros atributos y limitaciones serán temporales, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Dichas autorizaciones no generan derechos de propiedad⁴⁸. En el caso de las aguas se agregan restricciones adicionales a dichas autorizaciones: el carácter intransferible, la concesión en base a la disponibilidad efectiva de las aguas y la obligación del titular al uso que justifica su otorgamiento⁴⁹.

Varias preguntas surgen de estas reglas, todas las cuales carecen de respuesta o criterios unívocos para su elaboración: ¿procede el otorgamiento de autorizaciones ante el interés privado?; ¿qué garantías tendrá su titular ante un proceso de revocación?; ¿qué es y cómo se define la disponibilidad efectiva de las aguas?; ¿qué se entiende por justificación del otorgamiento de una autorización? En este sentido, el ámbito de discrecionalidad por parte de la Administración en el otorgamiento de las autorizaciones y el consecuente riesgo de arbitrariedad son muy altos, por lo que es esperable que la ley aborde correctamente estos tópicos. A su vez, y dado que estamos hablando de la situación jurídica sobre cierto volumen de agua, no sobre el agua en su fuente natural, ¿qué sentido tiene prohibir el intercambio o comerciabilidad de las autorizaciones y por qué sólo las relativas al agua tienen esta prohibición constitucional?

Sobre este último punto, hay que constatar que la introducción de mecanismos de reasignación basados en el mercado ha sido una de las herramientas adoptadas en distintos países para gestionar de un modo más adaptativo y flexible las sequías y otros efectos del cambio climático. Por cierto que un mercado que no tenga una adecuada regulación legal genera problemas, como la especulación, el acaparamiento y los cambios en la tasa de uso previsible, por lo que es fundamental diseñar sus reglas en base a las lecciones derivadas de la experiencia práctica; pero prohibir la comerciabilidad de estos títulos jurídicos desde la misma Constitución es improcedente y perjudicial para la gestión hídrica y ambiental.

A ello se suma la precariedad de las autorizaciones y que las mismas no están resguardadas por el derecho de propiedad. Al respecto cabe recordar que la propiedad se tiene no sólo sobre bienes corporales, sino sobre todos los activos del patrimonio (entre los cuales se incluyen títulos jurídicos como las autorizaciones). Ello deriva de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos y de numerosos fallos de tribunales internacionales. En definitiva, la regulación constitucional de los títulos para el uso de los bienes comunes

48 Artículo 134.5.

49 Artículo 142.

naturales podría generar desincentivos a la inversión de mediano y largo plazo, y consecuencias económicas que pueden redundar en una utilización ineficiente de los recursos, así como en una menor protección del medio ambiente.

5.3. Régimen transitorio en materia de aguas

Atendida su relevancia, resulta necesario referirse al régimen transitorio previsto en la propuesta de nueva Constitución relativo a la situación de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas.

El derecho transitorio persigue resolver las dificultades que se producen ante alteraciones del derecho sustancial, escenario en que una de las tareas primordiales es determinar cómo se regirán aquellas situaciones preexistentes que sigan desplegando sus efectos después de entrada en vigor el nuevo régimen. Las disposiciones transitorias deben ser elaboradas con gran rigor y cuidadoso análisis⁵⁰, pues se requiere una adecuada ponderación de todas las circunstancias, implicancias y dificultades de las situaciones jurídicas preexistentes, y, luego, con la mayor claridad y detalle posible, se debe definir el régimen que les resulta aplicable. Toda innovación normativa que conlleve una alteración importante de la situación preexistente tiene un altísimo costo si no se lleva a cabo con prudencia y otorgando un tiempo suficiente para la adaptación⁵¹. Por esto es conveniente procurar conocer debidamente la realidad a la que van a aplicarse las nuevas normas y analizar dos elementos: el tradicional y el nuevo, y, en su virtud, propugnar un equilibrio entre los factores de tradición, costumbres y originalidad⁵².

En materia de aguas, la propuesta constitucional incluye reglas transitorias en cuya formulación no se observaron las directrices antes mencionadas. En primer término, todos los derechos de aprovechamiento de aguas preexistentes se convierten automáticamente en autorizaciones con la mera entrada en vigencia de la Constitución. Los derechos previos se declaran vigentes, pero quedan sujetos a una serie de restricciones, adicionales a su inmediata transformación en autorizaciones⁵³. Por otra parte, la autoridad del agua debe efectuar un proceso gradual, progresivo y con urgencia de “redistribución” de caudales de cuencas, con apoyo de los gobiernos regionales, para asegurar los usos priorizados en la Constitución. En las normas permanentes de la propuesta no se alude a la

50 Bergel, J. L. (2005). “Dispositions transitoires et méthode législative”, *Revue de la Recherche Juridique*, N° especial, pp. 2737-2747.

51 Ariño, G. (1985). “Informe jurídico”, en Llamas, M., Custodio, E. y Ariño, G., *Informes. El proyecto de ley de aguas* (Madrid, Ediciones Instituto de Estudios Económicos) pp. 82-166.

52 Moisset De Espanés, L. (2002): “Cambio social y cambio legislativo”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N°320, pp. 59-83.

53 Disposición 35ª transitoria.

“redistribución”, por lo que en esta disposición transitoria hay en realidad una norma sustantiva, de fondo, que introduce una nueva figura. No existe además una remisión a la ley para que defina criterios, procedimientos y garantías para esta redistribución, lo que aumenta el riesgo de decisiones arbitrarias y abusivas y que podrían traducirse en serios perjuicios para la seguridad hídrica y el desarrollo sostenible de las cuencas⁵⁴.

En suma, el régimen transitorio no considera espacios para la adaptabilidad ni las compensaciones derivadas de la privación de facultades jurídicas, e incluso eventualmente de la propiedad sobre bienes incorpóreos. Es del caso recordar que si una regulación administrativa, legal o constitucional afecta significativamente las facultades o atributos esenciales del dominio, se está en presencia de una expropiación regulatoria que da lugar a la correspondiente indemnización.

6. Institucionalidad ambiental e hídrica

Resulta también relevante mencionar algunos temas de institucionalidad ambiental y de aguas en la propuesta constitucional.

En relación a la temática propiamente ambiental, un punto positivo es la consagración constitucional de los tribunales ambientales. Sin embargo, resulta un retroceso la eliminación del ministro licenciado en ciencias, dado que los Tribunales Ambientales quedan integrados al sistema de justicia, el cual solo admite a jueces abogados⁵⁵. Por otra parte, no se justifica la existencia de un tribunal en cada región, dado el volumen actual de causas que conocen dichos tribunales y sin perjuicio del aumento de causas que supondrían las acciones de tutela ambiental. En este sentido, el resorte para aumentar el número de tribunales ha de ser legal.

Otro aspecto que genera dudas es el mecanismo de designación del Defensor de la Naturaleza⁵⁶, a través de una terna que emana de las organizaciones ambientales de la sociedad civil, lo cual podría generar lógicas de captura institucional. También se plantean interrogantes en relación con las atribuciones de la Región Autónoma, especialmente en la elaboración de los planes de descontaminación y sus reales capacidades para ello, además de una muy poco clara atribución y delimitación de competencias ambientales a nivel territorial (comunal, regional y nacional).

54 Disposición 36ª transitoria.

55 Artículos 327, 331 y 348.2.

56 Artículo 150.

En cuanto a la institucionalidad y gobernanza de las aguas, la propuesta crea un nuevo esquema institucional y de competencias, que involucra distintos niveles:

- Nivel nacional: Agencia Nacional del Agua. La propuesta de este ente autónomo es positiva. Su estructura orgánica y competencial fueron delegadas a la ley, pero, en el caso de las competencias, se entrega bastante más que un marco o directriz general al legislador, atribuyéndole potestades muy amplias y diversas entre sí, varias de las cuales hoy ejercen entes sectoriales especializados⁵⁷. Visualizando este cúmulo tan dispar de funciones se advierte la dificultad que tendrá el legislador para diseñar su regulación, lo cual exige un riguroso estudio de todas las funciones del área hídrica. Esto hará surgir recomendaciones que podrían no ser coincidentes con los atributos ya trazados en la propuesta, y que son propios de una especie de contraloría de aguas, de entes públicos y privados, y que, además, dirige, coordina, sanciona, implementa distintos instrumentos; todo, en las mismas manos.

Lo más adecuado, y que estimamos debió haberse hecho, es entregar a la ley la determinación ordenada y coherente de la orgánica y estructura de esta nueva entidad, lo que exige un estudio muy concienzudo de las funciones actuales en el área. Además, no se vislumbra qué entidades de las vigentes serán absorbidas por la Agencia y cuáles deberán seguir operando en este nuevo esquema. Si todo lo anterior no se trabaja de manera correcta, la institucionalidad hídrica se puede burocratizar aún más, en circunstancias de que se necesita exactamente lo contrario: vigorizar y articular la institucionalidad a escala nacional y de cuencas, pero con claridad y precisión, y no agregando un actor más a la ya abultada y fragmentada orgánica existente.

- Nivel regional: región autónoma, asamblea regional y gobierno regional. Entre otras múltiples funciones, la región autónoma tiene a su cargo el uso racional del agua y el manejo integrado de cuencas⁵⁸. Por su parte, a la asamblea regional se le asigna el control en cuanto a la aprobación, modificación o rechazo del plan regional de manejo integrado de cuencas, que le presenta el gobierno regional y que es elaborado por el respectivo consejo de cuenca⁵⁹. Con ello, este instrumento planificador adquiere un carácter político que le resta tecnicidad y objetividad, y que demuestra que los consejos de cuenca, que se revisan seguidamente, no tienen autonomía en el cumplimiento de una de sus principales tareas.

57 Artículo 144.

58 Artículo 220 letras g) e i)

59 Artículo 226 letra k).

Dada la falta de coincidencia entre el ámbito territorial de las cuencas y las regiones, algunas de las dudas que nacen, y que no tiene respuesta en la propuesta constitucional, es cómo se procederá frente a la existencia de cuencas hidrográficas limítrofes o compartidas entre dos o más regiones y en los eventos en que haya más de una cuenca en una misma región. Es igualmente poco nítida la forma en que se articulará la relación entre todas estas instancias y autoridades regionales, la Agencia Nacional del Agua, los consejos de cuenca, los pueblos y naciones indígenas y las organizaciones de usuarios de aguas existentes en gran parte del país desde tiempos muy antiguos. Se vislumbra acá una posibilidad cierta e inminente de conflictos por el agua entre las regiones y, además, entre éstas y los otros organismos y actores mencionados.

■ Nivel de cuencas: consejos de cuencas. Los consejos de cuenca son positivos en cuanto suponen reconocer a la cuenca como unidad de gestión de los recursos hídricos, cuestión en la que en Chile no se ha podido avanzar pese a lo compartido del diagnóstico. Para avanzar en este tema se deben resolver una serie de preguntas que en la propuesta no tienen respuesta clara⁶⁰. Por ejemplo, ¿cómo se entiende la función o responsabilidad de la “administración” de las aguas que se les atribuye?; ¿Cómo se concilia ello con las tareas que en este mismo ámbito de administración hídrica cumplen organismos administrativos, como la Dirección General de Aguas, y las tradicionales organizaciones de usuarios de aguas (OUAs)? ¿Cómo se vinculan los consejos de cuenca con las otras autoridades antes mencionadas? ¿Quién toma las decisiones finalmente? ¿Qué grado de autonomía tienen los consejos de cuenca? En cuanto a la integración de los consejos de cuenca, llama la atención que no se haya mencionado explícitamente a las OUAs; se habla de titulares de autorizaciones de aguas, pero ellos (actuales titulares de derechos de aprovechamiento) no actúan individualmente por regla general, sino que colectivamente a través de las OUAs, salvo el caso generalizado de las aguas subterráneas. De las OUAs se habla sólo en las disposiciones transitorias, lo que resulta incomprensible y muy desapegado de la realidad en un texto que se refiere con bastante detalle a la situación de las aguas.

7. La continuidad de un proceso

Cualquiera sea el resultado del plebiscito constitucional del próximo 4 de septiembre de 2022, todo parece indicar que la discusión constitucional continuará en nuestro país. En este sentido, es incuestionable que la temática ambiental, ecológica e hídrica necesita ser estudiada y analizada en profundidad

60 Artículo 143.

con el objeto de reforzar adecuadamente la protección ambiental a nivel constitucional. Para ello resulta esencial analizar la experiencia comparada y la evidencia de política pública, de modo de mejorar el estándar de protección ambiental en el país y la protección de la naturaleza *per se* bajo las lógicas y criterios que proporciona el principio de sostenibilidad. Estas debieran ser una de las principales lecciones del actual proceso constituyente, y el compromiso para que el mismo tenga una continuidad a futuro.