

EDITORIAL

ACUERDO DE ESCAZÚ Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE CHILE

Verónica Delgado Schneider

Doctora en Derecho Università Tor Vergata (Roma)

Profesora de Derecho Ambiental y Aguas
de la Universidad de Concepción

Investigadora Asociada del CRHIAM e Investigadora
Adjunta del Centro de la Ciencia del Clima y la Resiliencia

El llamado Acuerdo de Escazú, primer acuerdo vinculante para América Latina y el Caribe, entró en vigencia el pasado 22 de abril, tras lograr –en tiempo récord– las 12 ratificaciones necesarias. Pasa, así, a integrar la normativa internacional ambiental y de derechos humanos y a permear las normativas internas de todos sus Estados partes. Hasta ahora, Chile no ha adherido al Acuerdo, pese a haberlo propuesto y liderado en sus negociaciones, utilizando para la negativa argumentos débiles e incluso falaces¹. Pero, afortunadamente, ya sabemos que el presidente de la República recientemente electo –para el periodo 2022 a 2026– ha comprometido su adhesión dentro de los primeros días de su gobierno.

Esto significará para Chile, sin duda, una enriquecedora instancia para revisar nuestra normativa y avanzar en aquello en que existan brechas. Y estos cambios deberán hacerse, de manera siempre progresiva y sin retroceder, mediante procesos internos, pero también con colaboración internacional.

Ad portas de una nueva Constitución, es oportuno preguntarnos qué aspectos del Acuerdo de Escazú podrían quedar plasmados en ella. Y siento que en este proceso constituyente, Escazú es una pieza clave del rompecabezas. Para aquellos que hemos armado rompecabezas, hay piezas fáciles de ubicar, pues sus contornos indican claramente que van en los costados

1 Respecto a los cuestionamientos a la decisión de Chile de no suscribir este tratado, se puede revisar: DURÁN, Valentina y NALEGACH, Constance (2020): “¿Por qué Chile debe adherir al Acuerdo de Escazú?”, en *Perspectivas CDA* N° 2. Disponible en línea: <[https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_\(2\)_2020/index.html](https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_(2)_2020/index.html)>.

de lo que se arma, pero hay otras, que siendo más difíciles de ubicar, una vez instaladas en el centro de la figura, permiten avanzar vertiginosamente en que todo calce. Escazú será una de esas piezas claves, pues, si queremos una Constitución ecológica, que transversalmente incluya los pilares de esta nueva realidad caracterizada por una crisis ambiental, climática e hídrica presente desde hace años, la democracia ambiental, corazón de Escazú, asegurará anclar de manera coherente y estructurante muchas otras piezas que luego los tres poderes del Estado deberán implementar, para sumar a la sociedad productiva y a todos nosotros a los nuevos desafíos.

En estas líneas, que tengo el honor de escribir, agradecida y dichosa de ser parte de ONG FIMA, quiero responder la pregunta del párrafo anterior en materia de justicia ambiental. Primero –eso sí–, veamos algunas cuestiones previas importantes.

1. LA DEMOCRACIA AMBIENTAL A PARTIR DE LA CUMBRE DE LA TIERRA DE 1992

Si bien los primeros pasos empezaron casi 30 años antes, fue en 1992, en la quizá más exitosa cumbre mundial sobre la protección del ambiente, donde más de 170 Estados avanzaron en acuerdos vinculantes (en cambio climático, biodiversidad y desertificación) y en *soft law*, para instar a los países menos desarrollados a adoptar nuevas leyes ambientales, abandonando la mirada regulatoria sectorial de entonces sobre recursos naturales (para los sectores pesquero, agrícola, forestal, minero, etc.), para avanzar hacia otra, que reconociera que todos ellos formaban parte de los ecosistemas, y que el aprovechamiento racional debía considerar normas de protección, responsabilidad y de participación. Así, se propuso incluir en la nueva normativa el Principio 10 de Río, mediante el cual se proclamaba que la mejor manera de tomar las decisiones era con la participación informada de los actores de cada territorio y con el derecho a reclamar judicialmente en contra de esas decisiones, incluyendo (en el Principio) la solicitud para la reparación del daño ambiental y la indemnización de los daños personales.

A partir de 1992, muchos países cambiaron sus constituciones y leyes para considerar estas normas y principios ambientales o para mejorar las que ya tenían. Y de hecho, a la fecha, prácticamente en todo el mundo las

constituciones abordan el derecho a un ambiente sano, y muchas de las normas y principios de Río 1992.

Específicamente en relación a la democracia ambiental, en Europa incluso, la Unión Europea avanzó con el Convenio de Aarhus (abierto a la firma de cualquier Estado del mundo) y luego con directivas específicas, para exigir estándares precisos en los llamados derechos de acceso ambientales: a la información, participación y justicia ambiental. Y ello sin perjuicio de referencias explícitas en algunas constituciones recientes de países europeos, en que se ha considerado necesario reforzar estos derechos. Así, por ejemplo, en Francia se consideran normas expresas para que “toda persona” tenga derecho a acceder a “informaciones relativas al medio ambiente de las autoridades públicas” y a participar en la elaboración de las políticas públicas. Se reconoce que toda persona tiene el derecho de vivir en un ambiente equilibrado y respetuoso con la salud y, por lo mismo, también tiene deberes, varios asociados al daño ambiental, y se impone el principio precautorio en la toma de decisiones (arts. 1, 3, 4, 5 y 7). Por su parte, en Portugal, para asegurar el derecho de todos a un medio ambiente humano, salubre y ecológicamente equilibrado, imponen al Estado una serie de deberes, que debe cumplir “por medio de organismos propios con la vinculación y participación de los ciudadanos” (art. 66). Y se impone, además, que todos tienen el “deber de defenderlo”, incluyendo para ello las respectivas acciones judiciales, etc.

En América Latina y el Caribe, los cambios se dieron mediante reformas constitucionales y dictación de leyes ambientales, aunque hubo intentos de armonización en el MERCOSUR (Mercado Común del Sur). Así, por ejemplo, a nivel constitucional, algunos de estos derechos de acceso fueron considerados expresamente en Argentina, Paraguay, Colombia, entre otros países, con gran énfasis en el derecho a un ambiente “sano” y en el daño ambiental, especialmente para determinar que las personas que lo causen serán responsables no solo a nivel administrativo, sino, además, penalmente, y tendrán la obligación de repararlo, y, para ello considera una amplia legitimación activa. En la Constitución de Argentina, el recurso de amparo (art. 43 reformado en 1994) considera que la defensa de los derechos de incidencia colectiva corresponden al afectado, al Defensor del Pueblo y las asociaciones. En la Constitución paraguaya (arts. 38 y 134, reforma de 1994) existe el derecho a la defensa de los intereses difusos de “toda persona, individual o colectivamente” para reclamar a las autorida-

des públicas medidas para la defensa...”, y en la Constitución colombiana (art. 88 del año 1991) existen las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Sin embargo, con nuevas reformas constitucionales en la región y especialmente con los estándares de Escazú, hay insumos importantes para el proceso constitucional chileno en curso.

Por ejemplo, en la Constitución de Ecuador, donde se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, su *mak kawsay* (art. 14) y de la naturaleza (arts. 10, 71 y 72), el Estado asume una serie de deberes y estándares en relación a los derechos de acceso. Por ejemplo, a permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio (art. 397) y estableciendo que la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. El Estado debe, además, garantizar la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y naciones afectadas en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales, y que, en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, estas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza (art. 395). Por su parte, en la Constitución de Bolivia, donde las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado (art. 33), la población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultada e informada previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente (art. 343) con atención a los más vulnerables, al señalar que se asignará una participación prioritaria a los territorios donde se encuentren estos recursos y a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (art. 353), y en materia de acceso a la justicia, cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente (art. 34).

La Constitución chilena, por cierto, tiene normas sobre información, participación y justicia, pero son normas generales que –al menos en ambiental– no han resuelto oportunamente problemas importantes, como saber exactamente la cantidad de antibióticos que se usa en cada industria salmoneera; la antojadiza interpretación contra la participación ciudadana utilizada por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) en el último gobierno, y qué decir de las pocas sentencias judiciales que se cumplen efectivamente en el país, como sucede, por ejemplo, con el caso de la sentencia de la Excm. Corte Suprema para Quintero y Puchuncaví o las de daño ambiental.

2. EL MODERNO ACUERDO DE ESCAZÚ PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Lo más valioso del Acuerdo de Escazú es que el proceso de su formación y negociación se hizo de manera transparente y participativa, en total coherencia y sintonía con lo que se propone. Su ideóloga y principal negociadora en Chile, Constance NALEGACH, afirma:

“El proceso del Acuerdo de Escazú se valora además por sus novedosas modalidades de participación del público que contribuyó a dotar de legitimidad y transparencia el texto adoptado. Fueron escuchados no sólo los negociadores oficiales de los Estados, sino todo aquel ciudadano que quisiera aportar”².

Y el texto resulta ser, entonces, un acuerdo de democracia ambiental más ambicioso de lo que quizá se propuso en su momento, al abordar no solo los estándares más probados y efectivos (tras la experiencia del Convenio Aarhus), sino, además, aquellos que responden a la realidad de nuestros pueblos. América Latina y el Caribe es y será, siempre, diversa al resto del mundo. Maravillosa en sus riquezas naturales y culturales, pero dependiente económicamente de la extracción de la naturaleza y altamente vulnerable al cambio climático. El cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible o el desempeño ambiental se torna muy difícil en muchos de nuestros países y, tras la pandemia, las diferencias se han tornado más abruptas en varias materias sociales y económicas. La flexibilidad en las exigencias ambientales también se ve como un mecanismo adoptado en

2 NALEGACH, Constance y ASTROZA, Paulina (2020): “La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú”, en *Documentos de Trabajo Fundación Carolina* N° 40 (2ª época).

varios países de la región para lograr reactivar la economía, y son cientos de casos en que la violencia contra líderes locales transforma peligrosa la defensa del medio ambiente.

Por ello es importante detenernos en Escazú, pues se hace cargo de nuestras fortalezas y debilidades. En una apretada síntesis, sus aspectos más notables son: que se vuelca a garantizar la efectividad de los derechos de acceso; que es el primer acuerdo vinculante en establecer que cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano como derecho humano³; que es el único tratado en el mundo en contemplar disposiciones específicas en favor de las y los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales y que lo hace centrado en los más vulnerables. Ofrece un piso para que cada país supere sus particulares brechas, considerando su propia realidad, pero siempre avanzando. Es un piso muy importante lograr en la región, pues –de lo contrario– seguiremos siendo elegidos para invertir según la laxitud de nuestras normas, perdiendo nuestras riquezas de manera acelerada e irresponsable, destruyendo territorios y a sus pueblos, y con cada vez más conflictos socioambientales. Esa es realmente la mirada que debemos tener.

Escazú, además, considera principios básicos para los derechos humanos en general y los ambientales en particular, pero sin definirlos (para que la doctrina y la jurisprudencia los vayan adaptando en el tiempo): el principio de igualdad y principio de no discriminación; el de pro persona y de buena fe; de transparencia y de rendición de cuentas; de máxima publicidad, los principios de no regresión y de progresividad; los principios preventivo y precautorio; el de equidad intergeneracional; de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y el de igualdad soberana de los Estados (art. 3). Además, impone que sus normas deberán ser interpretadas de la manera más favorable al pleno goce y respeto de los derechos de acceso (art. 4.8).

Avances importantes (si se compara con Aarhus) son las amplias definiciones que realiza de “público”, “autoridad competente” e “informa-

3 El derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, después de décadas de trabajo de muchos actores en el mundo, alcanza, además, el reconocimiento unánime como derecho humano el pasado 8 de octubre, mediante la Resolución N° 48/13, del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, referida al acceso a un medio ambiente como un derecho universal. Disponible en línea: A/HRC/48/L.23/Rev.1 (undocs.org)

ción ambiental”, y los estándares precisos y modernos en cada uno de los derechos de acceso. Así, por ejemplo, en cuanto al acceso a la justicia en asuntos ambientales, en la que me concentraré, hay brechas importantes en las que mejorar o derechamente consagrar. Veamos las principales normas:

El derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales debe ser garantizado de acuerdo con las garantías del debido proceso e incluye instancias judiciales y administrativas, en cuestiones de fondo y procedimiento, relacionados a cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental o con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales o cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.

Para garantizar el derecho, cada Parte, considerando sus circunstancias, deberá contar con órganos estatales con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental y además –como ya acentuaba Aarhus– procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos. De hecho, para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia, y para hacerlo efectivo se atenderán las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, quizá nuestra brecha más evidente en Chile. E incluso, pensando en los pueblos originarios, determina el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho.

Para Escazú, la legitimación activa en defensa del medio ambiente deberá ser “amplia” y siempre considerar mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan. Chile no cumple estos estándares: el recurso de protección no es una acción popular y muy limitada es la limitada legitimación en aguas y daño ambiental. Y qué decir de cuántas sentencias además no se cumplen.

También aplicables al daño ambiental se consideran tres excelentes estándares, que cumplimos solo parcialmente: primero, la posibilidad de disponer de medidas cautelares y provisionales para prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer los daños; segundo, medidas para facilitar la produc-

ción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba, y mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

3. LA DEMOCRACIA AMBIENTAL EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL CHILENO

En un proceso inédito en el país, el órgano encargado de redactar la nueva Carta Fundamental, la Convención Constitucional decidió recibir a la ciudadanía en audiencias públicas. Pues bien, si nos referimos específicamente a las primeras audiencias que tuvo la Comisión de Derechos Humanos de la Convención Constitucional (transitoria), ellas evidencian que las temáticas de Escazú fueron ardua y dolorosamente narradas. En el Informe de estas audiencias, en Verdad Histórica, por ejemplo, destacan relatos de permanente crítica institucional y normativa, situaciones particulares de injusticia ambiental en relación al agua y las zonas de sacrificio; así como críticas a la política externa del país por la no suscripción del Acuerdo de Escazú. Hubo relatos específicos de cómo la cultura extractivista viola derechos humanos medioambientales al imponer una relación con el medio natural de explotación sin límites y sin planificación sustentable. Y muchos relevando ataques, amenazas e intimidaciones a los derechos humanos de quienes defienden los bienes comunes. En la síntesis sobre justicia, hubo relatos asociados a la necesidad de participación ciudadana vinculante y directa, a propósito de cualquier actividad, práctica o norma que sea susceptible de afectar la relación entre las comunidades, sus territorios y la naturaleza, desprendiéndose que una causa de los conflictos socioambientales está en que las estructuras jurídicas no reciben las reivindicaciones de las personas y comunidades sobre sus territorios. Y en reparación, se espera un reconocimiento de la degradación causada históricamente y reparación a las personas y a la propia naturaleza. En lo material, hubo solicitudes de restauración ecológica o de indemnización a personas o medidas para mejorar la salud de la población y en lo simbólico, solicitudes de reconocimientos a nivel constitucional, además de archivos

públicos a nivel de memoria histórica y colectiva. Finalmente, en el capítulo de garantías de no repetición y no regresión, se espera una nueva articulación institucional del Estado y la ejecución de diversas iniciativas públicas⁴.

Lo anterior se vio reflejado de inmediato, directamente, al aprobar los temas que deberán discutirse (y ya se están discutiendo) en las Comisiones de la Convención Constitucional. En efecto, y como ya ha sintetizado⁵, en la votación del Reglamento General de la Convención Constitucional hubo cambios sustantivos en materia ambiental, gracias a las indicaciones presentadas.

Dentro de estos cambios, hay varias temáticas de Escazú que –aunque resistidas– deberán ser discutidas en la nueva Constitución. Así, por ejemplo, cuando se discutían los temas mínimos a considerar por la Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico, se identifica claramente una posición que buscó eliminar infructuosamente ciertos temas mínimos de esta Comisión, como la bioética, los derechos de la naturaleza y de la vida no humana, la soberanía alimentaria y la democracia ambiental. Las votaciones fueron tan elocuentes en el sentido contrario, que –de hecho– la indicación para eliminar la democracia ambiental no fue siquiera defendida públicamente por alguno de sus autores. En la fórmula final se incluyen, además, y especialmente argumentando en base a la existencia de las llamadas “zonas de sacrificio”, varios principios importantes del derecho ambiental internacional –que están también reconocidos en Escazú– como la justicia intergeneracional y al principio de no regresión ambiental, y mediante indicaciones se agregan los principios preventivo y precautorio.

Por otra parte, en la Comisión de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos

4 Tuve el honor de participar en la redacción del Informe Final Verdad Histórica, Reparación Integral y Garantías de No Repetición, resultado del proyecto de sistematización de audiencias, para la Comisión de Derechos Humanos de la Convención Constitucional, Subcomisión de Verdad Histórica, Reparación Integral y Garantías de No Repetición, en el capítulo de medio ambiente. Diciembre de 2021.

5 DELGADO, Verónica (2021): “Lo ambiental, ecológico y climático en el Reglamento General de la Convención Constitucional: aciertos y dudas”, en *Eco-Reflexiones*, vol. 1, N° 7.

Locales y Organización Fiscal se logró incluir no solo discutir sobre “mecanismos de equidad territorial”, sino también de “justicia ambiental”. La convencional Gloria Alvarado justifica la indicación en la desigual distribución de las cargas ambientales, mencionando a todas las zonas de sacrificio de Chile y que la justicia ambiental colaborará con un ordenamiento territorial más justo, sin discriminar a las personas.

Y en la Comisión sobre Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional se considera expresamente la democracia ambiental, derechos de acceso a la participación, información y justicia ambiental. Por otra parte, en el mismo artículo se consideran las “Acciones constitucionales y garantías institucionales a los Derechos Humanos” (y de la naturaleza) y una Defensoría de los Pueblos (y de la naturaleza)⁶. La convencional Camila Zárate fundamentó la indicación explicando que esta defensoría debería ser pública y gratuita, abordando las fases judicial y extrajudicial.

En fin, y actualizando los temas en discusión hoy, quizá el punto que más débil se ve hasta ahora es el de reglas concretas en materia de daño. Sugiero, a la luz de lo que ocurre con nuestro sistema y de los nuevos estándares del Acuerdo de Escazú y de la experiencia comparada, considerar en la nueva Constitución que el daño ambiental no solo generará responsabilidad penal y administrativa para las personas naturales y jurídicas que lo causen, sino además la obligación de reparar y/o compensar al ambiente y personas afectadas, mediante un sistema objetivo (para así facilitar la prueba), con seguro para las actividades más riesgosas, legitimación activa judicial amplia y asistencia jurídica gratuita.

3. REFLEXIONES FINALES

El mayor avance en la región de América Latina y el Caribe es contar con Escazú, el primer acuerdo vinculante en materia ambiental y de dere-

6 De hecho, para la defensa ambiental, durante el 2020 y productos de cabildos y conversatorios, se propuso una defensoría pública para el medio ambiente y una acción popular. FIMA (2020), *Bases para una Constitución ecológica en Chile. V.25/11/20* (Santiago: FIMA), pp. 4 y 6. Disponible en línea: <<https://www.fima.cl/wordpress/wp-content/uploads/2020/11/BASES-PARA-UNA-CONSTITUCIO%CC%81N-ECOLO%CC%81GICA-v.-25.11.20-1.pdf>>.

chos humanos. Se nutrió de toda la experiencia del Convenio de Aarhus y, además, de manera participativa, conoció la realidad de los países de la región y estableció un piso, poniendo énfasis en estándares y principios para “nuestros” problemas y vulnerabilidades.

Chile hasta ahora no es parte de Escazú, pero sabemos que el presidente electo, Gabriel Boric, lo considera dentro de sus primeras medidas en materia internacional.

En la Convención Constitucional, las audiencias oídas por la Comisión de Derechos Humanos refleja que las temáticas de Escazú fueron ampliamente abordadas, especialmente en relación a la falta de agua, la contaminación en las llamadas “zonas de sacrificio”, la falta de sanción por los “ecocidios” y la falta de reparación de los daños al ambiente y salud de las personas, exigiendo que se garantice la no repetición de estas violaciones a los derechos ambientales humanos y a los “derechos de la naturaleza”.

Estos relatos encuentran eco directamente si se revisan los temas que deberán discutirse (y ya se están discutiendo) en las Comisiones de la Convención Constitucional según el Reglamento General, pues varias de ellas consideran los derechos de acceso en asuntos ambientales, ya sea por alusiones directas a la democracia ambiental en general o a varios de sus principios (donde destaca el de no regresión) o bien alusiones permanentes a la justicia ambiental, especialmente en materia de daños históricos, la privatización del agua o procedimientos sin participación ciudadana.

Los convencionales cumplieron, así, el mandato autoimpuesto de no olvidar lo que la ciudadanía quiere y necesita, llevando los temas de los relatos al centro de la discusión. Así, no me cabe duda alguna de que se ha ubicado en la mesa una de las piezas clave en la elaboración de la nueva Constitución, y con ello será más fácil avanzar en la implementación de los nuevos estándares de la democracia ambiental. Y si agregamos su próxima adhesión, implica entonces que avanzaremos además con la región.