

Alberto Coddou Mc Manus

El momento constitucional y el cambio climático

Alberto Coddou Mc Manus[1]

I. ¿Cómo afecta la regulación de las aguas y el medio ambiente a la vida cotidiana de la ciudadanía?

La respuesta a esta pregunta depende de una cuestión compleja, que supone vincular los grandes procesos institucionales con las experiencias, las trayectorias y las subjetividades de las personas y sus comunidades. Esta cuestión, a su vez, ha estado en el centro de las actuales crisis ambientales, que sólo se pueden experimentar por paradojas que los números por si mismos son incapaces de explicar. ¿Cómo entender, por ejemplo, los efectos de un cambio climático que sucede lenta y gradualmente, de maneras casi imperceptibles? Para empezar a abordar estos fenómenos, intelectuales como Timothy Morton sugieren tratar problemas como el del cambio climático a partir del concepto de 'hiperobjeto', es decir, objetos tan extensos en el tiempo y el espacio que son imposibles de señalar o detectar directamente.[2] En nuestra vida cotidiana, fenómenos como el del cambio climático suelen ser experimentados por una información abrumadora sobre efectos que sucederán en 100, 1.000 o 10.000 años, por islas que se hunden en la mitad del océano pacífico, o por un animal exótico que se encuentra en peligro de extinción por problemas relativos al derretimiento de los hielos. Y en ese mismo registro, seguimos con nuestra vidas, tan materiales y tangibles como las compras, el microondas, las deudas, la basura y el auto. Esas escalas, tan distintas en magnitud e intensidad, tanto en el tiempo como en el espacio, invitan a pensar en que nuestra vida cotidiana parece estadísticamente insignificante. Más allá de si esto califica como un problema de acción colectiva, las crisis ambientales se alimentan de una profunda

---

[1] Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile), Máster en Derecho (New York University) y Doctor en Derecho (University College of London). Profesor del Instituto de Derecho Público, Universidad Austral de Chile (campus Isla Teja, Valdivia).

[2] Morton, Timothy, Hiperobjetos (Editorial Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2014).

y cotidiana resignación ante lo que puede ser pensable sólo con experimentos mentales que nada dicen acerca de nuestras vidas.

A pesar de ello, la recientemente denominada era de la "emergencia climática" se manifiesta en efectos profundamente concretos, que parecen estar dentro de las principales preocupaciones de las personas y las comunidades. Quizás el caso de las crisis hídricas, o popularmente denominadas sequías, son las más "materiales" de todas las crisis, pues se experimentan con imágenes tan nítidas que son difíciles de negar u obviar. Y es justamente esta materialidad de las crisis hídricas la que hace que, de algún modo, todo lo que hacemos, por pequeño que parezca, importa, afectando tanto a humanos como a no humanos. En el mismo repertorio de Morton, las sequías serian "fragmentos borrosos" de estos hiperobjetos que, como el cambio climático, no podemos entender en su totalidad. Es justamente en este espacio donde entra la reflexión jurídica, creo yo, o más propiamente institucional, en el entendido de que las instituciones no son otra cosa que procesos para adoptar decisiones en base a los criterios que consideramos adecuados para una determinada función que, en el caso del agua, supone abordar el carácter dinámico, temporal y espacial de los recursos hídricos y de la flexibilidad regulatoria que ello exige. La pregunta, si se me permite articularla de esta manera, es por el modo en que los procesos de toma de decisiones sobre estos fenómenos son capaces de vincular estos "fragmentos borrosos" con los aportes descentralizados que la comunidad científica viene haciendo hace bastante tiempo y que se centralizan a través de redes de cooperación que terminan canalizándose en consensos bastante centralizados. Además, ello supone un vínculo basado en el diálogo y en la comprensión de estos aportes científicos por parte de los principales afectados por esa institucionalidad. El ejemplo de una colaboración entre múltiples actores por encontrar una vacuna para enfrentar la actual pandemia de la Covid-19 y generar seguridad y confianzas en las comunidades es ilustrativa de lo que quiero sugerir aquí: si pensamos en la vacuna de Pfizer-BioNTech, por ejemplo, originalmente desarrollada en universidades estatales alemanas por hijos de inmigrantes turcos, con la colaboración de empresas privadas, testeada en Estados Unidos, Brasil, Argentina y Sudáfrica, ahora fabricada en un pequeño pueblo en Bélgica, y aprobada en tiempo récord por las agencias administrativas del Reino Unido. Cómo pensar, por ejemplo, en la gran cantidad de información científica dispersa sobre las causas y los efectos del cambio climático, que opera trasnacionalmente, y el modo en que esta puede cana-

lizarse en poderes administrativos centralizados con capacidad de actuar, de efectivamente generar los cambios que se requieren en el cumplimiento de los deberes de adaptación, mitigación, y transición justa frente al cambio climático y que generen la debida legitimidad.

Es esa capacidad de vincular lo cotidiano con los modos de hacer frente a cuestiones que parecen distantes y lejanas lo que se tiene que exigir del nuevo marco constitucional. Ello supone, evidentemente, dejar atrás el marco institucional en virtud del cual se distribuyen y asignan los usos del agua y de otros bienes fundamentales para la vida humana en la actualidad, que está marcado por una radical ausencia de un Estado protector en la vida cotidiana de las personas. Tanto en su diseño jurídico-constitucional como en la práctica institucional de los últimos 30 años, cada intento del Estado por regular estos usos a través de su experticia o de su capacidad técnica para planificar centralmente ha debido enfrentar sendos obstáculos que impiden enfrentar los problemas por los que se atraviesa en una crisis ambiental.

II. ¿Qué debiera contener la nueva Constitución para ser más ecológica que la actual? ¿Cuáles cree que son las materias que debieran regularse en la nueva Constitución y cuales debieran ser regulados por ley?

Voy a partir transparentando que en verdad no tengo mucha expertise en temas de derecho medioambiental. Sin embargo, he ido poco a poco estudiando el tipo de razones que se pueden ofrecer para incluir algo que consideramos digno de protección en los textos constitucionales. En este contexto, he estudiado los argumentos y los modos en que diversos procesos constituyentes recientes se han hecho cargo del cambio climático y su articulación definitiva en textos constitucionales. Y creo que hay cuatro cuestiones fundamentales para abordar el modo en que una constitución se hace cargo de estos temas.

Primero, la necesidad de reconocer que esto es un problema constitucional. La importancia de nombrar un problema como un problema constitucional es algo relativamente poco estudiado en la teoría constitucional, últimamente destinada a denigrar las aspiraciones, los compromisos o los sueños que suelen plantearse en procesos constituyentes, sobre todo en aquellos que por primera vez incluyen a grupos excluidos del ejercicio del poder político, es

decir, de crear las reglas comunes que gobiernan la existencia. Y esto constituye una oportunidad, nunca antes explorada en el derecho constitucional comparado, de entender la crisis ecológica más allá de los temas o cuestiones que afectan al medioambiente. En efecto, como señala Nancy Fraser, estamos atravesando una crisis estructural justamente porque las premisas o estructuras de las que dependen los sistemas sociales, económicos y naturales están siendo carcomidas por un capitalismo que rápidamente destruye lo que permite su supervivencia, ya sea como una crisis política que erosiona las bases institucionales de las que depende el capitalismo para funcionar, como una crisis de la reproducción social de las que dependen las actividades productivas para sostenerse en el tiempo, o como una crisis ecológica a nivel planetario que impide al capitalismo extractivo un futuro sostenible a mediano plazo[3]. Ejemplo de esto último es la reciente incorporación de un mercado de futuros según el caudal de aguas en California. Este contexto nos permite abordar la discusión del proceso constituyente con un desafío único por delante, que modifica no sólo el modo de abordar los problemas del medioambiente sino también las cuestiones políticas y la sostenibilidad de las formas de reproducción social de la vida misma. Quizás esta es una primera cuestión de contexto que debemos abordar para pensar en cláusulas que tengan que ver con la denominada crisis o emergencia climática.

En segundo lugar, para abordar este fenómeno, creo es importante tener en mente un concepto de Constitución quizás distinto al que nos hemos acostumbrado en el último tiempo, y sobre todo en América Latina, donde pensamos que la Constitución es una norma jurídica como cualquier otra, sólo que de mayor jerarquía. En otras palabras, sugiero dejar atrás la idea de plasmar nuestras ideas o deseos en la Constitución porque así, a través del principio de jerarquía, estas normas tendrían preferencia o prevalecerán sobre las otras. Si hay algo que nos han enseñado las experiencias constitucionales recientes, sobre todo las del denominado "nuevo constitucionalismo latinoamericano", es que ideas innovadoras o transformadoras pueden terminar frustradas por un concepto de Constitución que realmente no modifica los poderes para transformar las cosas. Y esto es visible en áreas tales como el medioambiente, donde esta corriente constitucional se esforzó por plantear ideas que apuntaran a cuestionar el antropocentrismo que ha caracterizado a las luchas por el medioambien-

[3] Fraser, Nancy y Jaeggi, Rahel, Capitalism: A Conversation in Critical Theory (Polity Press, New York, 2018).

te: así, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2006 habló de los derechos de la madre tierra pero sin generar los poderes sociales necesarios para que esa titularidad sea efectiva. A poco andar de esas constituciones, varios constitucionalistas nos sentimos frustrados de esta música nueva, que el rato se convirtió en otro de los textos encargados de ser interpretados por poderes administrativos y, en último término, por tribunales constitucionales que poco contribuían a una modificación del pensamiento ecológico al respecto. De algún modo, el proceso constituyente chileno no es solamente el primero que de manera seria y auto-reflexiva deberá enfrentar el desafío de redactar una Constitución en la denominada era de la "emergencia climática", sino el primero de la región que se hará en un contexto de profunda frustración con las aspiraciones o deseos constitucionales de la era reciente. De algún modo, repito, nos hicimos "constitucionalistas políticos" a porrazos, entendiendo que lo crucial está en cómo la constitución habilita formas de actuar para respetar o proteger efectivamente lo que consideramos digno de proteger.

En tercer lugar, creo que más allá de un problema, a ser solucionado con una mentalidad instrumental, es decir, de un problema que puede ser solucionado y que eventualmente quedará en el pasado, lo que conocemos como el antropoceno, es decir, la capacidad humana de afectar la tierra a nivel planetario, geológicamente, es una condición de nuestra existencia, no sólo como sujetos de un Estado soberano, sino como habitantes del planeta. En ese sentido, la discusión constituyente tiene que partir de bases completamente distintas según las cuales se ha desarrollado el derecho medioambiental hasta el momento, como una disciplina autónoma centrada crecientemente en el derecho administrativo y en los límites del poder regulatorio o sancionatorio del Estado. Además, no se trata sólo de una configuración de nuestra existencia, sino de una sujeta a escalas de complejidad, impredictibilidad e incontrolabilidad tanto de las causas como de los efectos del cambio climática para la vida humana y no humana que hacen extremadamente difícil congelar en un texto constitucional ya sea las metas concretas, las regulaciones precisas, los derechos en juego, o los sacrificios que eventualmente se requerirán. En este contexto, creo que las ideas de "adaptación, mitigación, transición colaboración y coordinación" capturan de mejor manera la intensidad y la magnitud de los desafíos, como se reconoce en el Punto 6 del "Decálogo por la Constitución Verde" o en el principio de acción climática de las "Bases para una Constitución Verde" elaborado por la ONG FIMA.

Por último, y considerando lo señalado en el punto anterior, pienso que es importante hacerse la pregunta crítica de si acaso desafíos como el del cambio climático deben ser abordados desde la perspectiva, desde la lógica, o desde el discurso de los derechos, como lo proponen diversos movimientos y ONGs, partiendo desde la profunda interconexión que han reconocido y promovido tratados internacionales como el "*Acuerdo de París*" o cortes internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De algún modo, es un poco obvio y a ratos aburrido reconocer la conexión entre la degradación ambiental y la afectación a la titularidad y el goce de diversos derechos humanos. Sin embargo, lo señalado anteriormente da cuenta de que la complejidad de la discusión constituyente es de una magnitud que no puede resolverse únicamente a través de reforzar el derecho a vivir en un medioambiente sano, incluyendo el derecho a no sufrir los efectos adversos del cambio climático. Como señala Marie Petersmann, el discurso de los derechos humanos, por más que se presente de formas diversas, está fundamentalmente sujeto a estructurar binariamente los conflictos, entre víctimas (titulares de derechos) y Estados (destinatarios de deberes)[4]. En vez de entender a las víctimas como coafectadas por un mismo fenómeno y a los destinatarios de estos deberes como sujetos obligados solidariamente que no cuadran con el marco deóntico que presenta la lógica de los derechos humanos, el discurso de los derechos parece canalizar todo a este "teatro" de buenos y malos. Por otra parte, y por más avances que existan en el último tiempo en torno a la extraterritorialidad, las coordenadas de territorios fijos que constriñen la jurisdicción estatal bajo el DIDH no dan cuenta de las implicancias transfronterizas y no estáticas entre estados y actores no estatales. Además, el discurso de los derechos humanos, enfocado principalmente en castigar las violaciones a estos con un carácter retrospectivo, constriñe la necesidad de pensar en el futro con escalas y magnitudes no imaginadas hasta ahora. Si a ello sumamos la exigencia de identificar y probar una causalidad entre el victimario, la violación y la víctima, entonces se hace difícil pensar en cómo el discurso tradicional de los derechos humanos es capaz de abordar este tipo de cuestiones. En este sentido, la principal pregunta es si acaso podemos pensar en una justicia climática relacional antes que dicotómica en torno a las interacciones entre ser humano y naturaleza y sus interconexio-

[4] Mckinnon, Catriona y Petersmann, Marie-Catherine, "Is climate change a human rights violation?" en Hulme, Mike (ed.), Contemporary climate change debates: a student primer (Routledge, London, 2020), pp. 160-173.

nes, si acaso podemos pensar en una justicia climática que vaya más allá de una mera compensación entre contaminadores y contaminados que debe ser restaurada o redistribuida.

Considerando estos cuatro puntos fundamentales, y si dependiera de mi, partiría por una cruzada transversal por hacer de la emergencia o de la crisis climática una cuestión estructural que defina la identidad del Estado chileno para las generaciones venideras. Desde ahí, pensaría en estos desafíos en cada una de las cláusulas constitucionales relevantes, pensando tanto en el catálogo de derechos y deberes como en la distribución de potestades públicas. Así, por ejemplo, y más allá de lo que podemos decir sobre el agua y otros recursos, crearía un mandato constitucional de que la educación básica y media tenga que necesariamente considerar estos desafíos, y establecería incluso una posibilidad de crear un estado de excepción constitucional que pueda disponer de los sacrificios necesarios que una comunidad política requiere para las medidas de adaptación, mitigación y transición.

III. ¿Qué nos dice el derecho comparado sobre la regulación constitucional de las aguas y el medio ambiente? ¿Qué normas comparadas podrían ser aplicables a nuestro ordenamiento jurídico?

De acuerdo con un estudio de 2012, al menos 92 países incluyen en sus constituciones, y en diferentes formulaciones, un derecho a un medioambiente saludable. Por otra parte, un total de 163 países mencionan el medioambiente en sus textos constitucionales, incluyendo preámbulos u objetivos generales de la política pública[5]. Ya sea como derecho, deber, principio general, o como parte de una idea que fundamenta el poder político, el medioambiente ha sido considerado como un tema de importancia constitucional desde hace varios años, aunque siempre desde una visión antropocéntrica.

Aquí, voy a enfocarme sólo en aquellas constituciones que han abordado explícitamente, en sus textos constitucionales, el "*cambio climático*", que parece ser una cuestión reciente, que aparece por primera vez en las constituciones de Ecuador y Bolivia a fines de la década del 2000. Gracias a las bases de

[5] Boyd, David, "The Constitutional Right to a Healthy Environment", Environmental Science & Politics for Sustainable Development julio-agosto 2012.

datos integradas que hoy existen, es relativamente fácil identificar qué textos constitucionales explícitamente nombran el cambio climático entre sus disposiciones. Los países que se han referido al cambio climático en sus constituciones lo han hecho de diversas formas.

En primer término, nos podemos centrar en el cambio climático como tema de preocupación constitucional que debe ser abordado por el Estado, cuestión que puede ser referida de manera directa o indirecta por el texto constitucional. En el primer grupo encontramos a la Constitución de Cuba (2019), en que se sostiene que el Estado "*promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático*"; a la de Ecuador (2008, revisada el 2015), que obliga al Estado a adoptar "*medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo*"; a la de República Dominicana, de 2015, que, entre las disposiciones sobre la organización del territorio, sostiene que "*es prioridad del Estado la formulación y ejecución, mediante ley, de un plan de ordenamiento territorial que asegure el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales de la Nación, acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático*"; al texto fundamental de Vietnam (1992, revisado el 2013), que determina que el Estado "*tiene una política para proteger el medioambiente*", incluyendo "*iniciativas para para la prevención y resistencia en contra de calamidades naturales y respuestas al cambio climático*"; y, por último, el borrador de la Constitución de Yemen de 2015, en que el Estado "*deberá, en la utilización de los recursos naturales y en la gestión medioambiental (…) establecer e implementar mecanismos para abordar el cambio climático*". Como vemos, en sólo cinco países se considera el "*cambio climático*" como un problema explícito que debe ser abordado, considerado o tratado de manera obligatoria por el Estado. Otras constituciones nombran el "cambio climático" no tanto como una obligación del Estado, sino como un compromiso de toda la comunidad política, que se da a si misma una constitución para, como el texto de la Constitución de Costa de Marfil de 2016, expresar su "*compromiso de (…) contribuir a la protección climática y al mantenimiento de un medioambiente saludable para las futuras generaciones*".

Un tratamiento menos directo supone vincular el cambio climático con la regulación de ciertas cuestiones específicas, como el manejo del agua o una política de desarrollo rural. Un ejemplo es la reciente Constitución de Tailandia, de 2017, que solo menciona la necesidad de considerar las variables medioambientales y del cambio climático en el diseño del sistema de gestión de aguas. También en forma indirecta es la regulación contenida en las Constituciones de Bolivia de 2008, que establece como "*objetivos de la política de desarrollo rural integral del Estado, en coordinación con las entidades territoriales autónomas y descentralizadas*", el "*proteger la producción agropecuaria y agroindustrial ante desastres naturales e inclemencias climáticas, geológicas y siniestros*".

Además, podemos distinguir en torno a la configuración de la obligación de abordar el cambio climático. En este contexto, encontramos países que se obligan a tener políticas públicas referidas a estas materias, como Bolivia y Vietnam. En esta misma línea incorporaríamos a Cuba, que obliga a la República a enfrentar el tema del cambio climático como cuestión fundamental de su política exterior y relaciones internacionales, algo único a nivel comparado; y a Zambia, que obliga al Estado a establecer e implementar mecanismos que aborden el cambio climático. Otros, autorizan a sus autoridades federales, y le otorgan facultades exclusivas, para establecer políticas en la materia, como el borrador de Yemen. Una tercera forma de regularlo es dándole prioridad. Por ejemplo, República Dominicana establece que estas materias son prioridades para el Estado. En una categoría que podríamos decir es más débil, encontramos a Ecuador, que establece que el Estado adoptará medidas y Túnez, que señala que el Estado asegurará el derecho a participar en la formulación de políticas contra el cambio climático.

Esta breve revisión de las cláusulas constitucionales recientes que han nombrado explícitamente el cambio climático como un factor a ser considerado en las diversas comunidades políticas, o como un problema a ser abordado por las autoridades estatales, da cuenta de que el constitucionalismo aun no comprende la magnitud ni la intensidad de los desafíos que supone vivir en la era de la emergencia climática. Como vemos, el tema sigue siendo abordado como una cuestión instrumental a ser abordada por políticas sectoriales, como la gestión de recursos naturales, el ordenamiento territorial o las políticas de desarrollo rural. A excepción de Ecuador, que establece la

necesidad de que estas medidas sean transversales, no existe una adecuada comprensión del carácter estructural y genérico que tiene la crisis ecológica y del impacto que esto genera en las formas jurídicas con que debe abordarse. Por otra parte, a excepción de Cuba, que considera la obligación de cooperar internacionalmente para abordar el fenómeno analizado aquí, no existe otro texto fundamental que considere la naturaleza planetaria del desafío.