

La participación en materia ambiental contiene, temporal y esencialmente, la misma tensión. Ayuda, por lo tanto, a dar respuesta al mismo conflicto planteado por el Estado Regulador, aunque creemos que excede a ello, como veremos en capítulos siguientes.

Desde un punto de vista estricto del derecho administrativo, por lo demás, los procedimientos en los cuales existe participación ciudadana en materia ambiental son procedimientos administrativos y, por consiguiente, se ven al menos influidos por las normas en esta materia.

Revisamos los mecanismos con los que se ha incorporado la participación en el derecho administrativo chileno y también por ello en dos sistemas de referencia, que han incorporado la participación ciudadana y la participación de los interesados. Todo lo anterior, a efectos de comprender ciertos aspectos basales de la participación en materia ambiental y también para diferenciarla de la participación administrativa.

Especialmente importante en este esfuerzo es entender que la participación en materia ambiental podría ser simplemente participación administrativa, por una cuestión de origen y por la identidad de los procedimientos en los que se inserta, pero como veremos en los capítulos siguientes, no se agota en esa comprensión.

## **CAPÍTULO V: PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL, MODELOS Y DEMOCRACIA AMBIENTAL**

## 1. INTRODUCCIÓN

Vistas las otras formas de participación ciudadana y analizando los mecanismos de participación en materia ambiental, no sería difícil concluir que la participación ambiental puede ser subsumida en las categorías de la participación en la gestión pública o en la participación en el derecho administrativo. Después de todo, una buena parte de la doctrina del derecho ambiental se ha preocupado principalmente de los aspectos procesales-administrativos de la materia y en ese contexto se hace mucho más sencillo subsumirla en las categorías de esta rama del derecho.

Pero, sin embargo, la realidad de la construcción normativa de la participación en materia ambiental nos mostrará otra cosa. En principio, la participación ciudadana en materia ambiental encuentra su fuente primaria en la Declaración de Río de 1992, especialmente en el Principio 10 de la referida declaración, y esto ya marca una diferencia importante en relación a la participación política y la participación en la gestión pública, pues no deriva directamente de ellas, aun cuando en su lógica y estructura se les asemeje en ciertos sentidos.

Enseguida, si bien la influencia de la Declaración de Río no puede ser negada, existen aún modelos alternativos para explicar la participación en materia ambiental que distan del propuesto por dicha Declaración y que, por lo tanto, constituyen paradigmas alternativos para la comprensión de nuestro tema.

En este capítulo, partiremos por hacer una breve cronología de incorporación de la participación ciudadana al derecho ambiental, para luego revisar los modelos con que esta ha sido comprendida, diferenciando entre el modelo de la democracia ambiental (proveniente del Principio 10 de la



Declaración de Río), de los modelos más cercanos a la participación en la gestión pública y el modelo del principio de cooperación.

## 2. PARTICIPACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

La preocupación por el medio ambiente en esos términos, junto con la creación de instituciones jurídicas que lo resguarden, es una cuestión que arranca en el último tercio del siglo XX. A nivel de política internacional, en efecto, el primer gran espacio donde las naciones se reúnen a discutir sobre la cuestión ambiental es en la Conferencia de Estocolmo de 1972, y la primera vez que se constitucionaliza el derecho a vivir en un medio ambiente sano es en Portugal, en 1976. Estocolmo 1972 fue una conferencia muy importante para sentar algunas de las bases de comprensión del derecho ambiental, pero los problemas políticos de la época (división norte-sur y bloque capitalista-socialista) impidieron que fuera el gran acuerdo que se pretendía que fuera. Ese espacio fue llenado recién un 1992, con la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río<sup>363</sup>.

La participación en materia ambiental y su regulación han ido de la mano del vertiginoso protagonismo que tienen en las sociedades contemporáneas los problemas de contaminación. Estados Unidos y el Reino Unido fueron los primeros en establecer mecanismos de participación pública en materia ambiental, dando cuenta de una tendencia que se extendería posteriormente en todo el mundo<sup>364</sup>. Desde la perspectiva legislativa comparada, los sistemas institucionales han transitado desde un reconocimiento de acceso a la información, la presentación de alegaciones y comentarios, a la articulación de mesas de negociación, cuyo acceso queda limitado a determinados grupos de presión como asociaciones empresariales u organizaciones no gubernamentales, hasta llegar a fórmulas más deliberativas y ciudadanas, donde establecen espacios de diálogos abiertos para la definición de decisiones públicas en materia de medio ambiente<sup>365</sup>.

Pese a que la Declaración de Estocolmo de 1972 hace las primeras menciones a la necesidad de incorporar la participación a la resolución de con-

363 ELLIOTT, Lorraine (2004), pp. 7-15.

364 VAN BEKHOVEN, Jeroen (2016), pp. 219-271.

365 RICHARDSON, Benjamin y RAZZAQUE, Jona (2006), pp. 165-194.

flictos ambientales<sup>366</sup>, es en la Declaración de Río 2012 donde se fijan los actuales estándares participativos en materia ambiental. Así, más de 120 países han adoptado disposiciones legales que aseguran la participación ciudadana en las evaluaciones de planes de impacto ambiental<sup>367</sup>.

Esta fase de reconocimiento de la participación es la que FERRER denomina fase participativa y que constituye uno de los pasos en la construcción del derecho ambiental como disciplina, donde esencialmente se hace un reconocimiento a la construcción que el Estado y los ciudadanos y ciudadanas deben hacer, de manera colaborativa, de las políticas públicas ambientales<sup>368</sup>.

Si bien este acercamiento hace sentido, en términos de que, por una parte, la novedad del derecho ambiental hace necesaria su construcción teórica, y que, por otra, el conocimiento disperso sobre el medio ambiente requiere de la participación de varios actores, nos parece que minimiza la efectiva influencia de la participación en materia ambiental, siendo que más que una fase del derecho ambiental, es un pilar del derecho ambiental.

En lo que nos interesa, en 1992 se acordó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que se erige como una especie de constitución del derecho ambiental y contiene los principios de la materia. Se construye sobre los principios existentes y con clara base en la Declaración de Estocolmo de 1972, pero es más inclusiva de los problemas y visiones políticas. Como luego sucede con la gran mayoría de los arreglos institucionales relacionados con el medio ambiente, esta Declaración se construye sobre el consenso y, por lo tanto, contiene ciertas tensiones, inespecificidades y contradicciones propias de ese consenso. En el caso de la Declaración de Río, como dice ELLIOTT, no se cambia el paradigma de desarrollo y relación con la naturaleza, pues se refuerzan las soberanías nacionales y se da pie a las dificultades de conciliar desarrollo y medio ambiente, en el concepto de desarrollo sustentable<sup>369</sup>.

366 Declaración de Estocolmo, 1972, punto 7 del preámbulo: "Para llegar a esta meta será menester que ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos, acepten las responsabilidades que les incumben y que todos ellos participen equitativamente en la labor común".

367 BANISAR, David *et ál.* (2012), pp. 8-14.

368 REAL FERRER, Gabriel (2013), pp. 356-357.

369 ELLIOTT, Lorraine (2004), pp. 18-19.



Pero ese reconocimiento del desarrollo sustentable sería en sí mismo un cambio de paradigma en relación a la visión previa del crecimiento sin ningún contrapeso o límite. En efecto, el desarrollo sustentable hace su estreno en el mundo de las ideas en los años ochenta, a propósito del Informe Brundtland, popularizándose rápidamente<sup>370</sup>. Este paradigma, además, incorpora la participación y la democracia como una necesidad para lograr la sustentabilidad<sup>371</sup>.

La participación ciudadana en materia ambiental y la trenza que conforma con los derechos de acceso a la información y acceso a la justicia en materia ambiental, además de estar incorporadas en los paradigmas políticos con los que se plantea el desarrollo sustentable, son una de las bases de la existencia del derecho ambiental como disciplina.

Dentro de la lógica de la cuestión ambiental y en especial del derecho ambiental, la demanda por participación es uno de los pilares del movimiento ambientalista<sup>372</sup> y eso se refleja en que esté siempre presente en las discusiones de política pública ambiental a nivel nacional e internacional. La piedra angular parecerá ser el Principio 10 de la Declaración de Río, pero además ello se ha traducido en la celebración del Convenio de Aarhus a nivel europeo, las “Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales” (o Directrices de Bali)<sup>373</sup> y el Acuerdo de Escazú a nivel latinoamericano<sup>374</sup> (CEPAL 2017).

370 CHASEK, Pamela *et ál.* (2009), pp. 34-36.

371 CARTER, Neil (2007), pp. 220-222.

372 En este sentido, por ejemplo, Dryzek *et ál.* consideran que la participación es una de las bases de lo que él llama *modernización ecológica fuerte*. Los autores distinguen entre los diferentes discursos que podrían modificar las instituciones para hacerlas más protectoras del medio ambiente y posiciona a la modernización ecológica como una de las con más posibilidades de incorporarse en la lógica actual de los Estados, por ser menos cuestionadora de estructuras esenciales. De ahí que la manera en que efectivamente los Estados han ido incorporando lógicas más ambientalistas sea a propósito de ese tipo de discurso, en el que la participación ciudadana, como dijimos, es un elemento primordial. DRYZEK, John *et ál.* (2003), p. 169.

373 Disponible en línea: <[http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55240\\_DirectricesBaliAcceso\\_2010.pdf](http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55240_DirectricesBaliAcceso_2010.pdf)>.

374 Disponible en línea: <<https://negociacionp10.cepal.org>>.

El hecho es que, en materia ambiental, la participación constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se ha construido esta rama del derecho, manteniendo a la participación elevada al nivel de principio y a la vez como parte integrante de los conceptos basales de la disciplina, como son la justicia ambiental, el desarrollo sostenible y el derecho a vivir en un medio ambiente sano, adecuado o libre de contaminación.

La integración, sin embargo, podría venir de la mano de la comprensión multinivel de la participación ciudadana en materia ambiental, donde un debate en los ordenamientos nacionales que regulan la participación en materia ambiental tiene que ver si se regula como principio, derecho o como un simple mecanismo que va de la mano de las garantías que protegen el medio ambiente.

### 3. MODELOS DE PARTICIPACIÓN AMBIENTAL

En esta sección, revisamos las dos principales lógicas desde las cuales se ha planteado la participación en materia ambiental. Una primera, que deriva del Principio 10 y que se profundiza con el Convenio de Aarhus y el análisis de la participación como derecho, y una segunda, que proviene de la extensión de la lógica del derecho a la participación en la gestión pública, principalmente presente en Estados Unidos como país referente de la normativa ambiental occidental y que no es parte ni del Convenio de Aarhus ni del Acuerdo de Escazú.

#### 3.1. El Principio 10, los derechos de acceso y la democracia ambiental

A propósito de la incorporación de la participación en la Declaración de Río de 1992<sup>375</sup>, existe una comprensión de ella como un principio en

375 “Principio 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población po-



materia ambiental. Esto, sin embargo, no obsta que la participación sea reconocida como un derecho, como hemos visto en capítulos anteriores, ni tampoco que se le identifique con los mecanismos que la ponen en práctica<sup>376</sup>.

En general, las regulaciones en materia de participación ambiental se han desarrollado como consecuencia del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 y que fue el que dio pie a la creación de provisiones específicas de acceso a la información, participación y acceso a la justicia en materia ambiental. La expansión y relevancia de este modelo se gráfica, por ejemplo, en el hecho de que el principal índice que mide la democracia en materia ambiental en el mundo lo haga desde, precisamente, esos tres indicadores<sup>377</sup>.

Ahora bien, el Principio 10 en sí mismo no conceptualiza el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia como derechos, sino que reclama la necesidad de que existan mecanismos que los recojan. En ese sentido, por ejemplo, MAHUERHOFER catastró la existencia de estos mecanismos a nivel global, sean o no reconocidos como derechos. El autor sí parte de la base de que la expansión de estos mecanismos tiene que ver con un trabajo que se ha construido sobre la base del Principio 10 de la Declaración de Río. Además, aboga por su reconocimiento mediante mecanismos legales obligatorios<sup>378</sup>.

---

niendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

376 Aranda hace una tipología de la participación en materia ambiental, donde ella puede ser tratada en (i) sentido procesal formal, (ii) sentido procesal sustantivo, (iii) derecho político o (iv) principio general del derecho ambiental. A pesar de mostrarse crítico de esta comprensión, entiende que el tratamiento que este es el tratamiento que le ha dado una gran parte de la doctrina. Su crítica, basada en el trasvase desde los objetivos políticos a los principios jurídicos, nos parece que desconoce el proceso semiformal con el que se crean las instituciones jurídicas de una disciplina relativamente nueva como el derecho ambiental. Por lo demás, el autor termina concluyendo que la aplicación de los tribunales chilenos ha sido de la participación como principio y también como concepto procesal formal. ARANDA, Jorge (2018), pp. 31-52.

377 Disponible en línea: <[http://www.environmentaldemocracyindex.org/about/background\\_and\\_methodology](http://www.environmentaldemocracyindex.org/about/background_and_methodology)>.

378 MAUERHOFER, Volker (2016), pp. 481-491.

La difusión del modelo de los derechos de acceso se hace más evidente en los casos de Europa y Latinoamérica, a propósito de la existencia del Convenio de Aarhus de 1998 y el Acuerdo de Escazú, de 2017.

El Convenio de Aarhus establece en su artículo primero el derecho al acceso a la información, la participación ciudadana en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental como garantías que contribuyen a la protección del derecho de las personas y de las generaciones futuras a vivir en un medio ambiente adecuado.

Esto supone una profundización de los elementos del Principio 10 y el inicio del modelo de democracia ambiental. En el Convenio de Aarhus, por primera vez se aborda el tema de la participación de manera organizada y considerando los pilares de acceso a la información, participación y acceso a la justicia<sup>379</sup>.

La lógica desde la que arranca este reconocimiento como derecho no es solamente ambiental, sino que también está relacionada con el hecho de que la Unión Europea considerara a la participación como uno de sus pilares y con la fuerza del paradigma del Estado Regulador, en especial la pérdida de poder del legislador, en manos de la Administración<sup>380</sup>.

En el Convenio de Aarhus, la participación aparece como un derecho que puede ser ejercido en instancias de decisión de proyectos, planes, programas, políticas y elaboración o implementación de normas legales o reglamentarias (arts. 6º, 7º y 8º). No se explicita, sin embargo, su contenido, señalándose solamente que la participación “se tendrá en cuenta todo lo posible”. Eso sería un reconocimiento de discrecionalidad a la hora de considerar la participación por parte de los Estados<sup>381</sup>.

Como señalan PIGRAU y BORRÀS, un aporte fundamental del Convenio de Aarhus fue el de conectar los derechos humanos con los derechos ambientales, incorporando entonces un enfoque de derechos en esta relación entre tomadores de decisiones y ciudadanos y ciudadanas<sup>382</sup>. En la misma línea, SICLARI considera que el Convenio de Aarhus superó la visión indi-

---

379 CARBONARA, Lorenzo (2012), p. 4.

380 BALLESTEROS-PINILLA, Gabriel (2010), pp. 19-47.

381 BALLESTEROS-PINILLA, Gabriel (2010), p. 31.

382 PIGRAU I SOLÉ, Antoni y BORRÀS, Susana (2008), pp. 21-84.



vidualista sobre el derecho ambiental, que considera presente en la Declaración de Río de 1992 para, en cambio, señalar de manera directa que el medio ambiente se protege a través de la democracia ambiental que suponen los derechos de acceso<sup>383</sup>.

Desde el paradigma del Convenio de Aarhus se plantea la mayor parte de la doctrina continental, tanto europea como latinoamericana, que ha tratado estos derechos de acceso. Pareciera que en general desde este modelo ninguno de los tres derechos puede ser entendido ni ejercido sin relacionarlo de alguna forma con los demás. La información es base para poder participar o accionar judicialmente y el acceso a la justicia la única garantía de que los otros dos derechos de acceso se cumplan, y con ello sus fines.

Como señala TORRES:

“[E]xiste consenso a nivel internacional de que la Convención de Aarhus, al ser vinculante, es el instrumento que más lejos ha llegado en cuanto a promover los derechos de acceso. Ha sido calificada como la iniciativa más ambiciosa en el terreno de la democracia ambiental que se haya emprendido jamás bajo los auspicios de las Naciones Unidas. A la fecha ninguna otra región ha avanzado en el desarrollo de un instrumento legal vinculante similar a la Convención de Aarhus”<sup>384</sup>.

El que observamos como avance principal del Convenio de Aarhus es la consolidación del modelo del Principio 10 de la Declaración de Río, mediante la incorporación de un lenguaje de derechos, en el que estos mecanismos elevan su categoría jurídica y quedan en el centro del derecho ambiental. Probablemente, este ascenso tenga relación con la necesidad de una respuesta a los conflictos ambientales, ante la imposibilidad de dar solución técnica y de estándares a la problemática ambiental. Se prefiere un modo procesal, que es más sencillo de acordar en arenas más amplias, postergando discusiones más de fondo para que sean abordadas en otras instancias.

El Convenio de Aarhus es un modelo de derecho internacional que ha servido además para desarrollos posteriores de la democracia ambiental, como son los “Principios del rol del derecho en el desarrollo sustentable”, de Johannesburgo en 2002, las “Guías para el desarrollo de la legislación

383 SICLARI, Domenico (2011), p. 49.

384 CEPAL (2013), p. 15.

nacional en materia de acceso a la información, participación ciudadana y acceso a la justicia en materia ambiental”, de 2010, y el Acuerdo de Escazú<sup>385</sup>.

LEE y ABBOTT analizan las motivaciones del Convenio de Aarhus, para notar que su objetivo final sería mejorar las condiciones de protección de la naturaleza, cuestión para la cual se apoya y confía en la participación de los ciudadanos y ciudadanas, entendiéndose que teóricamente dicha participación es la que logrará mejorar la protección del medio ambiente<sup>386</sup>.

Así las cosas, entre estos derechos procedimentales, sin duda, la participación ocupa el lugar central, siendo asistida por los otros dos, en el entendido de que es la participación la que en realidad ayuda a mejorar las decisiones y a superar el déficit democrático en materia ambiental<sup>387</sup>.

En la misma línea del Convenio de Aarhus, es que se negoció desde 2012, en Latinoamérica, un convenio para la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río. Dicho proceso comenzó con la “Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, suscrita por diez países de la región y en que manifiesta:

“[R]econocemos y subrayamos que los derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental son esenciales para la promoción del desarrollo sostenible, de la democracia y de un medio ambiente sano, y aportan múltiples beneficios tales como: contribuir a tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente; involucrar al público respecto de los problemas ambientales; aportar a la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión pública; y facilitar un cambio en los patrones de producción y consumo”<sup>388</sup>.

385 DARPÓ, Jan (2018), p. 383.

386 LEE, María y ABBOT, Carolyn (2003), p. 86.

387 Ballesteros-Pinillas, analizando el Convenio de Aarhus, reconoce que los niveles de participación que el Convenio impone a sus partes es diferenciado según el tipo de espacio en que se lleve a cabo dicha participación. En ese sentido, la obligación sería más fuerte cuando nos situamos al nivel de actividades específicas, mientras que no lo sería tanto cuando se discuten políticas públicas o medidas reglamentarias. BALLESTEROS-PINILLA, Gabriel (2010), pp. 28-31.

388 Disponible en línea: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/CONF.216/13&referer=/english/&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/13&referer=/english/&Lang=S)>.



La negociación concluyó con la firma del Acuerdo de Escazú.

El Acuerdo de Escazú también reconoce a la participación como un derecho (art. 7º) y hace el mismo vínculo que el Convenio de Aarhus en relación con el acceso a la información y el acceso a la justicia. Asimismo, ocupa un fraseo similar para referirse al resultado de la participación, señalando:

“Antes de la adopción de la decisión, la autoridad pública que corresponda tomará debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación” (art. 7.7).

Vale la pena detenerse en considerar cómo la negociación de un acuerdo internacional sobre participación en materia ambiental se enmarca inmediatamente en la lógica del Principio 10 de la Declaración de Río como modelo ideal de participación. En efecto, ni siquiera se hace mención a las lógicas de la participación en la gestión pública. La hegemonía del modelo de derechos de acceso viene refrendada, por ejemplo, en cuestiones como el estudio comparado de TORRES para CEPAL sobre democracia ambiental en Latinoamérica, que, al buscar las normas sobre participación en esta materia, también lo hace de inmediato desde el paradigma, siendo al final un estudio relativo al “Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe”<sup>389</sup>.

Lo importante de notar en este respecto es la extensión que la lógica de los derechos de acceso ha tenido en la dogmática del derecho ambiental, especialmente en el sistema continental, pero no solamente en él. Así, por ejemplo, del análisis del sistema de participación ciudadana en materia ambiental en China podemos concluir que el modelo es extremadamente similar, a pesar de haber sido implementado mucho después (la “Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de la República Popular China”, que introdujo propiamente las obligaciones de participación ciudadana, data de 2002). En el modelo chino, como es descrito por LIU *et ál.*, encontramos la misma trenza de derechos que se crearan con el Principio 10, de suerte que existe un derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación y luego un derecho de acceso a la justicia, que en el caso

389 Disponible en línea: <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/21751-acceso-la-informacion-participacion-justicia-temas-ambientales-america-latina>>.

de China es descrito como de remedios administrativos, donde una agencia diferente de la que evalúa los proyectos debe dirimir los conflictos que se produzcan entre esta y una persona interesada que participa del procedimiento de participación<sup>390</sup>.

Una cuestión similar sucede en Japón, donde también se establece un sistema basado en los derechos de acceso, aunque con diferencias culturales evidentes. Esta diferencia es notada por OKUBO, quien refiriéndose a la regulación de la participación ciudadana en materia ambiental en Japón, si bien parte de la base de que su consagración ha tenido que ver con el Principio 10, de todas maneras hace un distingo entre la forma en que se ha consagrado en otros países (principalmente en Europa), a lo que llama un enfoque basado en derecho, y la manera en que se ha hecho en Japón, que identifica como un enfoque en base voluntaria<sup>391</sup>.

A mayor abundamiento, la difusión del modelo de los derechos de acceso a llegado a constitucionalizarse. Este proceso, como reconocen MAY y DALY, obedecería a un ánimo de permitir un ulterior avance de la protección del medio ambiente<sup>392</sup>. En particular, la participación en cuestiones ambientales estaba al 2015 en las constituciones de Brasil, Colombia, Ecuador, Eritrea, Etiopía, Finlandia, Francia, Islandia, Kosovo, Polonia, Tailandia y Zambia<sup>393</sup>.

Como vemos, el modelo de derechos de acceso ha tenido una amplia difusión en el mundo, siendo que además es un modelo que proviene propiamente del derecho ambiental y que de hecho está basado en la normativa fundacional de esta disciplina. Ello no obsta que existan otros modelos de comprensión de la participación ciudadana, que, como veremos en los acápite siguientes, probablemente tienen sus bases en las tradiciones normativas más propias de los países que las aplican y que de alguna manera pueden entrar en conflicto incluso con el modelo de los derechos de acceso.

390 LIU, Qian (2014), pp. 37-50.

391 OKUBO, Noriko (2016), pp. 492-500.

392 MAY, James y DALY, Erin (2015), p. 77.

393 MAY, James y DALY, Erin (2015), pp. 373-374.



### 3.2. La participación ambiental como participación administrativa

Ahora bien, aun cuando el Principio 10 y su modelo sea hegemónico en Europa y Latinoamérica, este no es el único modelo que es posible detectar. En primer lugar, para el derecho ambiental internacional, el principio de participación no parece ser de mayor trascendencia, y así, revisados los principales manuales de la materia, este principio no se encuentra tratado, mientras que otros, como el de prevención, precaución y desarrollo sostenible, son explorados en todos ellos<sup>394</sup>.

Asimismo, en el derecho estadounidense tampoco pareciera que la participación sea abordada como un principio del derecho ambiental, ni tampoco como un tema central de la garantía a un medio ambiente sano. Así, por ejemplo, reputados manuales de derecho ambiental de dicho país no la consideran dentro de los temas principales a tratar, ni abordan la participación como una cuestión especial<sup>395</sup>. En algunas excepciones, se aborda la participación ciudadana, pero como un mecanismo dentro de otros procedimientos de la National Environmental Protection Act (NEPA), y sin darle una especial relevancia, ni menos tratarla como derecho<sup>396</sup>.

Eso explica que, por ejemplo, RICHARDSON y RAZZAQUE, profesores canadienses de derecho ambiental, a la hora de explicar la participación ciudadana en materia ambiental hagan una breve mención a que las constituciones suelen tener derechos ambientales pero no estándares (una forma de entender el derecho a la participación en materia ambiental), pero luego expliquen la evolución de la institución desde el derecho administrativo estadounidense, entendiendo la participación ciudadana en materia ambiental como una evolución de aquella incorporada en la APA<sup>397</sup>.

En lo que se refiere al manual de participación ciudadana de la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA), este tampoco se refiere a la participación como un derecho ni la relaciona con la garantía. La

394 BIRNIE, Patricia *et ál.* (2009); HUNTER, David *et ál.* (1998); SANDS, Philippe (2003); DE SADELEER, Nicolás (2002).

395 REVESZ, Richard (1997); PERCIVAL, Robert (1996); MALONE, Linda *et ál.* (2007); KUBASEK, Nancy y SILVERMAN, Gary (2008).

396 RODGERS, William (1994).

397 RICHARDSON, Benjamin y RAZZAQUE, Jona (2006), pp. 177-181.

manera en que la trata es haciendo variadas conexiones con sus funciones, especialmente con aquellas relacionadas con la mejora de la decisión del organismo público, su legitimidad y efectividad potencial<sup>398</sup>. Pareciera, entonces, que, desde el ámbito estadounidense, la participación ambiental se parece más a la participación en instancias administrativas.

Por su parte, la Environmental Law Worldwide Alliance (ELAW) realizó un extenso análisis comparado de la participación ciudadana en materia ambiental en Estados Unidos, Canadá y México. En lo que a nosotros interesa, dicho estudio explica cómo la participación ciudadana en EE. UU. en materia ambiental se diferencia claramente si estamos ante procesos asociados a regulaciones o a proyectos. En cuanto a las regulaciones, la norma proviene en primera instancia de la ley de procedimiento administrativo, que impone la necesidad de “notificar y comentar” a los potenciales interesados cuando se va a modificar una regulación en general, incluidas las regulaciones ambientales. Luego, cada ley con alcances ambientales ha considerado a su vez una manera particular de llevar adelante participación ciudadana cuando se estén dictando otras regulaciones del área en que la ley aplica (*v. gr.*, la Ley de Aire Limpio, la Ley de Agua Limpia y la Ley de Control de Sustancias Tóxicas). Por último, la Ley Nacional de Políticas Ambientales, que regula la evaluación ambiental de proyectos, reconoce de manera más específica la participación ciudadana y los modos en que esta debe llevarse a cabo en dicho procedimiento. Esto no altera de forma significativa la comprensión de la participación como un mecanismo y un paso dentro del procedimiento<sup>399</sup>.

Tanto el acceso a la información como el acceso a la revisión judicial de las decisiones de las agencias reguladoras están garantizados en Estados Unidos también por la Ley de Procedimiento Administrativo. Con todo, pareciera que el sistema estadounidense de participación ciudadana en materia ambiental está más basado en su propia tradición de derecho administrativo que en la comprensión internacional de la participación, el acceso a la información y el acceso a la justicia como una trenza de derechos que en

398 Disponible en línea: <[https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-09/documents/intro\\_08.pdf](https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-09/documents/intro_08.pdf)>.

399 Disponible en línea: <<https://www.elaw.org/es/content/gu%C3%AD-de-participaci%C3%B3n-ciudadana-en-materia-ambiental-de-m%C3%A9xico-estados-unidos-y-canad%C3%A1-espa%C3%B1a>>.



su faz procedimental hacen posible la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano, que sería el modelo. Esto nos muestra que el modelo de los derechos de acceso no es universal, sino solamente predominante en el mundo occidental.

### 3.3. El modelo del principio de cooperación

Hay una tercera manera en que se ha entendido la participación ciudadana en materia ambiental, que de alguna manera navega entre las dos anteriores. Esta es la del principio de cooperación. Principalmente en el derecho alemán, y luego en algunas construcciones doctrinarias inspiradas en el derecho alemán, el principio de cooperación abarca una serie de interacciones público-privadas en materia ambiental, entre las que se cuenta la participación ciudadana. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia del principio de cooperación internacional, en diversos tratados en materia ambiental, incluyendo especialmente la Declaración de Río. En esa formulación, la cooperación se refiere a una cuestión mucho más amplia de cooperación entre todos los Estados y todas las personas para lograr el desarrollo sostenible, erradicar la pobreza, conservar el ecosistema y generar conocimiento científico<sup>400</sup>.

En la manera que lo tratamos acá, se refiere a aquellos autores que, siguiendo la nomenclatura alemana, se refieren a la participación ciudadana en materia ambiental como parte integrante del principio de cooperación. El principio de cooperación en la doctrina alemana se referiría a la necesidad de consultar a todos los afectados por una determinada decisión en materia ambiental, intentando lograr acuerdos, levantar mayor información y aumentar la protección del medio ambiente. Este principio mostraría, incluso, una preferencia por la posibilidad de acuerdos antes que la aplicación de la ley<sup>401</sup>.

Un exponente de esta formación alemana en la doctrina española es JARIA, quien considera que el principio de cooperación tiene una vertiente institucional donde se contiene la obligación de los diversos organismos del Estado de cooperar en el cumplimiento de las funciones del Estado en materia

400 Declaración de Río, preámbulo y Principios 5, 7 y 9.

401 VON SEHT, Hauke y OTT, Hermann (2000), pp. 26-27.

ambiental y, por otro lado, una vertiente social que importa la participación del conjunto de la sociedad para llevar a cabo las políticas ambientales<sup>402</sup>.

La vertiente institucional está menos relacionada con el presente trabajo, por lo que no la comentaremos mayormente. En lo que se refiere a la vertiente social, en cambio, JARIA parte en su análisis desde la visión de que el derecho ambiental debe principalmente lidiar con los riesgos y que en la construcción del estándar de riesgo se requiere de un nivel alto de democracia, el que podría lograrse mediante la democracia participativa, que complete de legitimidad democrática las decisiones que toma la Administración del Estado<sup>403</sup>.

Expresa JARIA:

“La democracia en materia ambiental y, particularmente, en su faceta participativa en relación con las decisiones concretas de la Administración, no es sólo una garantía de eficacia de las medidas tomadas, sino también una vía para asegurar que, efectivamente, responden al consenso social y no se escamotea a los interesados el poder incidir en decisiones que, a su vez, afectan al riesgo que deben afrontar, utilizando un supuesto conocimiento experto”<sup>404</sup>.

Agrega el autor que la participación permite superar el déficit democrático que podría tener la Administración, especialmente incorporando intereses que permitan una mejor elección para la tomadora de decisiones. Eso, señala JARIA, no debiera ser solo en el procedimiento administrativo, sino también legislativo.

“En definitiva, los destinatarios de las decisiones concretas y de las normas devienen parte en el procedo de su elaboración”<sup>405</sup>.

Esta posibilidad de hacerse parte iría de alguna manera borrando los límites de la esfera de lo público como una esfera autónoma. Ello, dice JARIA, sin perjuicio de que la decisión debe también considerar a las generaciones futuras, cuestión que es un mandato del desarrollo sustentable y que se realiza a través del principio precautorio<sup>406</sup>.

402 JARIA I MANZANO, Jordi (2011), p. 252.

403 JARIA I MANZANO, Jordi (2011), pp. 254-256.

404 JARIA I MANZANO, Jordi (2011), p. 256.

405 JARIA I MANZANO, Jordi (2011), p. 258.

406 Ídem.



En el derecho chileno, comparte esta formación en el principio de cooperación BERMÚDEZ, quien lista el principio de cooperación como uno de los que informa el derecho ambiental, y sin perjuicio de reconocer su raíz alemana, lo hace en desmedro del principio de participación, la que considera que está dentro de las actividades posibles de la cooperación<sup>407</sup>.

BERMÚDEZ exhibe, asimismo, la limitación del principio de cooperación en relación con la participación ciudadana, pues en su comprensión de la misma, es una participación en los procedimientos administrativos y se limita a los mecanismos que la propia Ley de Bases del Medio Ambiente establece, a lo que solo agrega los mecanismos de la ley de acceso a la información pública, entendiéndose que el acceso a la información es base para la participación ciudadana (como veremos más adelante). Por otra parte, se hace un énfasis en la posibilidad de sustituir decisiones de la administración por acuerdos público-privados<sup>408</sup>.

Nos parece que el planteamiento general del principio de cooperación, si bien interesante, se aleja de la realidad jurídica de la mayoría de los países de Latinoamérica y especialmente de Chile. Es conocida la tradición alemana del corporativismo como lógica para la construcción de políticas públicas, y probablemente por ello es que se hace hincapié en este principio en el derecho de dicho país, pero el tratamiento que le dan los autores a la participación ciudadana como herramienta dentro de la lógica de la cooperación<sup>409</sup> nos parece que es insuficiente en responder a los desafíos de la participación en nuestra realidad.

### 3.4. El modelo de gobernanza ambiental

Alguna literatura, especialmente vinculada con las ciencias políticas, estudia la participación ciudadana en materia ambiental desde el enfoque de la gobernanza y se centran en la multiplicidad de relaciones institucionalizadas o no, que se pueden dar en relación con el uso de los recursos naturales y el territorio, entre empresas, personas y organismos del Estado.

407 BERMÚDEZ, Jorge (2014), pp. 52-53.

408 BERMÚDEZ, Jorge (2014), p. 53.

409 HUNOLD, Christian y DRYZEK, John (2002), pp. 17-39.

Así, por ejemplo, se señala que el estudio de la gobernanza ambiental combina los enfoques de la investigación socio-ambiental con la investigación del desarrollo, mezclando, por lo tanto, la interacción entre medio ambiente y cambio social, por una parte, con la manera en que la sociedad se organiza a sí misma en torno a estos cambios, por la otra. La gobernanza ambiental como campo de estudio se basa en diferentes escuelas de pensamiento de las ciencias políticas, pero finalmente busca entender cómo cambian los comportamientos sociales respecto de los recursos naturales en la red de arreglos formales e informales que se producen entre los diferentes tipos de actores y en diferentes rangos y niveles<sup>410</sup>.

De la misma manera, la gobernanza ambiental estudia los arreglos de política pública que se producen en una multiplicidad de centros de poder dentro de los Estados, así como también en los organismos internacionales o multinacionales, entendiéndose que parte de las preguntas que debiera responder la gobernanza se encuentran en esos espacios. Por último, la gobernanza ambiental intenta lidiar con los problemas ambientales persistentes<sup>411</sup>.

Por supuesto, para la gobernanza ambiental los mecanismos institucionales de participación ciudadana son una de las cuestiones centrales de su estudio, siendo que incluso consideran la existencia de una gobernanza ambiental participativa, que se opone a los modelos de gobernanza basada en el mercado y gobernanza Estado-comunidad<sup>412</sup>. Los modelos con mayor participación ciudadana son vistos, además, como aquellos que han ido adquiriendo más legitimidad, de modo tal que incluso de parte de las élites se aboga por una mayor participación de los grupos marginados, de manera de lograr más legitimidad<sup>413</sup>.

Pero la gobernanza y la gobernanza ambiental han sido un concepto de gran expansión en el último par de décadas porque se ha intentado hacer cargo de una serie de realidades más bien difusas, en un gran número de escenarios diferentes. En ese sentido, en materia ambiental ha intentado enfrentar las nuevas relaciones entre el Estado y los actores no estatales

410 DE CASTRO, Fábio *et ál.* (2016), pp. 5-6.

411 HOGL, Karl *et ál.* (2012), pp. 1-4.

412 DE CASTRO, Fábio *et ál.* (2016), p. 7.

413 DE CASTRO, Fábio *et ál.* (2016), pp. 14-15.



de todo tipo: empresas, ciudadanos y ciudadanas, movimientos, gremios y grupos de presión. Al mismo tiempo, intenta entender las relaciones intraestatales<sup>414</sup>.

Con todo, nos parece que el campo de estudios de la gobernanza ambiental sobrepasa por mucho las intenciones de este trabajo y, sobre todo, no es específico a la participación ciudadana. Se hace esta mención al mismo porque efectivamente existe literatura que combina participación ciudadana con gobernanza ambiental y que busca entenderla desde este paradigma, pero no será mayormente explorada por este trabajo a propósito de las prevenciones antes hechas.

#### 4. CONCLUSIONES

Este capítulo ha transcurrido en el análisis de la incorporación de la participación ciudadana como variable del derecho ambiental. Para eso, se han analizado diferentes modelos de comprensión de la participación en este ámbito. En el modelo de la gestión pública, más propio del derecho estadounidense, la participación en materia ambiental no es por sí misma un tema de relevancia jurídica, sino que se tiende a subsumirla en la participación en la gestión pública y la tradición que dicho país tiene en ese sentido.

En el modelo del principio de cooperación, observamos que la participación es una de las muchas herramientas con que se cuenta para lograr una mejor relación público-privada para la toma de decisiones ambientales. En ese modelo, el acento está puesto en la posibilidad de llegar a acuerdos entre los actores y de esa manera facilitar la labor estatal en torno a la protección ambiental.

En el modelo de la gobernanza, en tanto, el acento está puesto en la multiplicidad de relaciones entre los diferentes actores y en su relación con el medio ambiente y los recursos naturales, siendo que es un campo de estudios que busca una comprensión mucho más acabada de las relaciones sociales que se dan en torno a las cuestiones ambientales e incorpora a la participación ciudadana institucionalizada como un arreglo social más entre los posibles de estudiar.

414 HOGI, Karl *et ál.* (2012), pp. 6-7.

Por último, el modelo que nos parece más completo es el de los derechos de acceso, pues este incorpora la idea de la participación en materia ambiental como un instituto propio del derecho ambiental y que tiene un contenido especial. El hecho de que ese contenido haya sido desarrollado luego por el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú es una prueba de la importancia del modelo y a la vez es una de las razones por las que se hace más interesante analizar la participación ciudadana ambiental desde esa lógica.

Sin perjuicio de lo anterior, la existencia de varios modelos significa que se produce también una tensión en la participación ambiental, en tanto en algunas ocasiones la normativa puede estar respondiendo a un modelo diferente que la práctica jurídica, o puede existir una tendencia de los organismos del Estado por seguir una determinada lógica, diferente de aquella que demandan los ciudadanos y ciudadanas.

Como veremos en capítulos siguientes, esta tensión se suma a otras áreas propias del derecho ambiental que deben ser abordadas por la participación, produciendo un desborde de las categorías conceptuales que se analizaron en capítulos anteriores. Siendo así, la necesidad de una comprensión propia del derecho ambiental en materia de participación se hace aún más patente.



**CAPÍTULO VI:  
CONTENIDO ESPECIAL DE LA PARTICIPACIÓN  
EN MATERIA AMBIENTAL<sup>415</sup>**

---

415 Parte del trabajo de esta sección se corresponde con un artículo publicado y elaborado en el marco de esta investigación y del proyecto FONDECYT Regular 2017, N° 1170767. Soto, Francisco y Costa, Ezio (2019), pp. 227-255.

## 1. INTRODUCCIÓN

La existencia de modelos propios del derecho ambiental en lo que respecta a la participación está muy justificado en los desafíos propios del área, donde debemos considerar que la participación en materia ambiental debe tomar en cuenta una serie de posibilidades, tensiones y conceptos que no necesariamente están presentes en otros espacios de participación.

Podemos decir que la participación ciudadana en materia ambiental desborda las posibilidades y conceptos de la participación en la gestión pública y de la participación en el derecho administrativo. Este desborde se produce, en parte por la conceptualización diferente de la participación, como veíamos en la sección previa y en parte por el hecho de que la participación en materia ambiental se encuentra en una red de conceptos propios del derecho ambiental, en la que tiene una posición de intermediación entre estos conceptos y la manera en que se manifiesta el poder a través de la toma de decisiones.

Por lo mismo, se ha señalado que uno de los grandes desafíos que el derecho ambiental le ha puesto al derecho público dice relación con la participación ciudadana.

“La naturaleza pública del derecho ambiental tiene relación con que está lidiando con un interés colectivo. Esto ha llevado a la expectativa de que la toma de decisiones ambientales debería llevar aparejado algún sistema de participación ciudadana”<sup>416</sup>.

---

416 FISHER, Elizabeth *et al.* (2013), p. 264.

Así, por ejemplo, sucedió en el derecho administrativo inglés, donde esto no tenía mucha importancia históricamente, pero que la creación, revisión y establecimiento de límites de las obligaciones de participación ciudadana tomaron relevancia en los últimos diez años, especialmente a propósito de las directivas ambientales de la Unión Europea, las que desafiaron algunas conceptualizaciones básicas del derecho administrativo inglés<sup>417</sup>.

Lo mismo sucede en muchos sistemas jurídicos, incluidos los sistemas latinoamericanos y en especial el chileno. La participación ciudadana no formaba parte de los problemas jurídicos de la manera en que lo hace actualmente, hasta que fuera incorporada, sobre todo por el procedimiento ambiental. Como vimos anteriormente, en términos normativos la participación en los procedimientos administrativos no era una cuestión que se pudiera observar en el derecho público chileno anterior a los años dos mil, mientras que la participación ciudadana quedaba, por lo tanto, más que nada en su comprensión de participación política, ya fuera que esta se diera a nivel central o territorial.

En específico sobre la relación entre el derecho público y la participación ciudadana, los autores consideran que hay tres cuestiones esenciales. Primero que los derechos relacionados con la participación y la consulta se han entendido tradicionalmente como derechos procedimentales, de modo que la jurisprudencia en general los ha discutido desde las fallas en el procedimiento o la falta de motivación<sup>418</sup>. Enseguida, un segundo punto que observan es que el derecho a la participación y la consulta varía considerablemente según cual sea el estatuto normativo que se esté aplicando u observando, de suerte que no existe una normativa general o una expresión global del derecho que permita comprenderlo de manera más acabada, siendo en parte importante apoyado en la jurisprudencia y las políticas públicas. La única excepción de esto sería la evaluación de impacto ambiental, donde sí se expresa de manera más concreta el derecho a la participación ciudadana<sup>419</sup>.

417 FISHER, Elizabeth *et ál.* (2013), p. 265.

418 FISHER, Elizabeth *et ál.* (2013), p. 278.

419 Ídem.

La aserción de las autoras es muy significativa en el contexto de lo que estamos estudiando, pues da cuenta de dos cuestiones importantes. La primera es que, para el derecho inglés, la participación ciudadana entendida como un derecho, es un injerto que proviene de las normas de la Unión Europea. Es por ello que se produce un problema en la conceptualización del mismo y en su aplicación. Adicionalmente, muestra que el derecho inglés tendría un problema similar al chileno (y probablemente a todo el latinoamericano), que dice relación con el hecho de que el único desarrollo normativo más profundo en materia ambiental, está centrado en la participación en los procesos de evaluación de impacto ambiental.

La tercera cuestión que las autoras notan en la relación entre derecho público y derecho ambiental es que suele haber un desacuerdo sobre si un procedimiento de participación en particular es adecuado o no, lo que estaría relacionado en parte con la excesiva comprensión procedimental del derecho, siendo que en realidad también puede tener una comprensión sustantiva<sup>420</sup>.

BALLESTEROS-PINILLA, en una línea similar, parte de la base de que, si bien la participación ciudadana es un elemento clave en el paradigma del Estado Regulador, la intensidad de esta participación es mayor en materia ambiental por dos razones fundamentales. La primera es que la participación sirve como contrapeso al poder económico y político, sirviendo como garantía del funcionamiento democrático en un área donde la falta de conocimiento de la Administración, la deja a merced de la información aportada por las y los interesados. En segundo lugar, porque en esta área la Administración y sus intereses suelen estar alineados con la agresión al bien jurídico protegido en el derecho ambiental<sup>421</sup>.

JARIA, partiendo de una base lógica similar, cree que las cuestiones ambientales son un escenario propicio para la incorporación de participación, a propósito de “[l]a confluencia de intereses diferentes en relación con el modelo de desarrollo y sus efectos en el entorno físico en el que se desarrolla la vida social convierten a estos procesos de toma de decisión en expresiones evidentes del pluralismo social”<sup>422</sup>. En ese escenario la Admi-

420 Ídem.

421 BALLESTEROS-PINILLA, Gabriel (2010), pp. 24-25.

422 JARIA I MANZANO, Jordi (2008), p. 128.



nistración tendría que actuar como mediadora y el derecho es más bien un instrumento referencial<sup>423</sup>.

Nos parece que este desafío que la participación ambiental impone al derecho público, está relacionado precisamente con la existencia de áreas conceptuales de tensión, donde se pide a la participación tener una función primordial en la determinación del contenido normativo de dichas áreas, o coadyuvar en la determinación que la autoridad debe hacer sobre el contenido específico de un determinado concepto para la toma de una decisión, generándose allí un espacio que necesariamente es de deliberación entre la tomadora de decisiones (y sus normas orgánicas y programáticas) con las personas interesadas que participen de un procedimiento.

Así, por ejemplo, al momento en que la autoridad debe tomar una decisión relativa a una norma de emisión o la construcción de un proyecto, la variable de la justicia ambiental o de la gestión de los riesgos puede no ser tan autoevidente.

Por una parte, esto se produce porque en el marco del Estado Regulator, la ley le ha entregado a esa autoridad administrativa una misión para la cual no le da demasiadas guías, asumiendo que su experticia técnica sería suficiente para poder tomar la decisión correcta y que la formulación más o menos general de los derechos fundamentales y las herramientas con las que se concretan, debieran hacer el resto de la labor.

Por otra parte, se produce porque existen variables exógenas que la autoridad puede no conocer, o que pueden variar en el tiempo. Las preferencias de las personas, los efectivos impactos de una determinada decisión o la manera en que el territorio podría interactuar con un proyecto, son ejemplos de cuestiones que no son conocidas *a priori* por la autoridad, que tampoco son determinadas por la ley, que no tienen un contenido puramente técnico, pero que deben ser tenidas en cuenta al momento de tomar una decisión.

Como veremos en los apartados siguientes, consideramos que este espacio de diálogo se genera por la existencia de cuatro áreas críticas en que, a propósito de conceptos jurídicamente abiertos, la configuración normativa ha determinado que dichos conceptos sean llenados en parte por el diálogo entre la autoridad y la ciudadanía interesada, mediante los procesos de par-

423 Ídem.

ticipación ciudadana. Este fenómeno, propio de la participación ambiental, resulta clave para entender las características de la participación ambiental.

## 2. TENSIONES DE LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

### 2.1. Gestión de riesgos

Los riesgos se han convertido en un elemento de gran relevancia para el derecho administrativo, mientras que se les reconoce como uno de los elementos centrales del derecho ambiental. En materia ambiental, la decisión sobre los riesgos aceptables está contenida en cada uno de los actos discrecionales, ya sean de carácter general o de carácter particular, pues en cada uno de ellos existirá un juicio sobre lo aceptable o no de un determinado nivel de riesgo.

Incluso se ha planteado por algunos autores que el derecho ambiental debe lidiar especialmente con los riesgos, siendo estos los que definen de manera esencial la labor de la disciplina.

“El derecho al Medio Ambiente es un Derecho de regulación y gestión de riesgos que se explica y encuentra su sentido en ese modelo de sociedad posmoderna en la que estamos instalados y que se ha dado en llamar la sociedad del riesgo”<sup>424</sup>.

En este sentido se ha señalado que una de las labores principales que cumple el derecho ambiental es la de determinar cuáles son los riesgos que resultan aceptables y gestionarlos en su convivencia con las personas, cuestión que realiza la Administración mediante sus distintas funciones. El derecho ambiental, señala ROJAS, debe “articular fórmulas de decisión sobre los riesgos que se admiten, así como lo de los que se rechazan, lo que supone obviamente una valoración del riesgo, y, en segundo lugar, gestionar los riesgos que se admiten y con los cuales vamos a convivir, lo que se realiza a través de distintas áreas, como el control, el seguimiento, la reducción mediante mejoras tecnológicas. Y en esta tarea todos –autoridades públicas, empresas privadas, ciudadanía organizada y prestadoras de distintos servicios– deben participar”<sup>425</sup>.

424 ESTEVE PARDO, José (2014), p. 14.

425 ROJAS CALDERÓN, Cristián (2019), pp. 99-100.



La conceptualización del derecho ambiental como un derecho que debe lidiar principalmente con los riesgos, tiene una historia que se vincula con la idea de la sociedad del riesgo, acuñada por el sociólogo Ulrich BECK. De acuerdo con este autor, el hecho de que los procesos de la modernidad hayan sido facilitados por los sistemas políticos, administrativos y económicos, ha significado que se subestimen los riesgos y con ello que se produzca una insatisfacción por parte de las personas en relación con la gestión de estos. A propósito de ese fenómeno, se ha forzado la creación de nuevos espacios más descentralizados, inclusivos y flexibles para tomar decisiones<sup>426</sup>.

Las nuevas estructuras son de aquellas que se alejan de alguna manera de la hegemonía de la técnica en la toma de decisiones e intenta un diálogo en que las preferencias de los ciudadanos y ciudadanas tienen un rol preponderante. Superan, por lo tanto, uno de los problemas que identifica ROSANVALLON en relación con la sociedad del riesgo, como es la obligación de las personas de poner su confianza en los especialistas para la solución de problemas sociales<sup>427</sup>.

El derecho ambiental debe fijar los riesgos tolerables y eso no es un mero ejercicio técnico. Si bien la incorporación de conocimiento específico es necesaria para la determinación de lo aceptable, debiera finalmente esa decisión ser eminentemente democrática, pues fijar los niveles de riesgo aceptables es una de las maneras en que las comunidades políticas establecen su modo de vida y la forma en que quieren desarrollarse económica y socialmente.

En este sentido, lo señalado por ROSANVALLON está presente en la cita anterior a ROJAS, una determinación de los riesgos requiere de participación amplia. Ahora bien, esa visión olvida de alguna manera que no es solo en ese espacio de participación amplia que debiera definirse el nivel de riesgo, sino que también en la voluntad soberana manifestada en la ley. Solo entregada a la participación de interesados, la decisión sobre los riesgos tolerables corre el riesgo de quedar fijada en límites inaceptables, por problemas como el acceso a la información relevante, la capacidad de incidencia y las carencias económicas y sociales.

426 BECK, Ulrich (2002).

427 ROSANVALLON, Pierre (2009), p. 9.

Como señala JARIA:

“Las decisiones que se proyectan sobre el medio ambiente, las decisiones, en definitiva, que determinan el uso legítimo de los recursos naturales son decisiones sobre riesgo”<sup>428</sup>.

Para el autor, el hecho de que los riesgos vayan a recaer sobre todos, importa la necesidad de que la decisión sobre los riesgos tolerables sea una decisión lo más democrática posible y que además incorpore la lógica del principio de cooperación<sup>429</sup>.

Ahora bien, la variable participativa en la gestión de riesgos es mayoritariamente puesta en duda desde el punto de vista de su eficiencia, propósito de los sesgos cognitivos que determinan las decisiones de las personas, especialmente en su percepción de los riesgos<sup>430</sup>. Para MOYA, en la misma línea:

“Lo anterior se traduce en que las personas comunes y corrientes tienen una determinada percepción del riesgo, en la que no hay una relación entre aquellas situaciones que la gente percibe como más peligrosas y las que efectivamente lo son. El pensamiento cotidiano comete errores al valorar el riesgo y produce apreciaciones distorsionadas. Muchas veces, la percepción exagerada se funda en la mayor relevancia mediática de unos sucesos o en la subjetividad de cada persona”<sup>431</sup>.

De acuerdo con la autora referida, la toma de decisiones sobre el riesgo aceptable en materia ambiental debe estar principalmente abordada desde la técnica, pues de esa manera es más posible tomar decisiones eficientes.

Con gran habilidad persuasiva, SUNSTEIN nos muestra una serie de casos en que las percepciones sobre el riesgo están equivocadas y en las cuales, por lo tanto, la técnica tomaría mucho mejores decisiones. Su agenda es clara, el análisis de costo beneficio es una mejor herramienta para tomar decisiones relacionadas con el riesgo, que otras herramientas<sup>432</sup>. El principal foco de comparación de SUNSTEIN y otros autores es el principio de precaución, el que consideran menos útil para tomar decisiones sobre riesgos.

428 JARIA I MANZANO, Jordi (2011), p. 249.

429 Ídem.

430 SUNSTEIN, Cass (2006), pp. 157-159.

431 MOYA, Francisca (2014), p. 45.

432 SUNSTEIN, Cass (2006).



FIORINO nombra, a la discusión anterior, el *dilema participatorio en las políticas de riesgo*.

“El aumento de la complejidad de los asuntos abordados por la política pública del gobierno, en particular la confianza en los datos y el método científico, refuerza otras tendencias que disminuyen la influencia individual. Ahora los científicos y la elite técnica juegan un rol influyente en la toma de decisiones sociales”<sup>433</sup>.

Sin perjuicio del debate acá esbozado, es un hecho que en el derecho ambiental la gestión de riesgos es una de las variables esenciales, y es también un hecho de que la participación es fundamental en esa toma de decisiones. En efecto, mientras la principal contradicción se produce en torno al eje precaución-eficiencia, en todo el continuo encontraremos procesos de participación. Tanto en la determinación precautoria de un riesgo aceptable, como en el análisis de costo beneficio, la incorporación de la visión de las personas interesadas a través de los procesos de participación marcarán una de las variables que debe tomar en cuenta la tomadora de decisiones.

## 2.2. La incorporación de la justicia ambiental

El principio de justicia ambiental es probablemente una de las cuestiones más revolucionarias del derecho ambiental y está estrechamente vinculado a la participación en esta materia. Mientras en general podemos observar que las variables de justicia distributiva son parte de las políticas públicas, de los fines del Estado y de su actuación, en materia ambiental la distribución está incorporada dentro de la normativa a través del Principio de Justicia Ambiental. Esta incorporación, por lo demás, supone no solamente que se debe tender hacia una mejor distribución de los bienes y las cargas, sino también hacia una mejor distribución del poder. A esto se ha llamado la dimensión participativa de la justicia ambiental o *justicia ambiental en el ámbito político*<sup>434</sup>.

La relación entre participación en materia ambiental y justicia ambiental corre al menos por dos ejes. El primero es el que dice relación con la influencia que tiene la participación en lograr mejores niveles de justicia

433 FIORINO, Daniel (1989), p. 532.

434 HERVÉ, Dominique (2015), p. 43.

distributiva en términos de cargas y beneficios. Originalmente, es esta la gran variable de la justicia ambiental, como concepto surgido de los movimientos sociales afrodescendientes estadounidenses, que veían cómo la mayor carga ambiental era localizada en los territorios en que ellos habitaban. Esta genealogía sería, de acuerdo a SCHLOSBERG, una de las claves para explicar el hecho de que la demanda por participación se haya mantenido siempre como una de las principales reivindicaciones de los movimientos ambientales<sup>435</sup>.

Para entender cómo es que la participación en materia ambiental podría llevar a una mejor distribución de los bienes y cargas, debemos enfocarnos en la visión funcional de la participación ciudadana, que analizamos en el capítulo III. Precisamente una de las lógicas de la función pública de la participación ciudadana es que permite esta distribución mediante la incorporación de información y de preferencias en el proceso de toma de decisión, lo cual debería llevar al tomador de decisiones a considerarlas y, respetando el principio de justicia ambiental, actuar en consecuencia, distribuyendo de manera más equitativa.

Esta visión tiene, además, una conexión muy clara con el acercamiento desde los riesgos. La justicia ambiental como movimiento proviene en un inicio de la inadecuada distribución de cargas o riesgos. De acuerdo a HISKES, refiriéndose a DRYZEK, esta sería una de las razones por las cuales las teorías generales de la justicia no han incorporado la variable de justicia ambiental<sup>436</sup>. Sin embargo, señala el autor que “podemos concluir que los bienes ambientales (y los males) son intrínsecamente parte de un sistema de distribución y participación relevado por la teoría de la justicia”<sup>437</sup>.

En la segunda comprensión de la relación entre justicia ambiental y participación, esta última es una manifestación de la primera. En este caso, lo que tratamos es sobre la distribución del poder en la toma de las decisiones ambientales, donde serán los procesos de participación los únicos que de alguna manera entregan un espacio de poder a las personas interesadas, en línea con lo que se pretende en el Principio 10 de la Declaración de Río y, como veremos más adelante, de modo de permitir un procedimiento deliberativo.

435 SCHLOSBERG, David (2007), pp. 65-68.

436 HISKES, Richard (2006), pp. 81-95.

437 HISKES, Richard (2006), p. 90.



En este sentido, INFANTE señala que entre los cuatro elementos principales de la justicia ambiental se encontraría la “justa y significativa participación de la comunidad en el proceso de toma de decisiones ambientales”<sup>438</sup>, se agrega además el respeto por las identidades locales y la vida comunitaria, ambas cuestiones que podríamos encontrar entre las funciones de la participación.

Vale decir que la posibilidad de acceder a mecanismos de participación ciudadana que efectivamente garanticen ser parte de la toma de decisiones, y que además den cabida a las identidades sociales y a la vida comunitaria, es una de las variables que importan para efectos del respeto por la justicia ambiental, existiendo así una conexión íntima entre ambos conceptos y una necesidad de la justicia ambiental de contar con participación ciudadana en esta materia.

En el mismo sentido, BERMÚDEZ ha expresado:

“La justicia ambiental se conceptualiza como el trato justo y la participación informada a que tienen derecho todas las personas con respecto al desarrollo, implementación y aplicación de las leyes y regulaciones y políticas ambientales, independientemente de su raza, color, nacionalidad o nivel de ingresos”<sup>439</sup>.

Poniendo entonces a la participación como una clara variable de la justicia ambiental e incluso como su motor principal, donde la realización de la justicia ambiental sería la existencia de la posibilidad de participar de manera significativa, incluso más allá de su resultado.

Creemos que ambas dimensiones de la relación entre participación y justicia ambiental son relevantes, pues pensamos que esta última tiene una dimensión de distribución de bienes y una dimensión de distribución de poder. En la primera dimensión, la participación ayuda a lograr el resultado de mayor justicia distributiva y, en la segunda dimensión, la participación realiza a la justicia. Pero esto último sucede si o solo si tiene la capacidad y la potencia necesaria para modificar el campo distributivo inicial, de manera que la distribución de poder en la toma de decisiones efectivamente pueda influenciar el modo en que se distribuirían las cargas y beneficios del medio ambiente.

438 INFANTE, Paloma (2016), p. 146.

439 BERMÚDEZ, Jorge (2010), p. 590.

### 2.3. El balance del desarrollo sustentable (o sostenible)

El desarrollo sustentable (o sostenible)<sup>440</sup> ha funcionado en materia ambiental como una especie de concepto indeterminado de política pública, que permite absorber en algún sentido las tensiones que significa la protección del medio ambiente en relación con el crecimiento económico en su concepto predominante del siglo XX. Es un principio que, en todas sus formulaciones, busca mediar entre protección del medio ambiente y desarrollo económico, para no comprometer ninguno de los dos en la toma de decisiones de política pública.

Como señala GALDÁMEZ, el desarrollo sustentable puede estar formulado de suerte de señalar el camino para que “crezcamos económicamente, pero sin comprometer el medio ambiente y los recursos naturales para el futuro, pensando en las futuras generaciones y en la preservación del mundo que conocemos”<sup>441</sup>, pues, como observa BERMÚDEZ:

“[U]n crecimiento económico ilimitado y a costa de la depredación de los bienes ambientales, hipoteca las posibilidades de crecimiento, e incluso de supervivencia, en el futuro”<sup>442</sup>.

El principio de desarrollo sostenible tiene tanto una polémica global, referida a su contenido, como una polémica local, que versa sobre su incorporación en nuestra normativa y especialmente como parte del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Según GALDÁMEZ, quedó pendiente en la Constitución de 1980 establecer el principio de desarrollo sustentable, en el sentido de que “el crecimiento del país debe desarrollarse considerando los límites medioambientales, preservando las bases de la vida y los derechos de futuras generaciones a disfrutar del entorno”<sup>443</sup>.

440 El concepto inglés de *sustainable development* ha venido traducido de manera distinta en español como desarrollo sustentable o sostenible, sin perjuicio de lo cual observamos una tendencia actual a llamarlo sostenible, preferentemente. Si bien no existen diferencias conceptuales en su uso, hay autores que sostienen que sería diferente usar el término sustentable o sostenible, por sus connotaciones en español. FERNÁNDEZ, Lilia y GUTIÉRREZ, Mirella (2013), pp. 121-130.

441 GALDÁMEZ, Liliana (2018), p. 79.

442 BERMÚDEZ, Jorge (2014), p. 77.

443 GALDÁMEZ, Liliana (2018), p. 90.



En la vereda contraria, FERNÁNDEZ cree que el artículo 1° de la Constitución<sup>444</sup> incorpora la idea del desarrollo sustentable de manera indirecta, pues es parte del camino para lograr la realización humana que asegura el referido artículo, en cuanto este desarrollo es el que permite asegurar la calidad de vida de las personas y su relación comunitaria y con su entorno<sup>445</sup>. En una línea similar se encuentra GUZMÁN, quien considera incorporado al desarrollo sustentable de manera implícita en el texto constitucional, principalmente por la interacción entre los artículos 1° incisos terceros y cuarto<sup>446</sup> y el artículo 3° inciso tercero<sup>447-448</sup>.

En la arena internacional, en tanto, la discusión está principalmente marcada por la mayor o menor funcionalidad que el principio tiene a una comprensión de desarrollo económico que desde el ambientalismo es vista como equivocada y depredadora.

La sustentabilidad, dice BOSSELMANN, es un concepto que está presente en la discusión del derecho ambiental desde la Edad Media, pero que tuvo un largo letargo después de la revolución industrial, que se extendió hasta los años setenta. Como vimos en secciones anteriores, en esos años comienza la discusión sobre el desarrollo sustentable, y es importante entender que esa discusión era una manera de romper el paradigma del

444 “Artículo 1°. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

445 FERNÁNDEZ, Pedro (2004), p. 47.

446 El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

447 Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

448 GUZMÁN, Rodrigo (2012), pp. 42-43.

crecimiento sin límites que venía imponiendo la visión económica de la época<sup>449</sup>.

Ya en esas primeras configuraciones del desarrollo sostenible se sostenía que existían dos visiones opuestas entre los ambientalistas. Por una parte, quienes abogaban por la sustentabilidad ecológica o sustentabilidad fuerte, que básicamente cuestionaban el paradigma del crecimiento, y, por otro lado, quienes le daban igual importancia al crecimiento económico que a la protección ambiental, defendiendo un concepto de sustentabilidad débil<sup>450</sup>.

El texto de referencia en materia de sustentabilidad, en cualquier caso, es el Informe Brundtland, producido por la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de la ONU, y en el que tuvo que hacerse cargo, políticamente, de la presión por la sustentabilidad a la vez que de la presión por no dejar de lado la necesidad de superar la pobreza y la desigualdad, de forma tal que finalmente la sustentabilidad del reporte está en clave de distribución equitativa entre ricos y pobres, entre las personas de hoy y las del futuro y entre los humanos y la naturaleza. Pero ha sido siempre un concepto cuestionado por la dificultad de darle cuerpo efectivo<sup>451</sup>. Esto, cree BOSSELMANN, es especialmente así por haber sustituido el término “sustentabilidad” por “desarrollo sustentable”, siendo que este último intenta abarcar todos los problemas en su interior, cuando en realidad la sustentabilidad ecológica era la que estaba recogida en el Informe Brundtland y en la Declaración de Río<sup>452</sup>.

La formulación que hace el Informe Brundtland sobre el desarrollo sustentable es una formulación eminentemente débil. En su cita más extendida, expresa que es “aquel desarrollo que permite satisfacer nuestras necesidades actuales sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”<sup>453</sup>. La evidente debilidad del concepto está dada por la amplitud y vaguedad del mismo, cuestión que ha permitido que el discurso del desarrollo sustentable se amplifique de

449 BOSSELMANN, Klaus (2008).

450 BOSSELMANN, Klaus (2008), p. 27.

451 BOSSELMANN, Klaus (2008), pp. 29-30.

452 BOSSELMANN, Klaus (2008), pp. 40-41.

453 BRUNDTLAND, Gro Harlem (1987).



manera notable, pero a la vez le ha permitido continuar esa amplificación sin un contenido claro.

En 2001, la OCDE mantenía una visión del desarrollo sustentable que era casi idéntica a esa formulación original.

“El Desarrollo sustentable puede ser interpretado en términos económicos como un camino en el que la maximización del bienestar humano de las generaciones presentes no lleve a un declive en el bienestar futuro”<sup>454</sup>.

Esta formulación del concepto es de las más usadas en el tiempo, a pesar de que siempre tuvo críticas relativas a su favoritismo por imperativos de mercado. BLEWITT, sin embargo, reconoce que desde el propio Informe Brundtland que es posible ver la contradicción que contiene el concepto, donde, por una parte, están las necesidades, especialmente de los más pobres, y, por otro lado, están las limitaciones impuestas por el estado de la tecnología y la manera en que la organización social se relaciona con el medio ambiente, impidiendo la satisfacción de necesidades presentes y futuras<sup>455</sup>.

Para MERCADO y CÓRDOVA, es claro que el discurso del desarrollo sustentable tuvo un amplio eco en cuanto a lo declarativo, pero ello se traduce necesariamente en acciones que permitan la sustentabilidad, dado su contenido esencialmente vago<sup>456</sup>.

En lo que nos interesa, el propio Informe Brundtland señala que entre las variables del desarrollo sustentable está la existencia de un sistema político que permita efectivamente la participación ciudadana. Expresa el informe:

“La satisfacción de las necesidades esenciales exige no solo una nueva era de crecimiento económico para las naciones donde los pobres constituyen la mayoría, sino la garantía de que estos pobres recibirán la parte que les corresponde de los recursos necesarios para sostener ese crecimiento. Contribuirán a tal igualdad los sistemas políticos que aseguren la efectiva participación de los ciudadanos en la adopción de decisiones en el plano nacional y una mayor democracia en la adopción de decisiones a nivel internacional”<sup>457</sup>.

454 OECD(2001), p.47. Disponible en línea: <<https://doi.org/10.1787/9789264193185-en>>.

455 BLEWITT, John (2018), p. 11.

456 MERCADO, Alexis y CÓRDOVA, Karenia (2005).

457 BRUNDTLAND, Gro Harlem (1987), p. 23.

Agrega más adelante:

“Tomar las decisiones difíciles que se requieren para lograr el desarrollo duradero dependerá del amplio apoyo y participación de un público consciente e informado y de las organizaciones no gubernamentales, la comunidad científica y la industria. Se deberían ampliar sus derechos, funciones y participación respecto de la planificación del desarrollo, la adopción de decisiones y la ejecución de proyectos”<sup>458</sup>.

La evolución del concepto de desarrollo sustentable ha tenido al menos como grandes hitos, la Agenda 21, acordada en Río 1992, y la Agenda 2030, acordada en 2015 y que contiene los 17 Objetivos de Desarrollo Sustentable<sup>459</sup>, pero se mantiene igualmente contestada y contestable.

Es por esto que la participación ciudadana en materia ambiental tiene una variable tan importante en el desarrollo sustentable. Siendo un concepto vago, pero ampliamente reconocido por los sistemas económicos y jurídicos, la manera en que su contenido se forma, es precisamente mediante los procesos de toma de decisiones, incluida la participación.

En este sentido, estamos cercanos a lo que plantea BLEWITT, en cuanto a que el desarrollo sustentable va a estar definido de manera diferente según cuál sea el resultado del juego entre las presiones, valores y visiones del mundo que empujen los diferentes actores, incluidas las comunidades, la industria, los grupos de presión y las instituciones<sup>460</sup>. Incluso, el autor llega a construir una tipología de los diferentes discursos, para finalmente señalar:

“Habrá conflictos y contradicciones, también porque la sustentabilidad y el desarrollo sostenible son inherentemente complejos, a veces tendiendo a formulaciones eclécticas”<sup>461</sup>.

Así, entonces, la participación es muy relevante para la tomadora de decisiones cuando tiene que navegar en este espectro tan abierto de opciones que le entrega el desarrollo sustentable, siendo que las preferencias e información que recoja de las personas en ese proceso cumplirán una función más allá de las que normalmente se le reconoce a la participación, pues será parte de las fuerzas que determinen la posición en la que se ubicará la

458 BRUNDTLAND, Gro Harlem (1987), p. 35.

459 Disponible en línea: <<https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>>.

460 BLEWITT, John (2018), p. 41.

461 BLEWITT, John (2018), p. 72.



tomadora de decisiones en el espectro del desarrollo sustentable. Así, por ejemplo, visiones más tendientes a la protección del medio ambiente o, por el contrario, más cercanas a la explotación de recursos naturales, se verán reflejadas tanto en el proceso de participación como en la decisión misma.

#### 2.4. La relación del derecho a la participación con el derecho a vivir en un medio ambiente sano

En la que probablemente es el área de tensión más relevante para la participación ciudadana en materia ambiental, se ha reconocido por la doctrina y jurisprudencia que el derecho a vivir en un medio ambiente sano (por su nomenclatura internacional)<sup>462</sup> contiene el derecho a la participación.

Esta área de tensión opera de manera diferente que las tres anteriores, pues mientras en lo que se refiere a variables distributivas (riesgos, justicia ambiental y desarrollo sustentable), la participación es clave para definir su contenido, en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente sano no nos referimos a los procesos de participación como determinantes del contenido del derecho, sino que al derecho a la participación como parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano.

##### A) *El derecho a la participación es parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano*

Este desafío se ha manifestado también en la comprensión del derecho a la participación como parte integrante del derecho a vivir en un medio ambiente sano, que ha sido empujada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En este sentido, la CIDH, en su Opinión Consultiva 23/17, señala que este derecho es uno de los “pilares fundamentales”

462 Se trabaja desde el derecho al medio ambiente sano, sin perjuicio de que la redacción de la Constitución de 1980 se refiera al “medio ambiente libre de contaminación”, pues entendemos que la reflexión internacional sobre este derecho, aun con otra nomenclatura, alcanza de todas maneras a nuestra formulación, especialmente cuando nos referimos a aspectos dogmáticos del mismo. Valga la aclaración, sin embargo, en el sentido de que todo lo que se señala respecto del medio ambiente sano vale también para el medio ambiente libre de contaminación, en los casos en que exista alguna diferencia (de interpretación judicial, por ejemplo), se hace mención de la misma.

de los derechos de acceso (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 226) y que los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 23.1.a de la Convención<sup>463</sup>, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 227).

A juicio de la CIDH, la participación debe asegurarse desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar al público sobre estas oportunidades de participación (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 232). Además, esta debe hacerse sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente debe haberse garantizado el acceso a la información relevante (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 231).

También la doctrina ha reconocido este vínculo y así, por ejemplo, para BALLESTEROS-PINILLA, la participación es una cuestión funcional al deber de protección ambiental de los Estados y opera como un principio para ellos, de suerte que los poderes del Estado deberían tomar esto en consideración en sus decisiones<sup>464</sup>. En la misma lógica encontramos a FRAGA, para quien la participación, si bien es un derecho procesal, es parte del subjetivo a un medio ambiente adecuado<sup>465</sup>.

La reflexión sobre la participación como un derecho auxiliar al derecho a vivir en un medio ambiente sano es de larga data en el derecho ambiental, pues, como hemos visto anteriormente, la inclusión en la Declaración de Río de este derecho provocó una serie de reflexiones a su alrededor y en la relación que existe de la participación como principio del derecho ambiental con el derecho subjetivo a vivir en un medio ambiente sano.

Como señala JARIA, más que la sola legitimidad, lo que busca la participación ciudadana en materia ambiental es asegurar la posibilidad de que

463 “Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:  
a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.

464 BALLESTEROS-PINILLA, Gabriel (2010), p. 26.

465 FRAGA, Jesús (1998).



las personas vivan y ejerzan su derecho al medio ambiente sano, pues las decisiones que toma la autoridad sobre cuestiones con implicancias ambientales tienen, finalmente, una manifestación material que significa una afectación al medio ambiente en que las personas desarrollan su vida y, por lo tanto, a la posibilidad de desarrollarla<sup>466</sup>. Incluso es más, de acuerdo al propio JARIA, el principio en que se envolvería la participación, que es el principio de cooperación, tendría como contenido una corresponsabilidad de los ciudadanos y ciudadanas, participar en la toma de decisiones, de manera de lograr el respeto por la garantía del derecho a vivir en un medio ambiente sano<sup>467</sup>.

La naturaleza colectiva del derecho a vivir en un medio ambiente sano sería una de las variables por las cuales el derecho a la participación se entendería comprendida dentro del propio derecho al medio ambiente.

En la jurisprudencia chilena de la Corte Suprema, el derecho a la participación no aparece tan claramente como parte del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en el sentido de que no se han hecho afirmaciones como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes transcrita. Sin embargo, en varias oportunidades se ha fallado en materia de recursos de protección en el sentido de señalar que una vulneración al derecho a la participación es una vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Hay, sin embargo, una clara diferencia de lenguaje. En el lenguaje de la Corte Suprema de Chile, la participación es un principio del derecho ambiental y es, además, un derecho que está regulado de una manera específica en la Ley N° 19.300, de modo tal que cuando se ha resuelto vulnerado el derecho a participar, se ha hecho con mención a esas dos variables y no al derecho a la participación propiamente tal. Así, por ejemplo, en los casos Tronaduras Mina Invierno y Terrazas, donde se resolvió por la Corte que no dar lugar a un proceso de participación en Declaraciones de Impacto Ambiental constituía una ilegalidad que vulneraba el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación<sup>468</sup>.

466 JARIA I MANZANO, Jordi (2008), pp. 124-125.

467 JARIA I MANZANO, Jordi (2008), p. 138.

468 Corte Suprema, "Caso Tronaduras", Rol N° 55203-2016 y "Caso Terrazas", Rol N° 197-2019.

En un sentido similar, el fallo por el decreto que regula el material particulado respirable MP10<sup>469</sup> estableció que la participación ciudadana es una etapa fundamental dentro del procedimiento de dictación de las normas de calidad y que hay un deber de la Administración, específicamente del Ministerio del Medio Ambiente, de promoverla. Ello, sin embargo, lo hace sin hacer mención específica a la vinculación entre el derecho a la participación y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación<sup>470</sup>.

*B) Las variables distributivas son parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano*

Esta incorporación de la participación como parte integrante del derecho al ambiente se explica precisamente por las áreas indeterminadas que revisamos anteriormente. El derecho a vivir en un medio ambiente sano requiere de la determinación de las variables distributivas para configurarse a sí mismo, pues esencialmente el derecho al medio ambiente sano es un derecho cuyos estándares están en permanente modificación, en parte por su novel existencia y en parte, precisamente, por la indeterminación de sus principios fundamentales, que a la vez son las variables distributivas.

Esto no dista de la realidad de la mayoría de los derechos fundamentales, salvo por la especialidad que significa el hecho de que una de las maneras en que se constituye el derecho a vivir en un medio ambiente sano es mediante la determinación de las variables distributivas, y ellas, a su vez, se construyen en parte en base a la participación ciudadana.

469 Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-22-2015, confirmado por la Corte Suprema, Rol N° 119-2015.

470 En lo que se refiere a la jurisprudencia de los tribunales ambientales, especialmente en las reclamaciones por inadecuada consideración de las observaciones ciudadanas, existe un trabajo jurisprudencial importante que se relaciona de manera lateral con la participación ciudadana, pues si bien se refiere a ella, en su mayoría más bien lidia con problemas de legitimación activa o de conexión de las observaciones ciudadanas con los temas que fueron luego objeto de la reclamación administrativa y judicial. Dicha labor dogmática se aleja de la que pretende revisar este trabajo, puesto que no se ha vinculado con la participación ciudadana en su contenido más esencial ni tampoco en la relación de la participación con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, probablemente por el propio diseño de los tribunales ambientales.



Vale decir, para conocer si el derecho al medio ambiente sano está siendo respetado o vulnerado, necesitamos entender su contenido. Parte de su contenido es la gestión de riesgos, la justicia ambiental y el desarrollo sustentable, de tal manera que podríamos decir que se respeta el derecho en la medida, que, por ejemplo, se respete el principio de desarrollo sustentable.

Esto es posible de ver más claramente en la jurisprudencia que versa sobre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, donde podemos observar que las cortes y tribunales ambientales apelan de manera permanente a las variables distributivas para configurar el contenido del derecho. Así, por ejemplo, la Corte Suprema en 2019, a propósito del “Caso Quintero-Puchuncaví”, donde diversos recurrentes de protección reclamaban por la omisión del Estado en asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de una serie de empresas del cordón industrial, por la intoxicación de cerca de 2.000 personas en los meses de agosto y septiembre de 2018<sup>471</sup>.

Entre otras cuestiones notables, el fallo, al analizar las omisiones por parte del Estado en su deber de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, hace un análisis del desarrollo sustentable y lo que este supone, con amplia base en la doctrina (considerando 33). Luego señala:

“34°.- Que lo dicho se desprende que el desarrollo económico, como aquel representado por la creación del Complejo Industrial Ventanas, aun cuando legítimamente pretende una mejora en la calidad de vida de las personas, incluyendo a las que viven en Quintero, Ventanas y Puchuncaví, no se puede realizar olvidando ni dejando de lado la conservación y protección del medio ambiente, a la vez que tampoco puede comprometer las expectativas de las generaciones futuras.

En la especie, sin embargo, los distintos procesos industriales concentrados en esas comunas han comprometido, embarazado y puesto en dificultades la conservación y protección del medio ambiente, entendiéndose este último como lo define el N° 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, como el ‘derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’, tal como lo demuestran, a modo meramente ejemplar, los recurrentes episodios de contaminación

471 Disponible en línea: <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/corte-suprema-acege-recursos-proteccion-crisis-ambiental-quintero-ordena-cambiar-plan-regulador-la-brevedad/674037/>>.

que han afectado a las citadas poblaciones, así como la declaración del entorno como zona saturada por material particulado fino respirable MP2,5 y zona latente por material particulado respirable MP10<sup>472</sup>.

Como es posible observar, la Corte considera en este caso que las decisiones que ha tomado la Administración del Estado no han sido respetuosas del desarrollo sustentable, esencialmente porque existe un claro desbalance entre el desarrollo económico de la zona, la protección del medio ambiente y la salud de las personas. Luego, la Corte considera que ese desbalance constituye una vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, dando claramente una cabida al desarrollo sustentable como principio del derecho.

Algo similar, pero en materia de riesgos, podemos encontrar en el fallo sobre vertimiento de salmones<sup>473</sup>, en dicho caso, se recurrió de protección contra la Dirección de Territorio Marítimo por autorizar el vertimiento en el mar de miles de toneladas de salmones descompuestos, y contra la Superintendencia del Medio Ambiente, por no fiscalizar dicha operación. En el caso de la autorización de vertimiento, una de las variables que analiza la Corte es precisamente la existencia de un riesgo provocado por dicho vertimiento de salmones, el que, no habiendo sido debidamente analizado, habría vulnerado el principio precautorio y también el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación<sup>474</sup>.

Entonces, como veníamos diciendo, para saber si el derecho al medio ambiente sano está siendo respetado, se requiere conocer el contenido del desarrollo sustentable o de los riesgos tolerables, y el contenido de esos conceptos son, a la vez, una cuestión que se construye en la deliberación de la participación ciudadana.

El hecho de que la participación se integre como elemento intermediador entre el derecho a vivir en un medio ambiente sano, el contenido que a este otorgan las variables distributivas y la decisión de la tomadora de decisiones no obsta que existan dudas sobre la eficacia de este sistema. Algunas las vimos a propósito de las dudas que levanta la participación ciudadana en materia de gestión pública y otras a propósito de cómo la vo-

472 Corte Suprema, Rol N° 5888-2019.

473 Corte Suprema, Rol N° 34594-2017.

474 Corte Suprema, Rol N° 34594-2017, considerandos 13° y 14°.



luntad soberana se manifiesta en estos casos. Pero desde el punto de vista propiamente ambiental, también se levantan dudas similares, especialmente en la necesidad de entender cómo en las democracias avanzadas puede convivir la esfera pública y la sociedad civil, especialmente cuando vemos cómo los conflictos se han ido acrecentando<sup>475</sup>.

Nos parece que la duda que se levanta es posible de responder cuando analizamos la manera en que realmente la institución de la participación ciudadana en materia ambiental está concebida, en contraste con la manera en que es aplicada por los tomadores de decisiones. Como veremos en un capítulo posterior, la participación ciudadana en materia ambiental pretende ser un instrumento deliberativo, siendo que cuando no es aplicado de esa manera, se convierte en un instrumento fallido.

Es en parte por esto que la ciudadanía, más reflexiva y consciente de los impactos sociales y ambientales del desarrollo económico, cuestionan la credibilidad de gobiernos y empresas<sup>476</sup>, pues la participación mal aplicada no logra realizarse en su potencial para aumentar la calidad y la legitimidad de las decisiones públicas. Mientras existen autores que creen que los modelos de participación se han visto superados y que hay que avanzar en nuevas fórmulas<sup>477</sup>, nos inclinamos por creer que una aplicación correcta de la participación en materia ambiental debiera ser ya un avance significativo para la democracia y para la toma de decisiones en materia ambiental.

### 3. CONCLUSIONES

Este capítulo abordó ciertos conceptos propios del derecho ambiental, en cuya definición la participación ciudadana juega un rol indispensable. En los primeros tres, que llamamos conjuntamente variables distributivas, hemos observado cómo su definición normativa es difusa y más bien sirve como guía de la toma de decisiones, pero requiere del diálogo con la ciudadanía para poder ser efectivamente sopesadas y definidas en los casos concretos (sean para la definición de políticas generales o de proyectos específicos).

475 BARCENA, Iñaki (2008).

476 BECK, Ulrich (2002).

477 BENN, Suzanne y JONES, Richard (2009), pp. 1593-1604.

Enseguida, las variables distributivas juegan en el derecho ambiental también como principios. Mientras la justicia ambiental y el desarrollo sostenible son reconocidos como principios en general, la gestión de riesgos se canaliza mediante los principios preventivos y precautorios que configuran la manera en que se produce esa gestión de riesgos. Estos principios son los que influyen en la conceptualización del derecho a vivir en un medio ambiente sano, como un derecho que está principalmente constituido por ciertos estándares ambientales que son esencialmente abiertos.

El derecho al medio ambiente sano reconoce al derecho a la participación como parte integrante de sí mismo, a la vez que lo ve como una herramienta para dotarse de contenido más específico, mediante la calibración de las variables distributivas. Es por esto que la participación en materia ambiental resulta tan trascendente para esta disciplina del derecho, pues contribuye de manera esencial a dotarla de contenido.

Esto tiene otra consecuencia, que es la que queremos enfrentar en capítulos siguientes. Si la participación ciudadana es tan relevante para la configuración de los principios del derecho ambiental y también para la construcción del derecho al medio ambiente sano, ¿es entonces este el espacio de manifestación de la voluntad popular? ¿Qué rol cumple la ley? Como veremos más adelante, la ley tiene, respecto de la participación ciudadana en materia ambiental, un doble cometido: por una parte, la crea y la configura como un arreglo institucional; por otra, es la piedra angular de la deliberación que se produce en la participación ciudadana y que debe ser llevada a cabo por la tomadora de decisiones. Veremos ambas cuestiones en los capítulos siguientes.



**CAPÍTULO VII:  
DERECHOS DE ACCESO, MECANISMOS Y RELACIÓN  
CON EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN**



## 1. INTRODUCCIÓN

En el modelo de la democracia ambiental, los derechos de acceso se entrelazan para formar el núcleo participativo del modelo. Es así como todos se sirven mutuamente, siendo que la participación es el derecho central porque tiene como presupuesto al acceso a la información y como corolario al acceso a la justicia. Su vínculo en materia ambiental es de tal magnitud que, como veremos, podemos incluso considerar que son todos derechos de participación.

Como señala MORAGA, los derechos contenidos en el Principio 10 conforman un engranaje y es por ello que suele tratárseles de manera conjunta, mientras además sabemos que el funcionamiento que cada uno de estos derechos tenga influirá en la *performance* de los otros derechos<sup>478</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva sobre la aplicación del derecho al medio ambiente sano, reconoce que existen estos derechos de acceso como “instrumentales o de procedimiento” en cuanto ellos permiten que otros derechos se vean satisfechos. Así como vimos anteriormente que el derecho a la participación es parte del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente sano, sucede lo mismo con los derechos de acceso a la información y acceso a la justicia en materia ambiental<sup>479</sup>.

Por supuesto, tanto el derecho de acceso a la información como el derecho de acceso a la justicia tienen sus propios desarrollos doctrinales y

---

478 MORAGA, Pilar (2012), p. 294.

479 Opinión Consultiva OC-23/17, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia.



normativos cuando son formulados de manera general, y probablemente para analizarlos con efectiva detención en materia ambiental habría que emprender un trabajo similar al que se ha desarrollado en este trabajo, en el sentido de buscar sus raíces generales y luego explorar su contenido específico en materia ambiental.

En la presente sección solo se hace un análisis somero de ellos, desde la perspectiva puramente ambiental y centrados en la interconexión entre sus mecanismos y la centralidad del derecho a la participación. Para efectos de analizarlos de manera más enfocada en su concreción normativa, se toma especialmente en cuenta el desarrollo que ellos han tenido en las normas internacionales del Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú.

De esta manera, la sección siguiente no hace un gran desarrollo conceptual de los derechos de acceso a la información y acceso a la justicia, sino que solamente una lectura básica de los mismos para argumentar que tanto el derecho de acceso a la información como el derecho de acceso a la justicia en materia ambiental pueden ser vistos como parte del derecho a la participación, cuestión que tendría, entre otras consecuencias, el que se deban aplicar a su interpretación las mismas lógicas que se usan para el derecho a la participación.

Cabe tener en consideración, sin embargo, que actualmente en el caso de Chile esta construcción normativa solo es referencial, pues no hemos firmado ni ratificado ni el Convenio de Aarhus ni el Acuerdo de Escazú. Sin perjuicio de lo anterior, destacamos el valor dogmático e interpretativo de estas normas, entendiéndolas como el desarrollo más específico que ha tenido el Principio 10 de la Declaración de Río, que sí es reconocido como un principio del derecho ambiental internacional y chileno.

Los derechos de acceso son, sin duda, parte del derecho ambiental chileno, encontrándose en discusión cómo es que ellos se materializan, y su profundidad, pero no su reconocimiento, existencia y aplicación.

## 2. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

Al igual que el derecho a la participación, el derecho de acceso a la información en materia ambiental se encuentra tratado en la Declaración de Río, el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú. El derecho de acceso

a la información es un presupuesto de la participación y, asimismo, se encuentra en la base de la democracia.

Para algunos autores no existen dudas de que la información ambiental es la más relevante en términos de la información que debiera ser revelada y entregada a la población, siendo la que más puede modificar las condiciones cotidianas de los ciudadanos y ciudadanas. Dicha información debiera ser cualquiera que verse sobre la situación del medio ambiente o sobre el estado de la salud y la seguridad de las personas<sup>480</sup>.

La normativa internacional reconoce a los sujetos como portadores de información y también como demandantes de información, y específicamente versa, por una parte, sobre la información relativa a las sustancias y actividades peligrosas y por la otra, sobre el funcionamiento mismo del medio ambiente, sobre el que existe aún desconocimiento<sup>481</sup>.

Si bien el derecho de acceso a la información es un derecho que tiene una expresión propia en base al derecho a la libertad de expresión, en materia ambiental se le considera más bien conectado y justificado en el derecho a la participación. Así, por ejemplo, JARIA indica:

“La eficacia real de los mecanismos de participación que la legislación diseñe para desarrollar el marco constitucional al que nos hemos referido al apartado anterior... depende en gran medida de la información que esté a disposición del público, que, en última instancia, acaba siendo el factor que posibilita la participación real de la población. El acceso a la información relevante es el elemento fundamental para permitir una participación realmente eficiente”<sup>482</sup>.

En esa misma lógica, se ha expresado que el sustrato de la participación ciudadana es la información ambiental y que esta puede ser solicitada por las personas, estando en cualquier soporte mientras esté en poder de la Administración<sup>483</sup>.

De acuerdo con BERMÚDEZ, aun cuando el derecho de acceso a la información tiene un planteo general en el derecho administrativo, su origen se encuentra en el acceso a la información ambiental, información que, de

480 RAMOS, Fernando *et ál.* (2013), pp. 221-234.

481 MORAGA, Pilar (2012), pp. 295-296.

482 JARIA I MANZANO, Jordi (2008), p. 134.

483 ASTORGA, Eduardo (2012), p. 218.



acuerdo con el autor, es primordialmente necesaria para que las personas puedan volver a conectarse y entender su entorno y también para que la toma de decisiones no signifique una mayor incidencia en la salud y la calidad de vida de las personas<sup>484</sup>.

Reconoce BERMÚDEZ, sin embargo, que en la lógica del Principio 10 de la Declaración de Río, el acceso a la información está pensado de tal manera que "...los ciudadanos puedan acceder a la información ambiental, para luego y de manera informada, ejerzan su derecho de participación, sea por la vía de intervenir en el procedimiento administrativo destinado a la toma de decisiones ambientales, sea por la vía del ejercicio de acciones destinadas a la revisión judicial de las mismas"<sup>485</sup>.

En una línea similar, DE LA VARGA y FUENTES creen que el acceso a la información en materia ambiental está al servicio de otros derechos y entre ellos de la participación y del acceso a la justicia, pero que además es por la presión ejercida en materia ambiental que se ha abierto este derecho en términos más generales<sup>486</sup>.

Los puntos críticos en el acceso a la información ambiental suelen ser dos. Por una parte, que la información esté efectivamente disponible de manera oportuna. Por la otra, que la información se presente de una manera posible de comprender y procesar para los ciudadanos y ciudadanas<sup>487</sup>.

### 3. MECANISMO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

En el Convenio de Aarhus, el artículo 2, número 3, define lo que se entiende por información pública, incluyendo dentro de ella el estado de los diversos elementos del medio ambiente, los factores que pudieran afectar ese estado (incluidas sustancias y políticas públicas, entre otras) y el estado de salud, seguridad y condiciones de vida de los seres humanos, los emplazamientos y las construcciones<sup>488</sup>. Luego, los artículos 4 y 5 son los que

484 BERMÚDEZ, Jorge (2010), pp. 571-596.

485 BERMÚDEZ, Jorge (2010), p. 575.

486 DE LA VARGA PASTOR, Aitana y FUENTES I GASÓ, Josep (2008), pp. 187-224.

487 JARIA I MANZANO, Jordi (2008), pp. 135-136.

488 "Artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente convenio:

regulan el asunto en específico, estableciendo principalmente la obligación de las partes de poner a disposición del público la información ambiental que se les solicite, no imponiendo barreras injustificadas a la solicitud de información, sino aquellas basadas en el propio Convenio y que constituyen las excepciones a la regla de la publicidad de la información, los que además se exhorta a interpretar de manera restrictiva. Adicionalmente, se compromete a las partes a procurar que sus autoridades tengan efectivamente la información que corresponda al día y que haya mecanismos para asegurarse de que esto suceda<sup>489</sup>.

[...]

3. Por 'información(es) sobre el medio ambiente' se entiende toda información, disponible en forma escrita, visual, oral o electrónica o en cualquier otro soporte material y que se refiera a:

- a) El estado de los elementos del medio ambiente tales como el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, las tierras, el paisaje y los parajes naturales, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre estos elementos;
- b) factores tales como las sustancias, la energía, el ruido y las radiaciones y las actividades o medidas, en particular las medidas administrativas, los acuerdos relativos al medio ambiente, las políticas, leyes, planes y programas que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente a que hace referencia el apartado 1 supra sobre el análisis de costos-beneficios y otros análisis e hipótesis económicos utilizados en la toma de decisiones en materia medioambiental;
- c) el estado de la salud, la seguridad y las condiciones de vida de los seres humanos, así como el estado de los emplazamientos culturales y de las construcciones en la medida en que sean o puedan ser alterados por el estado de los elementos del medio ambiente o, a través de estos elementos, por los factores, actividades o medidas a que hace referencia la letra b) supra...

489 "Artículo 4. Acceso a la información sobre el medio ambiente

1. Cada Parte procurará que, sin perjuicio de lo expresado en los apartados siguientes del presente artículo, las autoridades públicas pongan a disposición del público, en el marco de su legislación nacional, las informaciones sobre el medio ambiente que les soliciten, en particular, si se hace tal petición y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) infra, copias de los documentos en que las informaciones se encuentren efectivamente consignadas, independientemente de que estos documentos incluyan o no otras informaciones:

- a) Sin que el público tenga que invocar un interés particular;
- b) en la forma solicitada, a menos que:
  - i) Sea razonable para la autoridad pública comunicar las informaciones de que se trate en otra forma, en cuyo caso deberán indicarse las razones de esta opción; o



- ii) la información ya esté disponible públicamente de otra forma.
2. Las informaciones sobre el medio ambiente a que se refiere el apartado 1 supra serán puestas a disposición del público tan pronto como sea posible y a más tardar en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que se haya presentado la solicitud, a menos que el volumen y la complejidad de los datos solicitados justifiquen una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican.
3. Podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente si:
- a) La autoridad pública de la que se soliciten no dispone de las informaciones solicitadas;
  - b) la solicitud es claramente abusiva o está formulada en términos demasiado generales; o
  - c) la solicitud se refiere a documentos que estén elaborándose o concierne a comunicaciones internas de las autoridades públicas, siempre que esta excepción esté prevista en el derecho interno o en la costumbre, habida cuenta del interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tenga para el público.
4. Podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente en caso de que la divulgación de esa información pudiera tener efectos desfavorables sobre:
- a) El secreto de las deliberaciones de las autoridades públicas, cuando ese secreto esté previsto en el derecho interno;
  - b) las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública;
  - c) la buena marcha de la justicia, la posibilidad de que toda persona pueda ser juzgada equitativamente o la capacidad de una autoridad pública para efectuar una investigación de índole penal o disciplinaria;
  - d) el secreto comercial o industrial cuando ese secreto esté protegido por la ley con el fin de defender un interés económico legítimo. En ese marco deberán divulgarse las informaciones sobre emisiones que sean pertinentes para la protección del medio ambiente;
  - e) los derechos de propiedad intelectual;
  - f) el carácter confidencial de los datos y de los expedientes personales respecto de una persona física si esa persona no ha consentido en la divulgación de esas informaciones al público, cuando el carácter confidencial de ese tipo de información esté previsto en el derecho interno;
  - g) los intereses de un tercero que haya facilitado las informaciones solicitadas sin estar obligado a ello por la ley o sin que la ley pueda obligarle a ello y que no consienta en la divulgación de tales informaciones; o
  - h) el medio ambiente a que se refieren las informaciones, como los lugares de reproducción de especies raras. Los motivos de denegación antes mencionados deberán interpretarse de manera restrictiva teniendo en cuenta el interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tendría para el público y según que esas informaciones guarden o no relación con las emisiones al medio ambiente.
5. Si una autoridad pública no dispone de las informaciones sobre el medio ambiente solicitadas, informará lo antes posible al solicitante sobre la autoridad a que puede

- dirigirse, según su conocimiento, para obtener las informaciones de que se trate o transmitirá la solicitud a esa autoridad e informará de ello al solicitante.
6. Cada Parte procurará, si la información exenta de divulgación según la letra c) del apartado 3 y el apartado 4 del presente artículo puede dissociarse sin menoscabar su confidencialidad, que las autoridades públicas faciliten el resto de la información medioambiental solicitada.
7. La denegación de una solicitud de información se notificará por escrito si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor solicita una respuesta escrita. En la notificación de denegación la autoridad pública expondrá los motivos de la denegación e informará al solicitante del recurso de que dispone en virtud del artículo 9. La denegación de la solicitud se notificará lo antes posible y en el plazo de un mes a más tardar, a menos que la complejidad de las informaciones solicitadas justifique una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican.
8. Cada Parte podrá autorizar a las autoridades públicas que faciliten informaciones a percibir un derecho por este servicio, pero ese derecho no deberá exceder de una cuantía razonable. Las autoridades públicas que tengan la intención de imponer el pago de un derecho por las informaciones que faciliten comunicarán a los solicitantes de información las tarifas de los derechos que hayan de pagarse, indicando los casos en que las autoridades pueden renunciar a la percepción de esos derechos y los casos en que la comunicación de informaciones está sujeta a su pago anticipado".
- "Artículo 5. Recogida y difusión de informaciones sobre el medio ambiente
1. Cada Parte procurará:
- a) Que las autoridades públicas posean y tengan al día las informaciones sobre el medio ambiente que sean útiles para el desempeño de sus funciones;
  - b) que se establezcan mecanismos obligatorios para que las autoridades públicas estén debidamente informadas de las actividades propuestas y en curso que puedan afectar de manera significativa al medio ambiente;
  - c) que en caso de amenaza inminente para la salud o el medio ambiente, tanto imputable a actividades humanas como debida a causas naturales, se difundan inmediatamente y sin demora entre los posibles afectados todas las informaciones que puedan permitir al público tomar medidas para prevenir o limitar los daños eventuales y que se encuentren en poder de una autoridad pública.
2. Cada Parte procurará que, en el marco de la legislación nacional, las autoridades públicas pongan a disposición del público, de manera transparente, las informaciones sobre el medio ambiente y que esas informaciones sean efectivamente accesibles, en particular:
- a) Proporcionando al público informaciones suficientes sobre el tipo y el alcance de las informaciones sobre el medio ambiente que obren en poder de las autoridades públicas competentes, sobre las principales condiciones en que estén disponibles y sean accesibles esas informaciones y sobre el procedimiento que haya de seguirse para obtenerlas;
  - b) adoptando y manteniendo medidas prácticas, por ejemplo:



- i) Elaborando listas, registros o ficheros accesibles al público;
  - ii) obligando a los funcionarios a prestar su apoyo al público que trate de tener acceso a informaciones en virtud del presente Convenio;
  - iii) designando puntos de contacto; y
- c) Dando acceso gratuitamente a las informaciones sobre el medio ambiente que figuren en las listas, registros o ficheros mencionados en el inciso i) de la letra b) supra.
3. Cada parte velará por que las informaciones sobre el medio ambiente vayan estando disponibles progresivamente en bases de datos electrónicas fácilmente accesibles para el público por medio de las redes públicas de telecomunicaciones. En particular, deberían ser accesibles de esta forma las informaciones siguientes:
- a) Los informes sobre el estado del medio ambiente a que se hace referencia en el apartado 4 infra;
  - b) los textos de las leyes sobre el medio ambiente o relativas al mismo;
  - c) en su caso, las políticas, planes y programas sobre el medio ambiente o relacionados con él, así como los acuerdos relativos al medio ambiente; y
  - d) otras informaciones, en la medida en que la posibilidad de obtenerlas de esta forma facilite la aplicación de la legislación nacional que tenga por objeto aplicar el presente Convenio, siempre que esas informaciones ya estén disponibles en forma electrónica.
4. Cada Parte publicará y difundirá a intervalos regulares no superiores a tres o cuatro años un informe nacional sobre el estado del medio ambiente, en el que figurará información sobre la calidad del medio ambiente y sobre las presiones a que el mismo se encuentra sometido.
5. Cada Parte adoptará medidas, en el marco de su legislación, con el fin de difundir, en particular: a) Los textos legales y los documentos orientativos, tales como los documentos sobre estrategias, políticas, programas y planes de acción relativos al medio ambiente, y los informes sobre la situación en que se encuentra su aplicación, elaborados a los distintos niveles de la administración pública; b) los tratados, convenios y acuerdos internacionales relativos a cuestiones medioambientales; y c) en su caso, los demás documentos internacionales sobre cuestiones relativas al medio ambiente.
6. Cada Parte alentará a los explotadores cuyas actividades tengan un impacto importante sobre el medio ambiente a informar periódicamente al público del impacto sobre el medio ambiente de sus actividades y de sus productos, en su caso, en el marco de programas voluntarios de etiquetado ecológico o de ecoauditorias o por otros medios.
7. Cada Parte:
- a) Hará públicos los hechos y los análisis de hechos que considere pertinentes e importantes para elaborar las propuestas relativas a las medidas esenciales que hayan de adoptarse en materia de medio ambiente;
  - b) publicará o hará accesibles de otra manera los documentos disponibles que expliquen cómo trata con el público las materias objeto del presente Convenio; y

En el Acuerdo de Escazú, en tanto, las disposiciones son relativamente similares, y aunque aún no existen estudios comparados entre ambos tratados, de la lectura de los mismos podemos concluir, preliminarmente, que en materia de acceso a la información se tiene un estándar no superior al del Convenio de Aarhus. En efecto, si atendemos al artículo 2, letra c), que define la información ambiental, ella, aun cuando parece estar construida sobre la definición que hace el Convenio de Aarhus, es notoriamente menos específica<sup>490</sup>.

En lo que se refiere a las cuestiones más sustantivas, el Acuerdo de Escazú contiene una serie de obligaciones relativas a la entrega de información ambiental, y si bien contiene un régimen de excepciones para la entrega de información, este queda expresamente supeditado a las excep-

c) comunicará de forma apropiada informaciones sobre la manera en que la administración, a todos los niveles, desempeña las funciones públicas o presta servicios públicos relativos al medio ambiente.

8. Cada Parte elaborará mecanismos con objeto de procurar que el público disponga de informaciones suficientes sobre los productos, de forma que los consumidores puedan tomar opciones ecológicas con pleno conocimiento de causa.

9. Cada Parte adoptará medidas para establecer progresivamente, habida cuenta, en su caso, de los procedimientos internacionales, un sistema coherente de alcance nacional consistente en inventariar o registrar los datos relativos a la contaminación en una base de datos informatizada, estructurada y accesible al público, tras recoger esos datos por medio de modelos de declaración normalizados. Este sistema podrá contemplar las aportaciones, descargas y transferencias en los diferentes medios y en los lugares de tratamiento y de eliminación, *in situ* o en otro emplazamiento, de una serie determinada de sustancias y de productos resultantes de una serie determinada de actividades, en particular el agua, la energía y los recursos utilizados para esas actividades.

10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo menoscabará el derecho de las Partes a negarse a divulgar determinadas informaciones relativas al medio ambiente de conformidad con los apartados 3 y 4 del artículo 4”.

#### 490 “Artículo 2. Definiciones

Para los efectos de este Acuerdo:

[...]

c) por ‘información ambiental’ se entiende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales...”.



ciones que se planteen en las legislaciones nacionales. Lo que es novedoso en este apartado es el hecho de que el Acuerdo de Escazú establece específicamente la necesidad de las partes de establecer órganos o instituciones independientes que deben hacerse cargo de fiscalizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información<sup>491</sup>. Si bien esto podría entenderse que

491 "Artículo 5

Acceso a la información ambiental

*Accesibilidad de la información ambiental*

1. Cada Parte deberá garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad.
2. El ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental comprende:
  - a) solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita;
  - b) ser informado en forma expedita sobre si la información solicitada obra o no en poder de la autoridad competente que recibe la solicitud; y
  - c) ser informado del derecho a impugnar y recurrir la no entrega de información y de los requisitos para ejercer ese derecho.
3. Cada Parte facilitará el acceso a la información ambiental de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, estableciendo procedimientos de atención desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades, con la finalidad de fomentar el acceso y la participación en igualdad de condiciones.
4. Cada Parte garantizará que dichas personas o grupos en situación de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas y grupos étnicos, reciban asistencia para formular sus peticiones y obtener respuesta. Denegación del acceso a la información ambiental
5. Cuando la información solicitada o parte de ella no se entregue al solicitante por estar en el régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, la autoridad competente deberá comunicar por escrito la denegación, incluyendo las disposiciones jurídicas y las razones que en cada caso justifiquen esta decisión, e informar al solicitante de su derecho de impugnarla y recurrirla.
6. El acceso a la información podrá denegarse de conformidad con la legislación nacional. En los casos en que una Parte no posea un régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, podrá aplicar las siguientes excepciones:
  - a) cuando hacer pública la información pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;
  - b) cuando hacer pública la información afecte negativamente la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
  - c) cuando hacer pública la información afecte negativamente la protección del medio ambiente, incluyendo cualquier especie amenazada o en peligro de extinción; o

d) cuando hacer pública la información genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención, investigación y persecución de delitos.

7. En los regímenes de excepciones se tendrán en cuenta las obligaciones de cada Parte en materia de derechos humanos. Cada Parte alentará la adopción de regímenes de excepciones que favorezcan el acceso de la información.

8. Los motivos de denegación deberán estar establecidos legalmente con anterioridad y estar claramente definidos y reglamentados, tomando en cuenta el interés público, y, por lo tanto, serán de interpretación restrictiva. La carga de la prueba recaerá en la autoridad competente.

9. Cuando aplique la prueba de interés público, la autoridad competente ponderará el interés de retener la información y el beneficio público resultante de hacerla pública, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

10. Cuando la información contenida en un documento no esté exenta en su totalidad de conformidad con el párrafo 6 del presente artículo, la información no exenta deberá entregarse al solicitante.

*Condiciones aplicables para la entrega de información ambiental*

11. Las autoridades competentes garantizarán que la información ambiental se entregue en el formato requerido por el solicitante siempre que esté disponible. Si la información ambiental no estuviera disponible en ese formato, se entregará en el formato disponible.

12. Las autoridades competentes deberán responder a una solicitud de información ambiental con la máxima celeridad posible, en un plazo no superior a 30 días hábiles contados a partir de la fecha de recepción de la misma, o en un plazo menor si así lo previera expresamente la normativa interna.

13. Cuando, en circunstancias excepcionales y de conformidad con la legislación nacional, la autoridad competente necesite más tiempo para responder a la solicitud, deberá notificar al solicitante por escrito de la justificación de la extensión antes del vencimiento del plazo establecido en el párrafo 12 del presente artículo. Dicha extensión no deberá exceder de diez días hábiles.

14. En caso de que la autoridad competente no responda en los plazos establecidos en los párrafos 12 y 13 del presente artículo, se aplicará lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 8.

15. Cuando la autoridad competente que recibe la solicitud no posea la información requerida, deberá comunicarlo al solicitante con la máxima celeridad posible, incluyendo, en caso de poderlo determinar, la autoridad que pudiera tener dicha información. La solicitud deberá ser remitida a la autoridad que posea la información solicitada, y el solicitante deberá ser informado de ello.

16. Cuando la información solicitada no exista o no haya sido aún generada, se deberá informar fundadamente de esta situación al solicitante en los plazos previstos en los párrafos 12 y 13 del presente artículo.

17. La información ambiental deberá entregarse sin costo, siempre y cuando no se requiera su reproducción o envío. Los costos de reproducción y envío se aplicarán de



en el Convenio de Aarhus es parte de la sección "Acceso a la Justicia", en dicho instrumento no se hace una mención específica, sino que, por el contrario, se deja a la legislación nacional<sup>492</sup>.

Enseguida, en lo que se refiere a la generación de información ambiental, si bien el Acuerdo Escazú, al igual que el Convenio de Aarhus, contiene una obligación en ese sentido, nos parece que ella es más débil, puesto que se condiciona a los recursos disponibles de las autoridades. Contiene esta obligación, sin embargo, una novedad respecto del Convenio Aarhus, que responde a la variedad cultural de los países de Latinoamérica y el Caribe. Expresamente se establece que las partes deben difundir la información por los canales y de los modos que aseguren su llegada al público, considerando las realidades culturales<sup>493</sup>.

acuerdo con los procedimientos establecidos por la autoridad competente. Estos costos deberán ser razonables y darse a conocer por anticipado, y su pago podrá exceptuarse en el caso que se considere que el solicitante se encuentra en situación de vulnerabilidad o en circunstancias especiales que justifiquen dicha exención.

#### *Mecanismos de revisión independientes*

18. Cada Parte establecerá o designará uno o más órganos o instituciones imparciales y con autonomía e independencia, con el objeto de promover la transparencia en el acceso a la información ambiental, fiscalizar el cumplimiento de las normas, así como vigilar, evaluar y garantizar el derecho de acceso a la información. Cada Parte podrá incluir o fortalecer, según corresponda, las potestades sancionatorias de los órganos o instituciones mencionados en el marco de sus competencias".

492 Convenio de Aarhus, artículo 9 N° 1.

493 "Artículo 6

#### Generación y divulgación de información ambiental

1. Cada Parte garantizará, en la medida de los recursos disponibles, que las autoridades competentes generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible, y que actualicen periódicamente esta información y alienten la desagregación y descentralización de la información ambiental a nivel subnacional y local. Cada Parte deberá fortalecer la coordinación entre las diferentes autoridades del Estado.

2. Las autoridades competentes procurarán, en la medida de lo posible, que la información ambiental sea reutilizable, procesable y esté disponible en formatos accesibles, y que no existan restricciones para su reproducción o uso, de conformidad con la legislación nacional.

3. Cada Parte contará con uno o más sistemas de información ambiental actualizados, que podrán incluir, entre otros:

- a) los textos de tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y actos administrativos sobre el medio ambiente;
- b) los informes sobre el estado del medio ambiente;
- c) el listado de las entidades públicas con competencia en materia ambiental y, cuando fuera posible, sus respectivas áreas de actuación;
- d) el listado de zonas contaminadas, por tipo de contaminante y localización;
- e) información sobre el uso y la conservación de los recursos naturales y servicios ecosistémicos;
- f) informes, estudios e información científicos, técnicos o tecnológicos en asuntos ambientales elaborados por instituciones académicas y de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras;
- g) fuentes relativas a cambio climático que contribuyan a fortalecer las capacidades nacionales en esta materia;
- h) información de los procesos de evaluación de impacto ambiental y de otros instrumentos de gestión ambiental, cuando corresponda, y las licencias o permisos ambientales otorgados por las autoridades públicas;
- i) un listado estimado de residuos por tipo y, cuando sea posible, desagregado por volumen, localización y año; e
- j) información respecto de la imposición de sanciones administrativas en asuntos ambientales.

Cada Parte deberá garantizar que los sistemas de información ambiental se encuentren debidamente organizados, sean accesibles para todas las personas y estén disponibles de forma progresiva por medios informáticos y georreferenciados, cuando corresponda.

4. Cada Parte tomará medidas para establecer un registro de emisiones y transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo, y de materiales y residuos bajo su jurisdicción, el cual se establecerá progresivamente y se actualizará periódicamente.

5. Cada Parte garantizará, en caso de amenaza inminente a la salud pública o al medio ambiente, que la autoridad competente que corresponda divulgará de forma inmediata y por los medios más efectivos toda la información relevante que se encuentre en su poder y que permita al público tomar medidas para prevenir o limitar eventuales daños. Cada Parte deberá desarrollar e implementar un sistema de alerta temprana utilizando los mecanismos disponibles.

6. Con el objeto de facilitar que las personas o grupos en situación de vulnerabilidad accedan a la información que particularmente les afecte, cada Parte procurará, cuando corresponda, que las autoridades competentes divulguen la información ambiental en los diversos idiomas usados en el país, y elaboren formatos alternativos comprensibles para dichos grupos, por medio de canales de comunicación adecuados.

7. Cada Parte hará sus mejores esfuerzos por publicar y difundir a intervalos regulares, que no superen los cinco años, un informe nacional sobre el estado del medio ambiente, que podrá contener:

- a) información sobre el estado del medio ambiente y de los recursos naturales, incluidos datos cuantitativos, cuando ello sea posible;



En la normativa chilena, el acceso a la información ambiental está garantizado de diversas formas. Las primeras son genéricas y están establecidas en (i) el artículo 8° de la Constitución Política de la República<sup>494</sup> y (ii) la Ley N° 20.285, de Acceso a la Información Pública, que en su ar-

b) acciones nacionales para el cumplimiento de las obligaciones legales en materia ambiental;

c) avances en la implementación de los derechos de acceso; y

d) convenios de colaboración entre los sectores público, social y privado.

Dichos informes deberán redactarse de manera que sean de fácil comprensión y estar accesibles al público en diferentes formatos y ser difundidos a través de medios apropiados considerando las realidades culturales.

Cada Parte podrá invitar al público a realizar aportes a estos informes.

8. Cada Parte alentará la realización de evaluaciones independientes de desempeño ambiental que tengan en cuenta criterios y guías acordados nacional o internacionalmente e indicadores comunes, con miras a evaluar la eficacia, la efectividad y el progreso de sus políticas nacionales ambientales en el cumplimiento de sus compromisos nacionales e internacionales. Las evaluaciones deberán contemplar la participación de los distintos actores.

9. Cada Parte promoverá el acceso a la información ambiental contenida en las concesiones, contratos, convenios o autorizaciones que se hayan otorgado y que involucren el uso de bienes, servicios o recursos públicos, de acuerdo con la legislación nacional.

10. Cada Parte asegurará que los consumidores y usuarios cuenten con información oficial, pertinente y clara sobre las cualidades ambientales de bienes y servicios y sus efectos en la salud, favoreciendo patrones de consumo y producción sostenibles.

11. Cada Parte establecerá y actualizará periódicamente sus sistemas de archivo y gestión documental en materia ambiental de conformidad con su normativa aplicable, procurando en todo momento que dicha gestión facilite el acceso a la información.

12. Cada Parte adoptará las medidas necesarias, a través de marcos legales y administrativos, entre otros, para promover el acceso a la información ambiental que esté en manos de entidades privadas, en particular la relativa a sus operaciones y los posibles riesgos y efectos en la salud humana y el medio ambiente.

13. Cada Parte incentivará, de acuerdo con sus capacidades, la elaboración de informes de sostenibilidad de empresas públicas y privadas, en particular de grandes empresas, que reflejen su desempeño social y ambiental”.

494 “Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de *quórum* calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad

título 5° señala cual es la información que tiene en carácter de pública, haciendo una descripción amplia de la información que se encuentra en ese estado, dentro de la cual está la información ambiental<sup>495</sup>.

Pero además de las normas generales sobre información pública, la Ley de Bases del Medio Ambiente contiene normas específicas sobre publicidad de la información, entendiendo la relevancia especial que tiene la información pública en esta área. La Ley N° 19.300, de Bases del Medio Ambiente, establece en su artículo 4° la obligación de los organismos de la Administración de facilitar tanto el acceso a la información como la participación ciudadana y la educación ambiental<sup>496</sup>.

Enseguida, en su artículo 31 bis, se hace una mención especial al derecho de acceso a la información ambiental y en especial a cuáles son las informaciones que se pretenden públicas. El listado que realiza el artículo

afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes”.

495 “Artículo 5°.- En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

496 “Artículo 4°.- Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente. Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.



en cuestión es bastante amplio y deja además un último literal abierto, en el sentido de señalar que será pública toda otra información que verse sobre el medio ambiente o sus elementos<sup>497</sup>.

Ambos artículos de la Ley N° 19.300 fueron introducidos en la última modificación a la referida ley, la que se produjo con la Ley N° 20.471 en el año 2010. Sin perjuicio de que en general hay un reconocimiento sistémico a la necesidad y utilidad que tiene la información ambiental como información pública, ha existido de todas maneras cierta polémica al respecto, la que principalmente ha sido promovida por la industria salmonera, en su afán de no develar la información sobre la cantidad de uso de antibióticos en la producción de salmones.

En su teoría legal, tanto el artículo 5° de la Ley N° 19.285 como el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 serían inconstitucionales, por ampliar el

497 “Artículo 31 bis.- Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

Se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre las siguientes cuestiones:

- a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos.
- b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior.
- c) Los actos administrativos relativos a materias ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento.
- d) Los informes de cumplimiento de la legislación ambiental. e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la letra c).
- f) El estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o por cualquiera de los factores y medidas señaladas en las letras b) y c).
- g) Toda aquella otra información que verse sobre medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2° de la ley”.

espectro de información pública en relación con lo que señala el artículo 8° de la Constitución. A pesar de que nos parezca una teoría del todo insustentable en términos constitucionales, el Tribunal Constitucional la ha acogido en diferentes oportunidades<sup>498</sup>.

Por último, la Ley N° 19.300 estableció obligaciones de información en el sentido de mantener ciertos sistemas al día para el Ministerio del Medio Ambiente, agrupados en el Sistema Nacional de Información Ambiental (SNIFA), que contiene normas, informes, autorizaciones, autoridades, dictámenes, sentencias y otras resoluciones<sup>499</sup>, y puso como obligaciones específicas del Ministerio del Medio Ambiente la elaboración de información sobre biodiversidad, sobre líneas de base ambientales, capacidad de carga de las cuencas ambientales, elaborar informes sobre el estado del medio ambiente, administrar un registro de emisiones y transferencias de contaminantes, establecer un sistema de información pública sobre el cumplimiento de la normativa ambiental y, finalmente, generar la información técnica para la prevención de la contaminación<sup>500</sup>.

498 Tribunal Constitucional de Chile, fallos Rol N° 1907/2016, Rol N° 3111/2016 y Rol N° 5059-2019, entre otros.

499 “Artículo 31 ter.- El Ministerio del Medio Ambiente administrará un Sistema Nacional de Información Ambiental, desglosada regionalmente, en el cual se indicará:

- a) Los textos de tratados, convenios y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y demás actos administrativos sobre medio ambiente o relacionados con él.
- b) Los informes sobre el estado del medio ambiente, señalados en la letra ñ) del artículo 70.
- c) Los datos o resúmenes de los informes señalados en el número anterior, derivados del seguimiento de las actividades que afecten o puedan afectar al medio ambiente.
- d) Las autorizaciones administrativas asociadas a actividades que pueden tener un efecto significativo sobre el medio ambiente, o en su defecto la indicación precisa de la autoridad que dispone de tal información.
- e) La lista de las autoridades públicas que disponen de información de contenido ambiental y que debe ser públicamente accesible.
- f) Los dictámenes de la Contraloría General de la República recaídos en materias ambientales.
- g) Las sentencias definitivas de los Tribunales de Justicia recaídas en juicios de carácter ambiental.
- h) Toda otra decisión o resolución de carácter general emanada de autoridad recaída en asuntos ambientales”.

500 “Artículo 70.- Corresponderá especialmente al Ministerio:

[...]



k) Elaborar los estudios necesarios y recopilar toda la información disponible para determinar la línea de base ambiental del país, elaborar las cuentas ambientales, incluidos los activos y pasivos ambientales, y la capacidad de carga de las distintas cuencas ambientales del país.

l) Participar en la elaboración de los presupuestos ambientales sectoriales, promoviendo su coherencia con la política ambiental nacional. En ejercicio de esta facultad, se podrá fijar de común acuerdo con el ministerio sectorial, indicadores de gestión asociados a presupuestos. Con tal finalidad se deberá contar con la aprobación de la Dirección de Presupuestos.

m) Colaborar con las autoridades competentes a nivel nacional, regional y local en la preparación, aprobación y desarrollo de programas de educación, promoción y difusión ambiental, orientados a la creación de una conciencia nacional sobre la protección del medio ambiente, desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, y a promover la participación ciudadana responsable en estas materias.

n) Coordinar el proceso de generación de las normas de calidad ambiental, de emisión y de planes de prevención y/o descontaminación, determinando los programas para su cumplimiento.

ñ) Elaborar cada cuatro años informes sobre el estado del medio ambiente a nivel nacional, regional y local. Sin embargo, una vez al año deberá emitir un reporte consolidado sobre la situación del medio ambiente a nivel nacional y regional.

Estos informes incluirán datos sobre la calidad del medio ambiente, así como un resumen ejecutivo que sea comprensible para el público en general.

[...]

p) Administrar un Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes en el cual se registrará y sistematizará, por fuente o agrupación de fuentes de un mismo establecimiento, la naturaleza, caudal y concentración de emisiones de contaminantes que sean objeto de una norma de emisión, y la naturaleza, volumen y destino de los residuos sólidos generados que señale el reglamento.

Igualmente, en los casos y forma que establezca el reglamento, el registro sistematizará y estimará el tipo, caudal y concentración total y por tipo de fuente, de las emisiones que no sean materia de una norma de emisión vigente. Para tal efecto, el Ministerio requerirá de los servicios y organismos estatales que corresponda, información general sobre actividades productivas, materias primas, procesos productivos, tecnología, volúmenes de producción y cualquiera otra disponible y útil a los fines de la estimación. Las emisiones estimadas a que se refiere el presente inciso serán innominadas e indicarán la metodología de modelación utilizada.

[...]

q) Establecer un sistema de información pública sobre el cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental de carácter general vigente, incluyendo un catastro completo y actualizado de dicha normativa, el que deberá ser de libre acceso y disponible por medios electrónicos.

Revisadas las formas que toma el acceso a la información ambiental en el derecho chileno y los principales tratados internacionales sobre la materia, nos parece pertinente hacer una observación sobre la relación entre este derecho y el derecho a la participación ciudadana. Es evidente que el derecho de acceso a la información pública tiene un derrotero propio, que ha sido fuente de bastante creación doctrinaria y jurisprudencial en nuestro país y en el mundo, que excede el presente trabajo.

Sin perjuicio de las lógicas propias del acceso a la información pública, nos parece relevante reconocer que la búsqueda de mejor información ambiental ha contribuido consistentemente en mover los cercos de la información pública, de suerte que, por ejemplo, en Chile la existencia de la Ley de Acceso a la Información Pública está íntimamente ligada con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Claude Reyes vs. Chile”, donde coincidentemente lo que intentaba conseguir el demandante era información relacionada con los impactos ambientales de un proyecto de explotación forestal en la Región de Magallanes<sup>501</sup>.

Por otra parte, concordamos con las y los autores en que este derecho es básico para la participación, pues se requiere de la información para que esta pueda ser efectiva y significativa. Consideramos también que al acceso a la información se le deben aplicar estándares similares a los que se aplican a la participación ciudadana para que sea significativa, pero no creemos que la mera información ya sea una manera de participar y, por lo mismo, nos parece equívoco considerar en una escala de participación a la entrega de información. Esta apertura es una cuestión básica en el respeto de los derechos de acceso, pero por sí sola no puede sustituir a la participación.

[...]

t) Generar y recopilar la información técnica y científica precisa para la prevención de la contaminación y la calidad ambiental, en particular lo referente a las tecnologías, la producción, gestión y transferencias de residuos, la contaminación atmosférica y el impacto ambiental”.

501 El caso en cuestión es de tal importancia para el sistema de transparencia y acceso a la información que el Consejo para la Transparencia de Chile editó un libro celebrando los diez años del referido fallo. Disponible en línea: <[https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2018/01/revista\\_web.pdf](https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2018/01/revista_web.pdf)>.



#### 4. ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL<sup>502</sup>

El acceso a la justicia en materia ambiental resulta un instituto clave para el funcionamiento de la democracia ambiental y para el aseguramiento de la participación en materia ambiental. Este acceso a la justicia se refiere a la posibilidad de someter ante un tercero imparcial el acaecimiento de hechos que constituyen daños al bien jurídico protegido medio ambiente, pero de igual manera la posibilidad de poner en conocimiento del juez de aquellos actos de la administración que no han considerado adecuadamente la participación ciudadana o el acceso a la información ambiental. O, como señala BRAÑES, es “la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”<sup>503</sup>.

Si bien el derecho de acceso a la justicia está evidentemente vinculado con el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución, es también un hecho que en materia ambiental este acceso tiene complejidades propias de la materia, razón por la cual existe esta preocupación especial por el acceso a la justicia. Tradicionalmente esas complejidades se reconocen en la interacción con la justicia a propósito de conflictos ambientales, donde la legitimación activa, la dificultad de desafiar las decisiones técnicas, lo procesalista de la revisión de actos, lo oneroso de los procesos, la desigualdad de armas, la lentitud y la dificultad de lograr medidas cautelares han sido reconocidas como dificultades propias del derecho de acceso a la justicia en materia ambiental<sup>504</sup>.

Por su parte, PRING y PRING, en un informe del Programa de Naciones Unidas para el Ambiente, que se dedica a la difusión sobre la creación de tribunales ambientales especializados, expresan que las dificultades de acceso a la justicia en esta área estarían dadas por: (i) la falta de comprensión de la materia por parte de los jueces; (ii) las demoras causadas por el gran número de casos de los tribunales ordinarios; (iii) altos costos; (iv) la

502 Parte del análisis de este apartado fue realizado y publicado en COSTA, Ezio (2019).

503 BRAÑES, Raúl (2000), pp. 39-67.

504 RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel María (2010), pp. 208-209.

imposibilidad de priorizar los casos con impactos ambientales; (v) medidas insuficientes para resolver; (vi) una visión ganar-perder, y (vii) la falta de flexibilidad de los procedimientos para resolver en relación con estándares ambientales internacionales<sup>505</sup>.

A dichas dificultades hay que agregar la diferencia que significa que el derecho de acceso a la justicia ambiental esté trenzado con el derecho de acceso a la información y el derecho a la participación, siendo que, por lo tanto, ese acceso a la justicia no está pensado solamente para los casos en que existe algún tipo de daño al medio ambiente (materia de la que incluso podría ocuparse el proceso civil), sino que al mismo tiempo, e incluso de manera principal, está concebido para controlar la actividad de la Administración en esos dos ámbitos: información y participación.

Como señala JARIA:

“Tanto la dimensión sustantiva del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona como la garantía de la participación en el proceso de toma de decisiones dependen en gran medida de la legitimación procesal. La capacidad de actuar ante los Tribunales es esencial para la efectividad de los derechos ambientales. En este sentido, el horizonte del reconocimiento pleno del derecho a un medio ambiente adecuado desde el punto de vista del acceso a la justicia se concretaría en la posibilidad de accionar ante los Tribunales en defensa de dicho derecho”<sup>506</sup>.

BURDILES y COFRÉ son expresos en tratar el derecho de acceso a la justicia en materia ambiental como un derecho conexo con el de participación ciudadana, siendo que en efecto llaman genéricamente a los derechos de acceso como derechos de participación. Sobre esto, señalan:

“[L]a profundización del derecho de acceso a la justicia o a la tutela jurisdiccional puede ser entendida como una manifestación de un mayor compromiso con la participación, y de este modo, como un ejercicio de democratización de las decisiones sobre el mundo común. En efecto, a través del desarrollo de mecanismos que aseguran acceso a la justicia, individuos y grupos afectados por una decisión pueden reclamar por el hecho de no haber sido considerados debidamente en el proceso y en la toma de decisiones públicas”<sup>507</sup>.

505 PRING, George y PRING, Catherine (2016).

506 JARIA I MANZANO, Jordi (2008), pp. 142-143.

507 BURDILES, Gabriela y COFRÉ, Leonardo (2017), p. 53.



Sin perjuicio de que alguna doctrina no confía en la efectividad que tiene el acceso a la justicia como corolario del derecho a la participación<sup>508</sup>, existen también estudios sobre cómo la intervención de la justicia en los conflictos relacionados con derechos económicos y sociales producen “procesos de legalización”. Estos procesos serían un efecto continuo e indirecto de la litigación en estas áreas, que iría creando un lenguaje y una comunidad epistémica en torno a los temas litigados, cuestión que finalmente llevaría a la modificación de las normas en el sentido de la litigación llevada a cabo<sup>509</sup>.

## 5. MECANISMOS DE ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL

Además de las disposiciones generales sobre acceso a la justicia, presentes en todas las constituciones del mundo occidental, el acceso a la justicia ambiental está garantizado por algunas disposiciones que le son propias. Al igual que en el caso del acceso a la información ambiental, analizaremos en este apartado las normas contenidas en los dos tratados internacionales que se refieren específicamente a la materia, además de la manera específica en que esto ha sido tratado por el derecho ambiental chileno.

El Convenio de Aarhus, en este sentido, considera tres modalidades en las que se debe poder acceder a la justicia ambiental (art. 9). La primera es cuando se ha vulnerado el derecho de acceso a la información; la segunda cuando existe una ilegalidad en la toma de una decisión de carácter ambiental, y la tercera es la para la aplicación específica del derecho ambiental, lo que supone un quebrantamiento de los criterios ambientales de los derechos internos<sup>510</sup>.

508 DAMASKA, Mirjan (2000).

509 GAURI, Varun y BRINKS, Daniel (2008).

510 “Artículo 9. Acceso a la justicia

1. Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, porque toda persona que estime que su solicitud de información en aplicación del artículo 4 no ha sido atendida, ha sido rechazada ilícitamente, en todo o en parte, no ha obtenido una respuesta suficiente, o que, por lo demás, la misma no ha recibido el tratamiento previsto en las disposiciones de dicho artículo, tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley.

En el caso de que una Parte establezca tal recurso ante un órgano judicial, velará por que la persona interesada tenga también acceso a un procedimiento rápido establecido por la ley que sea gratuito o poco oneroso, con miras al reexamen de la solicitud por una autoridad pública o a su examen por un órgano independiente e imparcial distinto de un órgano judicial.

Las decisiones finales adoptadas en virtud del presente apartado 1 serán obligatorias para la autoridad pública que posea las informaciones. Los motivos que las justifiquen se indicarán por escrito, por lo menos cuando se deniegue el acceso a la información en virtud de este apartado.

2. Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, porque los miembros del público interesado:

a) que tengan un interés suficiente o, en su caso, b) que invoquen la lesión de un derecho, cuando el Código de procedimiento administrativo de una Parte imponga tal condición, podrán interponer recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que entre en el ámbito de las disposiciones del artículo 6 y, si el derecho interno lo prevé y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 infra, de otras disposiciones pertinentes del presente Convenio.

Lo que constituye interés suficiente y lesión de un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo de conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco del presente Convenio. A tal efecto, el interés de toda organización no gubernamental que cumpla las condiciones previstas en el apartado 5 del artículo 2 se considerará suficiente en el sentido de la letra a) supra. Se considerará igualmente que esas organizaciones tienen derechos que podrían ser lesionados en el sentido de la letra b) supra.

Las disposiciones del presente apartado 2 no excluyen la posibilidad de presentar un recurso preliminar ante una autoridad administrativa ni eximen de la obligación de agotar las vías de recurso administrativo antes de entablar un procedimiento judicial cuando el derecho interno imponga tal obligación.

3. Además, sin perjuicio de los procedimientos de recurso a que se refieren los apartados 1 y 2 supra, cada Parte velará por que los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional.

4. Además, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los procedimientos a que se refieren los apartados 1, 2 y 3 supra deberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación, si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo. Las decisiones adoptadas en virtud del presente artículo se pronunciarán o consignarán por escrito. Las decisiones de los tribunales y, en lo posible, las de otros órganos deberán ser accesibles al público.

5. Para que las disposiciones del presente artículo sean aún más eficaces, cada Parte velará por que se informe al público de la posibilidad que se le concede de iniciar pro-



En el Acuerdo de Escazú, en tanto, los criterios son similares, pero se hace una explícita referencia a la vulneración del derecho a la participación. También considera tres modalidades (art. 8.2): la primera, cuando hay vulneración del derecho de acceso a la información; la segunda, cuando se vulnera el derecho a la participación, y la tercera, cuando se afecte o pueda afectar normas relacionadas con el medio ambiente<sup>511</sup>.

---

cedimientos de recurso administrativo o judicial, y contemplará el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia”.

511 “Artículo 8

Acceso a la justicia en asuntos ambientales

1. Cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso.
2. Cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento:
  - a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental;
  - b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y
  - c) 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.
3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con:
  - a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental;
  - b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos;
  - c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional;
  - d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente;
  - e) medidas para facilitar la producción 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;
  - f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y
  - g) 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,

Por último, en el derecho chileno el acceso a la justicia ambiental está garantizado de diferentes formas, que, aunque no han sido armónicas en su funcionamiento conjunto, han tendido a garantizar este acceso. En primer lugar, existe la posibilidad de ocurrir ante la justicia cuando existe una vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación por una acción u omisión del Estado o de un particular. Dicha garantía se encuentra en el artículo 20 de la Constitución y fue, por largo tiempo la principal disposición que permitía acceder a la justicia en causas ambientales relacionadas con el acceso a la información o con la participación ambiental.

Actualmente, sin embargo, las vías se han multiplicado, especialmente por la creación de los tribunales ambientales mediante la dictación de la Ley N° 20.600. Estos tribunales administrativos especiales tienen a su cargo conocer causas de daño ambiental, pero también reclamaciones e invalidaciones en contra de actos administrativos de carácter ambiental y especialmente en contra de actos dictados en procedimientos en que existe participación ciudadana institucionalizada, como es el Sistema de Evalua-

---

la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

4. Para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá:
  - a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia;
  - b) medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo;
  - c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y
  - d) el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho.
5. Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá 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, según corresponda.
6. Cada Parte asegurará que las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en asuntos ambientales, así como su fundamentación, estén consignadas por escrito.
7. Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias”.



ción de Impacto Ambiental (SEIA) y los procedimientos de dictación de normas de emisión, normas de calidad y planes de prevención y descontaminación<sup>512</sup>.

512 “Artículo 17.- Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para:

1) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la ley N° 19.300. En el caso de las normas primarias de calidad ambiental y normas de emisión, conocerá el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración, excluyendo la competencia de los demás. Respecto de las normas secundarias de calidad ambiental, los decretos supremos que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, será competente el Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción sobre la zona del territorio nacional en que sea aplicable el respectivo decreto.

2) Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado.

3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción.

4) Autorizar las medidas provisionales señaladas en las letras c), d) y e) del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, así como las suspensiones señaladas en las letras g) y h) del artículo 3° de esa ley, y las resoluciones de la Superintendencia que apliquen las sanciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 38 de la misma ley, elevadas en consulta. Será competente para autorizar estas medidas el Tribunal Ambiental del lugar en que las mismas vayan a ser ejecutadas.

5) Conocer de la reclamación que se interponga en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 25 quinquies de la ley N° 19.300. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley.

Adicionalmente, la Ley N° 20.417 creó la Superintendencia del Medio Ambiente, organismo que tiene como misión la fiscalización y el control en materia ambiental<sup>513</sup> y que viene también a cumplir un rol en el acceso a

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

7) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados. El plazo para reclamar será el establecido en el artículo 50 de la ley N° 19.300. Tratándose de las normas primarias de calidad ambiental y normas de emisión, conocerá el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración, excluyendo la competencia de los demás. Respecto de la aplicación de las normas secundarias de calidad ambiental, de los decretos supremos que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y de los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, será competente el Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción sobre la zona del territorio nacional en que sea aplicable el respectivo decreto.

8) Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución.

Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos.

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental que ejerza jurisdicción en el territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación.

En los casos de los numerales 5) y 6) del presente artículo no se podrá ejercer la potestad invalidatoria del artículo 53 de la ley N° 19.880 una vez resueltos los recursos administrativos y jurisdiccionales o transcurridos los plazos legales para interponerlos sin que se hayan deducido.

9) Conocer de los demás asuntos que señalen las leyes”.

513 “Artículo 2°.- La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.



la justicia en la materia, siendo posible para los ciudadanos llevar ante este organismo los problemas ambientales que sean provocados por titulares de proyectos en funcionamiento, para que la Superintendencia haga el control respectivo y eventualmente emita las multas que corresponde.

## 6. DE RÍO 1992 A ESCAZÚ 2018

Como hemos venido explorando, el carácter de unidad que tienen los derechos de acceso en materia ambiental está dado por cuestiones de lógica normativa y también conceptuales. Son considerados por BARRITT, por ejemplo, como derechos que juegan un rol de triunvirato en el derecho ambiental moderno, siendo formulaciones basadas en el mantra del Principio 10 de la Declaración de Río, en el sentido de que la mejor forma de tomar decisiones ambientales es con la participación del público afectado<sup>514</sup>.

El Principio 10 de la Declaración de Río fue el que incorporó la lógica de los derechos de acceso como bases de la democracia ambiental y la necesidad de una práctica democrática más allá de lo puramente representativo, cuestión que va a ir tomando forma luego y va a tener presencia en muchos instrumentos, como la Agenda 21, la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>515</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, los principales avances del Principio 10 están, sin dudas, en la Convención de Aarhus y el Acuerdo de Escazú.

La conexión entre Aarhus y Escazú, como acuerdos internacionales relativos a los derechos de acceso, es innegable y evidente. En efecto, du-

---

Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia.

Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto”.

514 BARRITT, Emily (2019), pp. 2-22. Disponible en línea: <<https://ssrn.com/abstract=3371093>>, pp. 2-3.

515 MEDICI, Gastón (2018), pp. 1-66. Disponible en línea: <<https://doi.org/10.17345/rcda2412>>.

rante la negociación de Escazú, muchos expertos europeos relacionados con Aarhus se hicieron parte de las discusiones en torno a la redacción del acuerdo latinoamericano<sup>516</sup>. La línea de evolución de los derechos de acceso, que se puede trazar desde la Declaración de Río, pasando por Aarhus y llegando a Escazú, es clara. Incluso comparten una línea valórica en torno a los valores de la democracia, la transparencia y la participación<sup>517</sup>.

Para BARRITT, las diferencias fundamentales son: (i) Escazú está redactado de manera mucho más accesible que Aarhus; (ii), se presta más atención en Escazú a quienes pueden tener barreras para el acceso a la información; (iii) hay menos deferencia con los intereses comerciales en el Acuerdo de Escazú; (iv) el reconocimiento legal de los derechos ambientales sustantivos es más evidente en Escazú, y (v) Escazú se reconoce a sí mismo como un acuerdo de derechos humanos<sup>518</sup>. La autora omite como una cuestión especial, una gran diferencia, que es que Escazú incorpora la protección de defensores ambientales, cuestión que no se encuentre en Aarhus.

En cualquier caso, el punto es que Aarhus y Escazú tienen notorias diferencias, y mientras algunas están marcadas por las sensibilidades regionales, hay otras que obedecen principalmente a la propia evolución de los derechos de acceso y del derecho ambiental, entre 1998 (cierre del texto de Aarhus) y 2018 (cierre del texto de Escazú). Entre estas últimas, creemos relevante notar la evolución de los derechos de acceso en relación al derecho sustancial a un medio ambiente sano, presente de manera directa en Escazú, en línea con las consideraciones que hicimos en el capítulo anterior. Asimismo, la calidad de derecho humano del derecho a un medio ambiente sano y, por lo tanto, de los derechos de acceso.

A esto debemos sumar el hecho de que en el Acuerdo de Escazú se reconocen principios del derecho ambiental de manera expresa y se hacen aplicables los mismos a las legislaciones nacionales relacionadas con los

---

516 MEDICI, Gastón (2018), pp. 1-66. Disponible en línea: <<https://doi.org/10.17345/rcda2412>>, pp. 21-22.

517 BARRITT, Emily (2019), pp. 2-22. Disponible en línea: <<https://ssrn.com/abstract=3371093>>, p. 15.

518 BARRITT, Emily (2019), pp. 2-22. Disponible en línea: <<https://ssrn.com/abstract=3371093>>, p. 9.



derechos de acceso. Así, principios como el de prevención, precaución, equidad intergeneracional, máxima publicidad, no regresión y progresividad, entre otros<sup>519</sup>.

Esas expresiones quedan fuera de una cuestión regional y se enmarcan en el avance del derecho ambiental, siendo puntos muy relevantes para la comprensión actual de esta disciplina.

Es un hecho, sin embargo, que la conexión de los derechos de acceso con la democracia tienen un reconocimiento en estos acuerdos. En el caso de Aarhus, ello es expresamente reconocido por la propia Convención y ha sido interpretado por algunos autores como una manera en que se usó para que los países que venían saliendo del bloque soviético se acercaran a los estándares ambientales de Europa Occidental<sup>520</sup>. En el caso de Escazú, en cambio, la apelación a la democracia estaría marcada por la necesidad de incluir a los grupos vulnerables o tradicionalmente vulnerados, pues un objetivo principal del Acuerdo sería combatir la desigualdad y la discriminación en materia ambiental<sup>521</sup>.

Como reconocen GUERRA y PAROLO, el Acuerdo de Escazú es el instrumento de derecho ambiental internacional más avanzado del mundo para implementar el Principio 10 y, a la vez, para combatir la desigualdad y la discriminación en materia ambiental, avanzando por sobre lo construido por Aarhus en esta materia y sirviendo para garantizar el derecho a un medio ambiente sano<sup>522</sup>.

Hemos visto hasta ahora algunas de las especificidades de Escazú que son propias de su carácter latinoamericano y del caribe. Por supuesto, la creación de un acuerdo internacional en materia ambiental en esta región tiene como antecedente el hecho de que somos una región con una economía extractivista, con un pasado colonial y con un presente de mucha desigualdad. Asimismo, la peligrosidad de la defensa del medio ambiente en la región es representada por la existencia de normas específicas relacionadas con los defensores ambientales.

519 MEDICI, Gastón (2018), 1-66. Disponible en línea: <<https://doi.org/10.17345/rcda2412>>, p. 29.

520 GUERRA, Sidney y PAROLA, Giulia (2019), p. 12.

521 GUERRA, Sidney y PAROLA, Giulia (2019), pp. 12-13.

522 GUERRA, Sidney y PAROLA, Giulia (2019), p. 29.

Pero, además, OLMOS argumenta que los derechos de acceso en América Latina han tenido un derrotero especial, alentado por (i) los cambios legislativos que han sido producto del activismo y la movilización social, (ii) litigación en las cortes nacionales y (iii) litigación ante cortes internacionales<sup>523</sup>.

No son las mismas presiones que se sienten, probablemente, en otras regiones del mundo, pero, a pesar de eso, Escazú es postulado como un modelo a seguir para los países ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) y ECOWAS (Economic Community of West African States), pues construye sobre la lógica de la democracia ambiental y los derechos de acceso, pero integrando los desafíos propios de países no desarrollados<sup>524</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

El presente capítulo ha estado enfocado principalmente en dos cosas. La primera es mostrar la centralidad del derecho a la participación en materia ambiental, cuando es analizado en la tríada de los derechos de acceso, los que incluso han sido conocidos como derechos de participación. En ese sentido, si bien el análisis realizado sobre los otros derechos es somero, vale la pena destacar que el acceso a la información ha sido algunas veces considerado un primer paso de la participación y que, en cualquier caso, es siempre tenido como una base para posibilitar la participación efectiva y significativa de las personas en materia ambiental.

En lo que se refiere al derecho de acceso a la justicia, entendemos que la participación ciudadana tiene muchas menos posibilidades de tener éxito si no hay una forma de hacer cumplir a la autoridad con las obligaciones de participación. Como vimos, el acceso a la justicia en materia ambiental tiene varios desafíos que le son propios, encontrando entre ellos uno principal para nuestro trabajo, que es tener el deber de dar acceso a la justicia a las personas en aquellos casos en que su participación en los respectivos procesos no ha sido adecuadamente considerada.

523 OLMOS, Belén (2019), pp. 136-151. Disponible en línea: <<https://doi.org/10.1111/reel.12274>>, pp. 3-4.

524 DE SILVA, Lalanath (2018), pp. 93-98. Disponible en línea: <<https://doi-org.ez.urosario.edu.co/10.1163/24686042-12340024>>, p. 98.



En segundo lugar, este apartado tuvo un propósito mucho más humilde, como es observar las disposiciones relativas a estos dos derechos y, por lo tanto, las herramientas que existen para hacerlas cumplir. Para realizar aquello, revisamos las normas que dan pie a estos dos derechos tanto en el derecho chileno como en los dos principales tratados internacionales sobre la materia (Convenio de Aarhus y Acuerdo de Escazú). Independientemente del hecho de que Chile no sea aún parte de ninguno de esos dos tratados internacionales, resulta importante observar sus disposiciones para, en trabajos dedicados especialmente a la materia, entender cuáles son los estándares que se espera para la protección de estos dos derechos.

Quisimos concluir este capítulo con un apartado sobre la evolución del derecho ambiental y particularmente de los derechos de acceso, en el tránsito entre la Declaración de Río y el Acuerdo de Escazú, de manera de contextualizar estos derechos en su evolución y explicarlos en su actualidad. En este sentido, probablemente lo más interesante es notar una cuestión que es esencial en el derecho ambiental y que tiene que ver con la relación que se produce entre las instituciones nacionales y las internacionales.

A propósito de un importante número de variables, las instituciones del derecho ambiental son muy sensibles y permeables al avance internacional y comparado. Por una parte, esto se explica en lo joven que es el derecho ambiental, en el reconocimiento del medio ambiente como un sistema global, en una comunidad epistémica globalizada y en la abundante actividad en materia ambiental que existe en el ámbito internacional. Por otra parte, se explica probablemente en el hecho de que atravesamos una crisis climática y ecológica con alcances globales, que es insuperable sin cooperación internacional.

## **CAPÍTULO VIII: MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL EN EL DERECHO CHILENO**



## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 19.300, edificando sobre el principio participativo, que fuera anunciado en el Mensaje de la misma y que se inspira en el Principio 10 del Acuerdo de Río<sup>525</sup>, incorporó una serie de mecanismos de participación ciudadana, los cuales, si bien no tienen mayor especificidad respecto de sus estándares, sí constituyeron una novedad para nuestro derecho y han tenido un interesante desarrollo desde 1994 a la fecha.

Es importante entender como primera cuestión que el derecho ambiental chileno está configurado desde los instrumentos de gestión ambiental y ellos son, entonces, el centro de las diversas regulaciones ambientales, incluida la participación. Ella se adhiere con diferentes formas a los diferentes instrumentos de gestión.

Los instrumentos que instituyó la Ley N° 19.300 y que consideran mecanismos de participación son el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y los Planes de Prevención y Descontaminación, a los cuales luego se añadió, por la Ley N° 20.417, la Evaluación Ambiental Estratégica.

En lo sucesivo, revisaremos cada uno de esos mecanismos a efectos de entender sus características y formas. El estudio en concreto de estos mecanismos nos será de gran utilidad para poner en contexto cómo es que la participación ciudadana en materia ambiental podría finalmente realizar su ideal deliberativo.

Se agregará a ellos una revisión de la normativa existente sobre participación ambiental de los pueblos indígenas, entendiendo que, además

---

525 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.300, p. 17.



de la regulación propia de la consulta indígena, existe una manera en que esta se ha llevado a cabo en materia ambiental, que no ha estado exenta de problemas.

## 2. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (SEIA)

### 2.1. Participación en la Ley N° 19.300 y sus modificaciones

El SEIA, si bien tiene diferentes maneras de comprenderse, sería, en su forma más evidente "...una técnica que, a través de la aplicación de determinadas metodologías, y sobre la base de las características del espacio geográfico donde se emplazará un cierto emprendimiento económico, introduce elementos multidisciplinarios que permiten predecir de una forma más o menos precisa los efectos que un proyecto o actividad puede provocar sobre el medio ambiente en cada una de sus etapas"<sup>526</sup>.

Este instrumento de gestión ha sido considerado como el principal instrumento de gestión ambiental central, en parte, esto se da a propósito tanto de su centralidad en la regulación ambiental, como del hecho de que ha sido el gran espacio de discusión de las cuestiones ambientales. Es, además, el "instrumento preventivo de protección ambiental más utilizado y expandido en el derecho comparado"<sup>527</sup>.

El SEIA es una herencia estadounidense y fue adoptado en base al modelo de la NEPA<sup>528</sup>, a propósito de la negociación del Tratado de Libre Comercio con USA, por lo que entendemos que, al menos en una primera mirada, su configuración en relación con la participación proviene de la tradición del *notice and comments*. En este sentido, lo que se aseguró a las personas es un período para hacer observaciones a los proyectos, las cuales serían ponderadas por la autoridad al momento de tomar la decisión sobre dichos proyectos.

La posibilidad de hacer observaciones a los proyectos sometidos al SEIA existía en un inicio solamente en los casos de proyectos que se pre-

526 GUZMÁN, Rodrigo (2012), p. 130.

527 BERMÚDEZ, Jorge (2014), p. 263.

528 Ídem.

sentaban al sistema a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), la versión más compleja de presentación.

La Ley N° 20.417, que introdujo significativas modificaciones a la Ley N° 19.300, entre otras cosas cambió el procedimiento de participación ciudadana en el SEIA, estableciendo dos nuevos mecanismos. El primero es la reapertura de la participación ciudadana en los casos de EIA cuando durante el procedimiento de evaluación se realicen modificaciones sustantivas al mismo<sup>529</sup>.

El segundo cambio responde a la ampliación de la participación ciudadana, pasando no solo a ser una cuestión propia de los EIA, sino también posible en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), cosa que ha sido fuente de discusión en tribunales por la extraña fórmula que eligió el legislador para consagrar ese derecho<sup>530</sup>. La participación en las DIA se introdujo mediante una moción de algunos diputados y diputadas<sup>531</sup>, en coincidencia con la existencia de una discusión que se había producido al respecto durante la tramitación de la ley.

Dichas modificaciones, si bien significan un avance en términos de las oportunidades para participar en la evaluación de los proyectos, no importan una modificación fundamental al modo ni la potencia que tiene la participación ciudadana en relación con este instrumento de gestión.

### 2.2. Ponderar y considerar las observaciones ciudadanas

Al tratar la participación ciudadana, el texto original de la Ley N° 19.300 establecía, en su artículo 28, inciso final:

529 "Artículo 29, inciso segundo: "Si durante el procedimiento de evaluación el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por treinta días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos".

530 Ver en COSTA, Ezio y FUENTES, Paula (2011), pp. 83-106, y DONOSO, Alejandra (2018), pp. 48-68.

531 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.417, p. 318.



“Las organizaciones ciudadanas y las personas naturales cuyas observaciones no hubieren sido debidamente ponderadas en los fundamentos de la respectiva resolución, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior de la que la hubiere dictado dentro de los quince días siguientes a su notificación, para que ésta, en un plazo de treinta días, se pronuncie sobre la solicitud. Dicho recurso no suspenderá los efectos de la resolución recurrida”.

En el trámite legislativo se consideró que el artículo 29 estableciera que, al resolver sobre un proyecto, la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA, sustituida en esa función con la Comisión de Evaluación Ambiental luego de la reforma por Ley N° 20.417) debía “recoger y ponderar” las observaciones ciudadanas. Ello, sin embargo, causó algunas dudas en los legisladores, pues consideraban que las observaciones debían tomarse en cuenta, pero no podrían ser vinculantes. En ese sentido, el senador Piñera señalaba que:

“El artículo 29, que pasa a ser 30, menciona que ‘La Comisión recogerá y ponderará’... Hay mucha inquietud respecto del significado de la palabra ‘recogerá’. Y deseo hacer constar, para que quede en la historia de la ley, que en la Comisión se señaló que, dentro de las muchas acepciones del vocablo ‘recoger’, hay una sola aplicable en este caso: ‘Tomar en cuenta lo que otro ha dicho, para aceptarlo, rebatirlo o transmitirlo.’. Porque hay quienes plantean que ‘recoger’ significaría, prácticamente, una especie de imposición”<sup>532</sup>.

Esta manifestación es importante, porque queda claro cuál era el espíritu detrás de la aprobación de la norma, sin perjuicio de que posteriormente se sacara el verbo “recoger” y se dejara solo el verbo “ponderar”, pues ello obedeció a la idea de que con ese solo verbo era suficiente para mandar a la Administración a que tomara en cuenta las observaciones ciudadanas.

En efecto, el informe de la Comisión Mixta señala:

“La H. Cámara de Diputados, durante el segundo trámite, modificó la norma incluyendo junto a las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica a las personas naturales directamente afectadas; incorporó entre las obligaciones de la Comisión respectiva la de notificar su resolución a quienes hubieren formulado observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, y agregó un inciso final que establece un procedimiento de reclamación en favor de las organizaciones ciudadanas y personas naturales cuyas observaciones no

532 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.300, p. 988,

hubieren sido debidamente recogidas y ponderadas en los fundamentos de la resolución respectiva.

El Senado rechazó esta modificación para el sólo efecto de que la Comisión Mixta perfeccionara su redacción. Vuestra Comisión suprimió en los incisos segundo y tercero las expresiones ‘recogerá’ y ‘recogidas’, respectivamente, porque podrían interpretarse en el sentido de que la autoridad competente estaría obligada a resolver en conformidad a las observaciones que se le han formulado, cuando lo que se pretende es que solamente las pondere.

La Comisión Mixta, con las correcciones descritas, acogió la proposición de la Cámara por la unanimidad de sus miembros”<sup>533</sup>.

Finalmente, el artículo 29 se aprobó entonces, con la obligación de las COREMA de ponderar las observaciones ciudadanas en su resolución<sup>534</sup>. El mismo verbo ponderar se usa también en la Ley N° 19.300 (en texto original) en otras dos ocasiones: la primera es en el artículo 22, cuando, refiriéndose a los proyectos del sector público, se mandata al Ministerio de Planificación y Cooperación a que pondere la Resolución de Calificación Ambiental de sus proyectos en la evaluación socioeconómica de los mismos<sup>535</sup>, y luego en el artículo 60, donde se daba competencia al juez

533 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.300, pp. 1038-1039.

534 “Artículo 29.- Las organizaciones ciudadanas y las personas naturales a que se refiere el artículo anterior podrán formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto.

La Comisión ponderará en los fundamentos de su resolución las referidas observaciones, debiendo notificarla a quien las hubiere formulado.

Las organizaciones ciudadanas y las personas naturales cuyas observaciones no hubieren sido debidamente ponderadas en los fundamentos de la respectiva resolución, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior de la que la hubiere dictado dentro de los quince días siguientes a su notificación, para que ésta, en un plazo de treinta días, se pronuncie sobre la solicitud. Dicho recurso no suspenderá los efectos de la resolución recurrida”.

535 “Artículo 22.- Los proyectos del sector público se someterán al sistema de evaluación de impacto ambiental establecido en el presente párrafo, y se sujetarán a las mismas exigencias técnicas, requerimientos y criterios de carácter ambiental aplicables al sector privado. Las instalaciones militares de uso bélico se regirán por sus propias normativas, en el marco de los objetivos de la presente ley.

La resolución de la respectiva Comisión del Medio Ambiente sobre el proyecto evaluado será obligatoria y deberá ser ponderada en la correspondiente evaluación so-



de letras en lo civil para conocer de las causas de daño ambiental y se le ordenaba ponderar en su fallo los informes emanados de los organismos públicos<sup>536</sup>.

Con la Ley N° 20.417 se modificó el verbo rector, siendo que no es necesario ponderar las observaciones ciudadanas sino que “considerarlas”. No existió una tematización en la discusión parlamentaria sobre las razones por las que se modificó dicho verbo, siendo del caso que en la práctica se observan como muy similares, aunque semánticamente tengan considerables diferencias. Esas diferencias nos hablan un poco de la evolución del concepto de participación ciudadana y su rol deliberativo.

El verbo ponderar tiene varios significados: el primero de ellos es “Determinar el peso de algo”, mientras que el segundo es “Examinar con cui-

---

cioeconómica de dicho proyecto que deberá efectuar el Ministerio de Planificación y Cooperación”.

536 “Artículo 60.- Será competente para conocer de las causas que se promuevan por infracción de la presente ley, el juez de letras en lo civil del lugar en que se origine el hecho que causa el daño, o el del domicilio del afectado a elección de este último. En los casos en que el juez competente corresponda a lugares de asiento de Corte, en que ejerza jurisdicción civil más de un juez letrado, deberá cumplirse con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Orgánico de Tribunales”.

“Artículo 61.- Las causas a que se refiere el artículo anterior se tramitarán conforme al procedimiento sumario. La prueba pericial se regirá por las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en todo lo que no sea contrario a lo siguiente:

- a) A falta de acuerdo entre las partes para la designación del o de los peritos, corresponderá al juez nombrarlo de un registro que mantendrá la Corte de Apelaciones respectiva, conforme con un reglamento que se dictará al efecto;
- b) Cada una de las partes podrá designar un perito adjunto, que podrá estar presente en todas las fases de estudio y análisis que sirvan de base a la pericia. De las observaciones del perito adjunto deberá darse cuenta en el informe definitivo, y
- c) El informe pericial definitivo deberá entregarse en tantas copias como partes litigantes existan en el juicio. Habrá un plazo de quince días para formular observaciones al informe.

Los informes emanados de los organismos públicos competentes serán considerados y ponderados en los fundamentos del respectivo fallo.

Sin perjuicio de lo previsto en este artículo, iniciado el procedimiento sumario podrá decretarse su continuación conforme a las reglas del juicio ordinario establecidas en el Libro II del Código de Procedimiento Civil, si existen motivos fundados para ello. Para tal efecto, la solicitud en que se pida la sustitución del procedimiento se tramitará como incidente”.

dado algún asunto”. El verbo considerar, en cambio, es expreso en su sentido de “Pensar sobre algo analizándolo con atención”<sup>537</sup>.

Entonces, si bien el legislador desde el comienzo pretendió que las observaciones ciudadanas fueran tomadas en cuenta en la decisión sobre los proyectos, los problemas que eso ha traído en la práctica fueron el impulso para que se modificara el verbo rector en la manera que se ha consignado, haciendo más evidente el contenido de la obligación para evitar que simplemente se evaluara por parte de la autoridad si valía o no la pena una observación, como sugiere el primer significado del verbo “ponderar”.

En ese sentido, es posible expresar que la consideración debida de las observaciones ciudadanas importa de alguna manera el hecho de que la tomadora de decisiones debe dialogar, en su decisión, con las observaciones. Considerarlas implica sopesarlas y también hacerlas parte del proceso y de la decisión; implica razonar sobre ellas y en ese sentido resuena en la lógica de la debida consideración un matiz de deliberación, al menos en la idea de una racionalidad compartida, que bien podría ser identificada con un principio de razón.

Adicionalmente, el Servicio de Evaluación Ambiental emitió un instructivo<sup>538</sup>, en 2013, en que hace su propia interpretación sobre el significado de “considerar”. En dicho instructivo expresa que la obligación del Servicio es “hacerse cargo” y “dar respuesta” a lo que se señale en las observaciones. Nos interesa en particular la manera en que se expresa el “hacerse cargo”, pues ello equivaldría a “incorporar al proceso respectivo la preocupación ambiental levantada por el observante”, cuestión que, sin embargo, se topa con la consecuencia que el SEA le da a ello, que no es incorporarla en el razonamiento, sino que darle respuesta, cuestión que, en su acepción literal y en la práctica del SEA, equivale a efectivamente responder a las observaciones sin necesariamente incorporarlas en la decisión.

Enseguida, el instructivo más bien discurre sobre cómo dar una respuesta a las observaciones en lugar de cómo incorporarlas en la toma de decisiones. En efecto, nada se dice sobre cómo considerar las observa-

---

537 Definiciones de la Real Academia Española de la Lengua.

538 Instructivo N° 130.528/2013. Imparte instrucciones sobre la consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.



ciones en realidad, sino solo sobre los aspectos formales de ellas y cómo responderlas, dando una muestra de la incomprensión que en la práctica se produce entre los objetivos profundos de la participación ciudadana en materia ambiental y su implementación.

### 2.3. La participación en el SEIA en la jurisprudencia

Por los arreglos institucionales y la relevancia del SEIA como instrumento de gestión ambiental, ha sido en esta área donde se ha dado una mayor discusión sobre cuál es el contenido de este derecho.

A propósito del fallo del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en el caso EFE<sup>539</sup>, MORAGA señala que se han determinado nuevos estándares para la participación en el SEIA, siendo estos: que (i) debe haber información suficiente; (ii) las observaciones no solo deben ser respondidas, sino que consideradas en todo el proceso; (iii) las respuestas no pueden ser simples transcripciones, y (iv) la indebida consideración de observaciones da lugar a la nulidad del acto<sup>540</sup>.

Para la autora, algo que ha influido crucialmente en un cambio de visión sobre la participación ciudadana es la modificación del verbo “ponderar” por el verbo “considerar”. El modelo de los derechos de acceso se haría mucho más patente con esta modificación.

“[...] el trabajo jurisprudencial del Tribunal Ambiental de Santiago deja de manifiesto que la participación es más que un requisito procedimental de la evaluación de impacto ambiental, pues se persigue incorporar de manera real a los terceros en el proceso de toma de decisiones ambientales, en el sentido en que lo propone el desarrollo sustentable”<sup>541</sup>.

En esta sentencia se apoya MORAGA para decir que la autoridad ambiental debe motivar adecuadamente su acto administrativo (la Resolución de Calificación Ambiental en este caso), tomando para ello en cuenta las observaciones que ha hecho la ciudadanía<sup>542</sup>.

539 Segundo Tribunal Ambiental, R-35-2014.

540 MORAGA, Pilar (2017), p. 191.

541 Ídem.

542 MORAGA, Pilar (2017), p. 194.

Por su parte, ARANDA realizó un análisis de cuatro precedentes jurisprudenciales<sup>543</sup> relacionados con participación en el SEIA para entender cómo la jurisprudencia entendía la participación en esta materia. De acuerdo con el autor, hay cuatro posibilidades de entender la participación: (i) en sentido procesal formal; (ii) en sentido procesal sustantivo; (iii) como un principio general del derecho ambiental, y (iv) como un derecho político<sup>544</sup>.

Nos parece que las categorías que plantea ARANDA son adecuadas desde un análisis jurídico formal, pero que es precisamente por el uso de esas categorías, que incluso los tribunales terminan confundiendo el rol de la participación. El propio ARANDA lo releva, pues de la revisión de los fallos llega a la conclusión de que el mayor uso de la participación está en su configuración como principio, pero que ello no obsta que se le dé también una interpretación desde lo procesal<sup>545</sup>. Nos parece que esto claramente obedece a la dificultad del juez para asir la participación cuando no es completamente expresa su función y alcance. En todos los casos, sin embargo, los tribunales parten su análisis desde el Principio 10 de la Declaración de Río y el paradigma de los derechos de acceso.

Una de las expresiones más patentes del carácter deliberativo de la participación ciudadana en materia ambiental la encontramos en el fallo del Segundo Tribunal Ambiental, confirmado por la Corte Suprema, en el proyecto “Punta Piqueros”<sup>546</sup>. El proyecto consistía en la construcción de un hotel en el borde costero, y entre las materias que se reclamaban estaba la inadecuada consideración de las observaciones ciudadanas referidas con el riesgo de tsunami y las vías de escape, en caso de tal evento, la afectación del valor paisajístico y de especies protegidas.

En dicho fallo, el Segundo Tribunal Ambiental se expresa latamente sobre la participación ciudadana en materia ambiental, sus orígenes y alcances. En su considerando decimonoveno expresa:

“Decimonoveno: Que, de acuerdo a la doctrina moderna sobre la justicia ambiental, la participación ciudadana se relaciona con dos de sus dimensiones

543 Segundo Tribunal Ambiental, Roles R-5-2013, R-86-2015 y R-131-2016, y Corte Suprema, Rol N° 55203-2016.

544 ARANDA, Jorge (2018), pp. 31-52.

545 Ídem.

546 Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-86-2015, confirmado por la Corte Suprema, Rol 97792-2016.



fundamentales. Por una parte, con la denominada justicia participativa, que busca garantizar que las consecuencias de un determinado proyecto o actividad sean el resultado de la participación deliberativa informada de todos los interesados en ella, en un proceso público y transparente de evaluación ambiental<sup>547</sup>.

Esta aserción lleva al sentenciador a expresar que, por una parte, debe existir la información para que exista participación, y, por otra, a que la debida consideración que exige la ley no significa que la Administración deba concluir favorablemente a lo observado; puede tampoco ser meramente una transcripción de lo señalado por el titular de un proyecto en sus estudios<sup>548</sup>.

En una línea similar se ha manifestado, de manera muy reciente, la Corte Suprema, a propósito de un fallo de casación en el caso de la Mina Dominga<sup>549</sup>. Entre las múltiples controversias presentes en dicho caso existía una disputa referida a la debida consideración de las observaciones ciudadanas. La Corte reitera que el principio de participación se traduce en los derechos de acceso a la información, “opinar responsablemente” y reclamar, haciendo suya la visión del principio de cooperación, con una cita a MIROSEVIC, que en esta materia sigue a BERMÚDEZ y se sitúa desde la doctrina alemana, como vimos en un capítulo anterior<sup>550</sup>.

Sin perjuicio de que dicha cita en particular nos parezca equivocada para explicar la participación ciudadana en el derecho ambiental chileno, la Corte profundiza luego sobre la manera en que la participación se realiza, y señala:

“Ahora bien, al referir la ley a una ‘debida consideración’, indudablemente no se está aludiendo a una sola exposición formal de aquellas y una decisión a su respecto, sino que obliga a sopesar y aquilatar el contenido de las mismas. En consecuencia, para establecer si las observaciones fueron o no debidamente consideradas, se debe examinar el mérito de los antecedentes que forman parte del proceso de evaluación ambiental<sup>551</sup>.”

547 Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-86-2015.

548 Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-86-2015, considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero.

549 Corte Suprema, Rol 12907-2018.

550 Corte Suprema, Rol 12907-2018, considerando decimosexto.

551 Corte Suprema, Rol 12907-2018, considerando vigésimo sexto.

Reitera así una doctrina que pareciera estar asentándose en la materia, y que, aunque es aún borrosa en sus especificidades, refiere a la importancia de que la debida consideración tenga cierta profundidad, que, si no es exactamente coincidente, al menos asemeja mucho a los parámetros deliberativos que hemos venido tratando en este trabajo.

### 3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN NORMAS DE CALIDAD Y DE EMISIÓN

Las normas de calidad y emisión, en su diversidad, están reguladas de manera conjunta a propósito del procedimiento de creación, y así también en lo relativo a la participación ciudadana en ellos. Las normas de calidad “fijan estándares que se han de cumplir en el medio receptor (el agua, la salud), las de emisión establecen exigencias que deben satisfacerse y verificarse en la fuente que emite los respectivos contaminantes<sup>552</sup>.”

En el caso de las normas de calidad, el artículo 32 de la Ley N° 19.300 es el que establece, en su inciso tercero, que el procedimiento deberá incluir “análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados, análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad”, ordenando que la regulación en específico se produzca en un reglamento. En el caso de las normas de emisión, el artículo 40 hace referencia al propio artículo 32 para señalar que deberán atenerse a un procedimiento contenido en un reglamento, con las mismas etapas mínimas.

Como podemos observar, las normas legales sobre dictación de normas no son suficientemente específicas para referirse a la participación ciudadana. En efecto, hacen dos menciones que podrían tomarse como de apertura a la participación: (i) consulta con organismos públicos y privados pertinentes y (ii) adecuada publicidad, pero no es específica en ese sentido, ni mucho menos en el estándar que dicha participación podría tener.

No obstante, el reglamento que ha regulado la dictación de las normas, DS N° 38/2013, desarrolla los mecanismos de participación, pero sin em-

552 GUZMÁN, Rodrigo (2012), pp. 165-166.



bargo no es realmente específico al referirse a ellos. Así, por ejemplo, no se menciona la existencia de un proceso de participación, pero sí que habrá un expediente público que, entre otras cosas, contendrá las observaciones que se formulen al anteproyecto de la norma y los “documentos presentados por las personas interesadas” (art. 8°).

Luego, sí se establece un plazo para recibir observaciones de cualquier persona natural o jurídica, la manera en que dichas observaciones deben ser realizadas (art. 20)<sup>553</sup> y la obligación del ministerio de “analizar” dichas observaciones (art. 21)<sup>554</sup>.

El uso del verbo analizar, pareciera modificar de alguna manera el estándar de consideración de las observaciones ciudadanas. Sin embargo, es difícil comprender cómo podría ser esa modificación. Analizar, en este contexto, entendemos que podría significar “estudio detallado de algo, especialmente de una obra o un escrito”<sup>555</sup>. Ahora bien, ese análisis no tiene otro sentido que el de hacer parte del razonamiento de la autoridad administrativa, aquellas cuestiones que se contienen en las observaciones.

La cuestión de la consideración de las observaciones en una norma ha sido debatida de manera relevante una vez ante los tribunales, en el caso del Reglamento del Material Particulado 10 (MP 10), donde la Corte Suprema confirma un fallo del Segundo Tribunal Ambiental, anulando el decreto respectivo y ordenando al Ministerio del Medio Ambiente rehacer el procedimiento. Este último fallo, además, marca el estándar de la revisión posible para los tribunales que, como decíamos antes, puede revisar la mo-

553 “Artículo 20.- Dentro del plazo de sesenta días, contado desde la publicación de la resolución señalada en el artículo 17, cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al contenido del anteproyecto de norma.

Dichas observaciones deberán ser presentadas, por escrito, en el Ministerio o en la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente que corresponda, y deberán ser acompañadas de los antecedentes en los que se sustentan, especialmente los de naturaleza técnica, científica, social, económica y jurídica. Asimismo, tales observaciones podrán realizarse en formato digital en la casilla electrónica o sitio electrónico que para tales efectos habilite el Ministerio”.

554 “Artículo 21.- Dentro de los 120 días siguientes de vencido el plazo a que se refiere el artículo precedente, considerando los antecedentes contenidos en el expediente y el análisis de las observaciones formuladas en la etapa de consulta, se elaborará el proyecto definitivo de norma”.

555 Disponible en línea: <<https://dle.rae.es/?id=2Vga9Gy>>.

tivación del acto administrativo pero no su mérito, que es el espacio propio de la discrecionalidad administrativa<sup>556</sup>.

#### 4. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN PLANES DE PREVENCIÓN Y DESCONTAMINACIÓN

Los planes son mecanismos que se originan en la experiencia inglesa de 1958, que luego fuera replicada en otros países en las décadas siguientes<sup>557</sup>. Son planes de prevención los “instrumentos de gestión ambiental que tienen por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental primaria o secundaria, en una zona latente”<sup>558</sup>, mientras que el plan de descontaminación tiene idéntica definición, salvo porque su finalidad es “recuperar los niveles señalados en las normas primarias o secundarias de calidad ambiental de una zona saturada”<sup>559</sup>.

En el caso de los planes de prevención y descontaminación, la ley remite, en términos de su procedimiento, a las mismas etapas que considera el artículo 32 para las normas de emisión y de calidad, y mandata la creación de un reglamento que lo regule, cuestión que actualmente está en el DS N° 39/2013, del Ministerio del Medio Ambiente y que, a diferencia de lo que sucede con las normas, sí considera de manera expresa una etapa de participación ciudadana, a la que llama “Consulta Pública” (art. 10)<sup>560</sup>.

La etapa de consulta pública no reviste grandes diferencias con la posibilidad de formular observaciones que se establece en las normas de emisión y de calidad, salvo por el hecho de que en la formulación de la regla se

556 Corte Suprema, Rol N° 1119-2015, considerandos vigésimo al vigésimo tercero.

557 ASTORGA, Eduardo (2006), p. 245.

558 FERNÁNDEZ, Pedro (2004), p. 160.

559 Ídem.

560 “Artículo 10.- Elaborado el anteproyecto del Plan, el Ministro dictará la resolución que lo apruebe y lo someta a consulta pública.

Dicha resolución se publicará en extracto en el Diario Oficial. Dicha publicación contendrá, a lo menos, la zona impactada, las medidas propuestas por el Plan, un resumen de sus fundamentos e informará acerca del plazo para la recepción de observaciones y consultas.

El texto del anteproyecto del Plan deberá publicarse en forma íntegra en el sitio electrónico del Ministerio”.



hace expresa alusión a la consideración de las observaciones, sin perjuicio de que el título de la misma habla del análisis y no de la consideración<sup>561</sup>. Esto nos muestra que la Administración no hace realmente una diferencia entre analizar y considerar, siendo apegada, en algún sentido, a la formulación del legislador sobre la participación. Lo anterior, al menos desde el punto de vista normativo formal.

## 5. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA EAE

Por último, nos referimos a la participación ciudadana en los procesos de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), que representan un instrumento de gestión ambiental más novedoso, introducido por la Ley N° 20.417 y recién operativo realmente desde la dictación de su reglamento, DS N° 32/2015, del Ministerio del Medio Ambiente.

La EAE es una “técnica de planificación coordinada y ajustada en el tiempo, para dar cumplimiento a ciertos objetivos de protección ambiental en materia de planes, políticas y programas, ya sea a nivel nacional, regional o local”<sup>562</sup>. La idea que existe detrás de este instrumento es que las diferentes herramientas regulatorias, en sus diferentes niveles, integren de alguna forma la preocupación por la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable.

La Ley N° 19.300 es expresa en considerar la participación “del público interesado” en los procedimientos de EAE<sup>563</sup>, y el reglamento considera la

561 Señala el Reglamento:

“De la etapa de análisis de las observaciones formuladas y elaboración de proyecto definitivo

Artículo 13.- Dentro de los 120 días siguientes de vencido el plazo a que se refiere el artículo precedente, considerando los antecedentes contenidos en el expediente y las observaciones formuladas en la etapa de consulta, se elaborará el proyecto definitivo del Plan”.

562 BERMÚDEZ, Jorge (2014), p. 195.

563 “Artículo 7° ter.- Un reglamento establecerá el procedimiento y plazos en virtud del cual se tramitará este tipo de evaluación, el que deberá considerar:

a) Los aspectos básicos a considerar durante la etapa de diseño, incluida la forma de consulta y coordinación de los organismos del Estado que puedan vincularse con la política o plan objeto de evaluación;

participación tanto en la etapa de diseño de la respectiva política, plan o instrumento de ordenamiento territorial, como en la etapa de evaluación de este.

En lo que se refiere a la etapa de diseño, el Reglamento para la Evaluación Ambiental Estratégica, DS 32/ 2015, del Ministerio del Medio Ambiente establece un plazo para “aportar antecedentes” o “formular observaciones”<sup>564</sup>, cuestión que importa que el organismo administrativo que está formulando la política, plan o instrumento en cuestión debe darles una “respuesta razonada”<sup>565</sup>, cuestión que si bien no se especifica qué significaría, claramente vuelve la lógica de la participación nuevamente sobre la

b) Los contenidos mínimos detallados para la elaboración de los Informes Ambientales de las políticas o planes;

c) Forma de participación del público interesado, y

d) Forma de publicidad de la política o plan, así como su reformulación posterior. Esta forma de publicidad deberá considerar una difusión masiva, completa y didáctica hacia los afectados y la comunidad en general, en lo referente a los contenidos, alcances y efectos de la política o plan, así como de su reformulación posterior”.

564 “Artículo 17.- De la Participación Ciudadana en la Etapa de Diseño. Dentro de un plazo de al menos treinta días a contar de la fecha de publicación en el Diario Oficial señalada en el artículo anterior, cualquier persona natural o jurídica podrá:

a) Aportar antecedentes cuya consideración estime relevante para la adecuada elaboración de la política, plan o instrumento de ordenamiento territorial en cuestión.

b) Formular observaciones al proceso de Evaluación Ambiental Estratégica desarrollado hasta ese momento.

Los aportes y observaciones deberán realizarse en forma escrita, en formato físico o electrónico según lo disponga el órgano Responsable, debiendo dicho órgano consignar en el Informe Ambiental, la forma en que han sido considerados en la elaboración del Anteproyecto de política, plan o instrumento de ordenamiento territorial en cuestión.

El Órgano Responsable podrá también implementar otros mecanismos destinados a profundizar la participación ciudadana en esta etapa, de estimarlo pertinente”.

565 “Artículo 21.- Informe Ambiental. El Informe Ambiental es el documento que da cuenta de la aplicación de la Evaluación Ambiental Estratégica, explicando la manera en que se abordaron los antecedentes señalados a continuación y cómo se incorporaron las consideraciones ambientales en la toma de decisión cuyo resultado es el anteproyecto de la política, plan o instrumento de ordenamiento territorial.

El Informe Ambiental será remitido por el Órgano Responsable al Ministerio de Medio Ambiente junto al Anteproyecto para la formulación de observaciones. El Informe Ambiental deberá contener, al menos, los siguientes antecedentes:

[...]



necesidad de respuesta del organismo público en lugar de centrarla en la necesaria consideración.

En la evaluación propiamente tal, en todo caso, se considera la señalada etapa de consulta pública, la que abre a observaciones de cualquier persona, tanto la política, plan o programa, como el informe ambiental de la misma. De las observaciones que se produzcan en ese procedimiento, sí debe generarse un análisis y una consideración por parte del organismo<sup>566</sup>. Nuevamente en este reglamento se da cuenta de que, para la Administración, los términos “analizar” y “considerar” tienen significados análogos, puesto que la obligación que se establece en el artículo 24 es la de que “...el órgano responsable analizará dichas observaciones y señalará en la Resolución de Término, la forma en que han sido consideradas”.

k) Los resultados de la instancia de participación ciudadana efectuada, incluyendo una síntesis de las principales observaciones realizadas y una respuesta razonada, en lo pertinente, que podrá ser común para las que planteen cuestiones similares en cuanto a su fondo...”.

566 “Artículo 24.- Consulta Pública. Concluida la etapa de observaciones por parte del Ministerio del Medio Ambiente, el órgano de la Administración del Estado respectivo deberá publicar en su sitio electrónico institucional y en un periódico de circulación nacional, regional o local, según corresponda, un aviso en el que se indique el lugar en el que estará expuesto el anteproyecto de política, plan o instrumento de ordenamiento territorial, y su respectivo informe ambiental, incluyendo la dirección y horarios de atención. Esta información deberá estar disponible por un plazo no inferior a treinta días, contados desde la publicación en el periódico respectivo.

Cualquier persona podrá formular observaciones al anteproyecto de política, plan o instrumento de ordenamiento territorial, y a su respectivo informe ambiental, dentro del plazo de 30 días antes mencionado.

Las observaciones a que se refiere el inciso anterior deberán formularse por escrito y fundadamente. Dichas observaciones deberán, al menos (i) identificar el nombre de la política, plan o instrumento de ordenamiento territorial de que se trata; (ii) señalar el nombre completo de la persona natural o jurídica que las hubiere formulado y de su representante legal cuando corresponda; y (iii) el domicilio de quien la efectúa y/o una dirección de correo electrónico habilitada. Las observaciones también podrán expresarse a través de medios electrónicos, debiendo en ese caso señalarse necesariamente una dirección de correo electrónico. Para ello, el órgano de la Administración del Estado deberá habilitar una casilla y un correo electrónico exclusivo para dichos efectos.

Recibidas las observaciones y cumplido el plazo señalado anteriormente, el órgano responsable analizará dichas observaciones y señalará en la Resolución de Término, la forma en que han sido consideradas”.

## 6. EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN INDÍGENA EN MATERIA AMBIENTAL EN CHILE

La participación de los pueblos indígenas es un asunto en sí mismo, difícilmente posible de abarcar en su complejidad, en un espacio como este. Como señala AMAYA, la participación indígena fue convirtiéndose en consenso en la medida que diferentes organismos le dieron pie, especialmente en el derecho internacional. Ese reconocimiento se ha traducido en un deber general de consulta de los Estados a los pueblos indígenas, cuando se afecten sus intereses<sup>567</sup>.

Es un hecho que el gran instrumento internacional que ha recogido este derecho de los pueblos indígenas es el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y es un hecho también que la aplicación de este instrumento ha significado grandes tensiones para los derechos nacionales, incluyendo el derecho chileno.

Dicho instrumento estableció, entre otras cosas, la consulta indígena, que es la institución que nos interesa para estos efectos. La consulta se consagra de manera especial en el artículo 6, y constituye tanto el reconocimiento de un derecho para los pueblos indígenas como el establecimiento de una obligación para los Estados. El Convenio y la obligación de consulta abarcan una gama amplia de temas y no se circunscribe a las cuestiones ambientales, sin perjuicio de que el uso de los elementos del medio ambiente, como recursos naturales, sea generalmente un área de tensión entre los Estados, los inversionistas y los pueblos indígenas.

Chile ratificó el Convenio en el año 2008, comenzando una disputa judicial sobre las posibilidades de autoejecutabilidad y aplicabilidad del mismo, que partió con jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en la práctica hacía imposible aplicar el Convenio y jurisprudencia de la Corte Suprema que equiparaba la participación ambiental de la Ley N° 19.300 con la consulta contenida en el Convenio<sup>568</sup>.

El Convenio establece sus propios estándares para las consultas indígenas. Particularmente establece que la consulta debe ser previa, informada, libre, de buena fe, sistemática, transparente, realizarse mediante un proce-

567 ANAYA, James (2005), p. 7.

568 CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo (2011).



dimiento adecuado y con la intención de obtener el consentimiento. Como podemos observar, estos estándares son distintos de aquellos que reconocemos en la participación ciudadana en materia ambiental.

Ahora bien, esas diferencias se profundizan cuando analizamos las características del derecho a la consulta y, en especial, el hecho de que la consulta está reconocida como un derecho cuyo sujeto es colectivo y, por lo tanto, debe ser ejercida por el pueblo indígena mediante sus instituciones representativas tradicionales<sup>569</sup>.

Los estándares y la formulación misma del derecho nos dejan ver que en realidad la participación que se promueve mediante la consulta está más cercana a las características de la participación política, que fueron tratadas en un capítulo anterior. En efecto, la idea de un sujeto colectivo apela a una voluntad general, que no está presente en otros tipos de participación. En la misma línea. MEZA-LOPEHANDÍA señala:

“[E]l Convenio establece la consulta para garantizar el derecho de participación política de los indígenas desde su especificidad, lo que implica una concepción colectiva de la participación. En este sentido, la consulta previa es un derecho de participación de los pueblos indígenas que se ejercita a través de un procedimiento con determinadas características. Por el otro lado, como necesario corolario de lo anterior, la consulta constituye un mecanismo de protección de los derechos indígenas, en un contexto de diversidad cultural que requiere de espacios especiales de diálogo para hacer visibles impactos que podrían no ser transparentes para la cultura dominante. En este segundo sentido, la consulta previa es un procedimiento, por medio del cual se busca proteger derechos en un contexto multicultural”<sup>570</sup>.

Comprendiendo este contenido de la consulta, se hace posible entender que la aplicación de la misma en el contexto de la normativa ambiental es especialmente compleja. Así ha quedado claro además en la jurisprudencia, que en una primera etapa consideró suficiente el estándar de la participación ciudadana de la Ley N° 19.300, para dar cumplimiento al Convenio, cuestión que luego, sin embargo, se revirtió, especialmente con los casos “Plan Regulador de San Pedro de Atacama”, “Parque Eólico” y “Paguanta”, siendo que en dichos casos la Corte Suprema corrigió su interpretación previa, señalando que al menos en los casos en que procede un Estudio de

569 CARMONA, Cristóbal (2013), pp. 320 y ss.

570 MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2016), pp. 21-22.

Impacto Ambiental sería procedente la consulta indígena en los términos del Convenio, además de la participación ciudadana de la Ley N° 19.300<sup>571</sup>.

Sincrónicamente a ese cambio de doctrina por parte de la Corte Suprema, se produjo la dictación del Reglamento del SEIA (DS N° 40/2012, MMA), la dictación del Reglamento de la Consulta Indígena (DS N° 66/2013, Ministerio de Desarrollo Social) y la entrada en funcionamiento de los tribunales ambientales. El primero estableció algunas normas para incorporar la consulta en los procesos de evaluación ambiental; el segundo determinó los estándares y procedimientos de la consulta indígena en términos generales, y, por último, la entrada en vigencia de los tribunales ambientales produjo un período de abstinencia de las cortes relativo a los recursos de protección en materia ambiental<sup>572-573</sup>.

Todos estos cambios trasladaron la discusión, desde la naturaleza de la consulta y el Convenio N° 169, a los estándares para su aplicación, cuestión que no ha estado exenta de dificultades, pues aparentemente los estándares que se consignan en los reglamentos no se condicen con aquellos que establece el Convenio N° 169 de la OIT. Sin perjuicio de lo anterior, pareciera despejada una cosa trascendental para nosotros: la participación ciudadana en materia ambiental no se corresponde con la consulta indígena ni puede sustituirla.

## 7. CONCLUSIONES

Hemos revisado a lo largo de este acápite los diferentes mecanismos específicos que la normativa ambiental ha incorporado para dar cuerpo a la participación ciudadana. Los mecanismos en cuestión, por la manera en que está gestada nuestra normativa ambiental, han sido pareados con diversos instrumentos de gestión y tienen regulaciones más o menos dispersas.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece que, del análisis de todos ellos, es posible señalar que, en conjunto, la intención del legislador, e incluso de la mayoría de las normas reglamentarias que se han producido al efecto, tiene como fin permitir que las observaciones de los ciudadanos y ciudada-

571 MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2016), pp. 32-34.

572 CARRASCO QUIROGA, Edesio (2018), pp. 275-298.

573 GUERRA SCHLEEF, Felipe (2017), pp. 19-38.



nas sean tomadas en consideración por la tomadora de decisiones, cuestión que significa que formen parte de la gama de conceptos y argumentos que el este debe sopesar a la hora de usar su discrecionalidad y, por lo tanto, que deben ser incluidas en las motivaciones de sus actos administrativos, como ha señalado la jurisprudencia.

Ese análisis es particularmente importante para nosotros, porque da cuenta de que la institución de la participación ciudadana en materia ambiental en Chile, mirada desde los distintos niveles normativos, tiene de todas formas un fin relativamente unívoco y con algunas características que nos permiten creer que la visión deliberativa está integrada en nuestras normas, sin perjuicio de que experiencialmente sepamos que no se honra dicha visión.

A mayor abundamiento, esta observación del panorama normativo en relación con la participación en materia ambiental nos muestra que el eslabón en el que se rompe el mandato deliberativo es al final de la cadena. Parecieran ser el instructivo del SEA y la práctica los que terminan por determinar que la participación ciudadana se convierta en un ejercicio formal de respuestas en lugar de un espacio de deliberación.

## **CAPÍTULO IX: LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL COMO MECANISMO DELIBERATIVO**



## 1. INTRODUCCIÓN

Habiendo analizado los mecanismos, modelos y tensiones propias de la participación ciudadana en materia ambiental, así como el modelo de la deliberación y la democracia deliberativa, se mantiene en el aire una pregunta que es central a este trabajo y que versa sobre la manera en que se relaciona la tomadora de decisiones con la participación. Esta pregunta busca entender cuál es la potencia de la participación ciudadana en materia ambiental y cuál, por lo tanto, la manera en que esta debería operar en el sistema.

Sabemos hasta ahora que la participación ciudadana es consustancial a la democracia y que ha tenido diversas formas. Sabemos que la participación política es aquella que ha tenido un mayor desarrollo teórico y que ese desarrollo se vincula en especial con los tipos de democracia. Asimismo, hemos revisado la manera en que la ciencia política, principalmente, trata la participación en la gestión pública.

Hemos observado como los cambios en el modelo de Estado han influido en el derecho administrativo, y en particular en las instituciones relacionadas con la participación ciudadana, observando en especial dicha participación en el procedimiento administrativo.

Revisamos que hay mecanismos específicos de participación ambiental consagrados en nuestra legislación y también en sendos tratados internacionales sobre la materia. Sabemos también que esos mecanismos tienen que hacerse cargo no solamente de las funciones de la participación ciudadana que son comunes a toda participación en la gestión pública, sino que además tienen funciones específicas que se relacionan con variables de distribución (justicia ambiental, desarrollo sustentable y riesgos) y con el propio contenido del derecho a vivir en un medio ambiente sano.



Adicionalmente, sabemos que hay al menos cuatro modelos para entender la participación en materia ambiental, siendo que el hegemónico en nuestro sistema de derecho es el modelo de los derechos de acceso, que pone a la participación en el centro de una tríada de derechos (acceso a la información, participación y acceso a la justicia) que tiene por función última permitir a los ciudadanos y ciudadanas jugar un rol frente al tomador de decisiones, revisamos que tanto el acceso a la información como el acceso a la justicia tienen sus mecanismos propios en la legislación nacional e internacional.

Por último, sabemos que la participación en materia ambiental tiene una genealogía diferente de la participación política, en la gestión pública y administrativa. Respecto de esos tres tipos de participación, conocemos además la forma en que operan. La participación política es aquella que permite la formación de la voluntad del pueblo y es base de la democracia. La participación en la gestión pública y la participación administrativa normalmente tienen un nivel de incidencia que está definido en las normas y que ha sido estudiado por la literatura, sobre todo de las ciencias políticas.

La gran pregunta, llegado este punto, entonces, es cómo opera la participación ciudadana en materia ambiental y si toma la forma de alguno de los otros modos de participación o pretende una manera propia de cumplir con sus funciones. Para esto, la comprensión del modelo de la democracia deliberativa, antes explicado, resulta esencial, sobre todo en su interacción concreta con la cuestión ambiental y la participación en esta materia.

## 2. INTERACCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CON LA TOMA DE DECISIONES

Los modelos de participación ciudadana que estudiamos en un acápite anterior tienen entre sus consecuencias modificar las expectativas de resultado de parte de los ciudadanos y ciudadanas que participan y la interpretación de las instituciones de parte de los operadores jurídicos.

En la literatura sobre participación ciudadana en materia ambiental, encontramos que, a pesar del escaso trabajo sobre la materia, es común que se analice la participación ambiental con las categorías y lógicas de la participación en la gestión pública o la participación en el derecho administrativo.

LEE, por ejemplo, explica la participación desde el paradigma de la participación en la gestión pública, aunque distinguiendo que puede haber

justificaciones sustantivas o procesales. De acuerdo con la autora, en el caso de las primeras se busca un resultado sustantivo o efectos sustantivos de la participación. En la segunda, en cambio, el solo hecho de que los ciudadanos y ciudadanas participen de un proceso significa una ganancia para ellos. Al explicar las razones detrás de estas justificaciones y las posibles ganancias de esas formas de pensar la participación, LEE recurre a las ideas que exploramos en el capítulo sobre participación en la gestión pública<sup>574</sup>.

En la misma línea, incluso trabajos anteriores de este autor han realizado ese análisis de la participación ambiental, con las categorías de la participación en gestión pública, cuestión que sirvió para categorizar las funciones que se pretenden de la participación en ambas áreas<sup>575</sup>.

Los manuales de derecho ambiental chileno, en tanto, no analizan de manera particular la participación ciudadana, sino que hacen las menciones a las que ya nos hemos referido a lo largo de esta investigación, ya sea para considerarla como un principio del derecho ambiental o para introducir su utilización en los diversos procedimientos en los que se considera esa participación. En el mejor de los casos, se considera que la participación sería parte del principio de colaboración de la doctrina alemana<sup>576</sup>.

Finalmente, RICHARDSON y RAZZAQUE reconocen en la participación ciudadana en materia ambiental tres acercamientos teóricos claramente distinguibles. El primero es el que llaman “la escuela del elitismo racional”, que ve en la participación ciudadana solo una oportunidad para que las personas entreguen información que pueda ser procesada por los expertos, sin otorgarles un valor por sí misma. Esta escuela vería a la toma de decisiones ambientales como un proceso complejo que debe ser abordado por los expertos técnicos, los cuales serían portadores de la objetividad y la apoliticidad de la ciencia. En esta escuela se enmarcaría también la visión corporativista, la que, sobre la misma idea anterior, preferiría construir procesos de participación con grupos que representen los diferentes intereses en juego<sup>577</sup>.

574 LEE, María (2014), pp. 176-177.

575 COSTA, Ezio y BELEMMI, Victoria (2017), pp. 7-29.

576 BERNÍDEZ Jorge (2014).

577 RICHARDSON, Benjamin y RAZZAQUE, Jona (2006), pp. 170-171.



La aproximación elitista racional no solo no refleja la potencia de la participación ambiental, sino que además es abiertamente un contrasentido. En efecto, si pensamos que una de las funciones de la participación ciudadana es la de permitir al tomador de decisiones obtener la mejor información disponible, esta pretensión se ve entorpecida por la idea de que esa información sea presentada con un determinado lenguaje técnico y despolitizado. Lo anterior, porque buena parte de la información necesaria para tomar decisiones está codificada de acuerdo a los conocimientos tradicionales y no a la técnica moderna. Dicha codificación podría significar, además, que contenga elementos políticos.

Adicionalmente, esta idea encierra el supuesto de que la decisión ambiental es una decisión completamente técnica, cuestión que no se ajusta a la realidad. La tomadora de decisiones ambientales debe incorporar un elemento técnico muy importante en su razonamiento, pero no por ello puede obviar las demás lógicas, siendo que generalmente habrá, al menos, un componente distributivo y de proporcionalidad que debe ser tomado en cuenta. Esos componentes se agrupan en las ideas de distribución de riesgos, desarrollo sostenible y justicia ambiental.

Una segunda aproximación teórica sería la “liberal-demócrata”, que se encontraría principalmente preocupada del cumplimiento de los derechos procesales relacionados con la participación ciudadana. Esta escuela estaría relacionada a una crítica general a los sistemas liberales democráticos, donde las elecciones no serían suficientes para generar la legitimidad que se requiere y, por lo tanto, tendría que crear procedimientos auxiliares, los que tendrían funciones relacionadas con la legitimidad y la aceptabilidad de las decisiones ambientales<sup>578</sup>.

Este acercamiento está muy vinculado a los conceptos de nuevo derecho administrativo y de Estado Regulador, como vimos en un capítulo anterior. En ese sentido, podríamos decir que aparece como muy adecuado cuando se entiende a la participación ciudadana en materia ambiental como integrante del mundo de la participación en los procedimientos administrativos. Sin embargo, esta idea no recoge por completo la complejidad de la participación en materia ambiental, como hemos venido argumentando.

578 RICHARDSON, Benjamin y RAZZAQUE, Jona (2006), pp. 171-172.

Un tercer modelo sería el deliberativo. Este modelo provendría en parte de la incapacidad de los esquemas liberales democráticos para dar cabida a modificaciones reales en las estructuras de poder de las élites<sup>579</sup>. El modelo deliberativo “busca empoderar a los ciudadanos en efectivamente tomar decisiones y reorientar los procesos de decisiones hacia valores éticos y sociales fundamentales”<sup>580</sup>.

De acuerdo con los autores, es posible ver acercamientos desde las tres escuelas cuando observamos las normas reales. Sin perjuicio de ello, el dominio absoluto sería del modelo liberal democrático, siendo que las normas existentes permitirían acercamientos para mejorar las decisiones ambientales, pero sin cambiar ningún paradigma de las mismas<sup>581</sup>.

Pero mientras el modelo de la gestión pública y el modelo estadounidense de participación ciudadana ambiental probablemente siguen la misma lógica de incidencia en la toma de decisiones, pareciera que en el modelo de los derechos de acceso habría una diferencia en el modo que la participación interactúa con la decisión pública. Esa diferencia está en primer lugar dada porque la participación en materia ambiental es un derecho, sirve para la determinación de las variables distributivas y es parte integrante del derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Así las cosas, la consideración de la participación no puede ser meramente un cumplimiento formal asociado a la norma administrativa, sino que requiere de un cumplimiento de fondo que requiere el análisis de las situaciones

### 3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL COMO MECANISMO DELIBERATIVO

En esta línea, LEE reconoce la existencia de una corriente que concibe a la participación en materia ambiental como un espacio deliberativo, pero es crítica de esa visión por considerarla poco efectiva, muy teórica e imposible de llevar a cabo<sup>582</sup>. Reconoce esa visión en autores como DRYZEK y

579 RICHARDSON, Benjamin y RAZZAQUE, Jona (2006), p. 172.

580 Ídem.

581 RICHARDSON, Benjamin y RAZZAQUE, Jona (2006), pp. 173-174.

582 LEE, Maria (2014), p. 180.



BLACK<sup>583</sup>. En el caso de DRYZEK, el autor es reconocidamente un cultor de la democracia deliberativa, la cual, además, ha vinculado directamente con las cuestiones ambientales.

En materia ambiental, DRYZEK consideraba, en primera instancia, que aun cuando tanto el sistema capitalista como la democracia liberal y el Estado Administrativo eran arreglos que hacían prácticamente imposible hacerse cargo de los problemas ambientales, la manera en que se producía una apertura era precisamente mediante los procesos de participación ciudadana, que él llamaba el “diseño de discurso incipientes”. En esos procesos, con la necesidad de generar legitimidad a las decisiones estatales, se podría producir un choque entre la democracia liberal y la “democracia discursiva”<sup>584</sup> (o deliberativa)<sup>585</sup>. Enseguida, para el autor, además, la deliberación que se produce en la democracia discursiva favorecería aquellos discursos que se centran en apoyar los bienes comunes, pues en una discusión entre iguales, probablemente los intereses que son comunes prevalecerían por sobre los intereses individuales<sup>586</sup>. Todo lo anterior es considerado por el autor como cuestiones en que debe reformarse la política para dar cabida a la cuestión ambiental.

Este primer trabajo de DRYZEK en la materia, citado anteriormente, fue publicado en 1992 y, por lo tanto, es previo a la conceptualización de los derechos de acceso y al auge de la participación ciudadana en materia ambiental. Las reformas por las que él aboga se basan en la observación de los problemas ambientales existentes, de las estructuras sociales y económicas dominantes y del comienzo de una apertura hacia la participación. Diríamos que hoy en día las dos primeras variables se mantienen iguales y

583 Dryzek es economista y politólogo. Y el libro que cita Lee es DRYZEK, John (2013).

En el caso de Black, ella es una reconocida académica de Regulación, y su análisis respecto de la participación ciudadana.

584 DRYZEK, John (1992), pp. 18-42.

585 En la teoría de Dryzek, se habla en general de la democracia discursiva, que es una variación de la democracia deliberativa pero que la asemeja profundamente. La diferencia fundamental sería que la democracia discursiva es una democracia deliberativa crítica de la posibilidad de que exista una democracia deliberativa liberal, pues esta última pretende un consenso que no es posible y además limita en demasía las posibilidades del discurso. Ver KARLSSON, Joakim (2010). Disponible en línea: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1757467&fileId=1757479>>.

586 DRYZEK, John (1992), pp. 18-42.

quizá se han profundizado. Sabemos más sobre la gravedad de los problemas ambientales, el Estado Regulador está más difundido en el mundo y el capitalismo ha alcanzado nuevos niveles de penetración. Mientras lo que sí ha cambiado es la participación ciudadana y su lógica.

De alguna manera eso es recibido también por DRYZEK, que en trabajos posteriores considera a la participación como una de las bases de lo que él llama *modernización ecológica fuerte*. Junto a otros autores, distingue entre los diferentes discursos que podrían modificar las instituciones para hacerlas más protectoras del medio ambiente y posiciona a la modernización ecológica como una de las con más posibilidades de incorporarse en la lógica actual de los Estados, por ser menos cuestionadora de estructuras esenciales. De ahí que la manera en que efectivamente los Estados han ido incorporando lógicas más ambientalistas sea a propósito de ese tipo de discurso, en el que la participación ciudadana, como dijimos, es un elemento primordial<sup>587</sup>.

Lo que podemos observar en esta evolución es que, sin perjuicio de que DRYZEK se mantenga profundamente crítico de la posibilidad de que el capitalismo liberal de los Estados reguladores sea capaz de incorporar lógicas que permitan efectivamente cuidar el medio ambiente y el futuro, ha existido una ruptura en los últimos treinta años que ha variado las circunstancias y ha tendido hacia ese espacio de democracia deliberativa<sup>588</sup>.

Por otro lado, BLACK es abogada y una especialista en regulación, siendo entonces que su acercamiento a la materia está mucho más cercano a esta lógica. Parte por reconocer que la participación es una de las soluciones que más popularmente se proponen cuando hay problemas regulatorios, incluidos los problemas ambientales. Junto con la participación, la mejora de los procedimientos y el diseño institucional son las otras grandes soluciones que suelen proponerse, formando entre todas lo que BLACK llama “procedimentalización”, cuestión que, de acuerdo a ella, solo podría suceder adecuadamente existiendo amplia participación y deliberación<sup>589</sup>.

587 DRYZEK, John (2003), p. 169.

588 Dryzek normalmente se refiere a la democracia deliberativa usando el nombre de democracia discursiva, cuestión que, si bien puede resultar en alguna variación, por su propia fundamentación de la misma, en términos generales podemos englobarla dentro de los diversos conceptos de democracia deliberativa.

589 BLACK, Julia (2000), pp. 597-614.



BLACK sigue en buena parte las lógicas planteadas por HABERMAS. En particular, BLACK considera que la comprensión procedimental del derecho argumentada por HABERMAS es inherentemente respetuosa de la democracia y le pone un peso específico a la participación, donde, basada esta en principios de uso de la razón pública, debe conformarse como una realidad deliberativa para ser base de la legitimidad del derecho<sup>590</sup>.

En un artículo posterior, BLACK desarrolla de mejor manera lo que llama “proceso grueso de procedimentalización de la regulación”. Construyendo sobre la teoría de HABERMAS, BLACK considera que la deliberación puede suceder en diferentes espacios y que no es necesario supeditarla a los tribunales y el poder legislativo, entendiendo que en la sociedad existen procesos fragmentados, pluralistas y poliárquicos mientras haya uso de la razón pública. Esta deliberación significa un desafío considerable para los reguladores, incluyendo una conceptualización más horizontal de la relación entre regulador y regulados. El desafío, sin embargo, haría posible generar regulaciones con mayores niveles de democracia<sup>591</sup>.

Como vemos en el caso de BLACK, no hay una remisión específica a la materia ambiental como aquella en que esta deliberación debiera producirse, sino que ella toma un espectro más amplio de actividades reguladas, entre las cuales incluye al medio ambiente. Esto no obsta que su visión sea muy atinente a lo que venimos analizando, especialmente en la vinculación que hace con la teoría del derecho de HABERMAS.

Por supuesto, la visión deliberativa de la participación ambiental no ha estado exenta de críticas, muy semejantes a las que normalmente se le hacen a la teoría deliberativa, vinculadas a una idea de la deliberación como un proyecto utópico que solo es posible en ciertas condiciones ideales que no se dan en la realidad. A nuestro juicio, estas críticas parten de una idea de deliberación que es demasiado refinada y que tiene una serie de características perfectas que claramente no se darán en la realidad. Pero los mecanismos deliberativos no tienen por qué ser un juego de todo o nada, donde si no se dan las condiciones, entonces debemos entender que hay una falla absoluta.

Esa visión perfeccionista de la deliberación creemos que tiene como resultado que haya autores que se refieran en el fondo a que la participa-

590 BLACK, Julia (2000), pp. 611-612.

591 BLACK, Julia (2001), pp. 33-58.

ción en materia ambiental es un procedimiento de deliberación, pero que no lo digan de esa manera. Tomemos, por ejemplo, el inicio de un artículo de RAZQUIN y RUIZ DE APODOCA. Luego de señalar la importancia de la participación en términos generales, los autores expresan:

“De todo ello se deduce la deseable involucración de la sociedad en procesos de adopción y planificación de las políticas y decisiones ambientales, así como en los procesos de producción de las normas reguladoras en materia ambiental”<sup>592</sup>.

Ese involucramiento pareciera querer ir más allá de la incidencia, pues en la conceptualización de la incidencia está implícito que el poder de decisión radica completamente en alguien, mientras que los ciudadanos y ciudadanas solo pueden entregar insumos a ese alguien que podrían no ser considerados. En cambio, en la participación que se propone en los derechos de acceso incorpora una idea de deliberación. Los mismos RAZQUIN y RUIZ DE APODOCA señalan:

“Como ha señalado la mejor doctrina, la participación del público se refiere a la intervención *uti civiles* y no *uti singules*, esto es, de la persona como miembro de la comunidad o simplemente afectada por el interés general. Esta participación social comporta una transformación de la unidimensional configuración del procedimiento administrativo de carácter reactivo o garantista, hacia otra dimensión activa y dinámica del mismo como cauce de participación del ciudadano en los asuntos públicos, en una Administración deliberativa especialmente en ámbitos ordenados por normas de programación finalista, concurriendo los ciudadanos en la definición del interés general, haciendo permeable la relación entre los gobernantes y los ciudadanos y permitiendo el control social de las distintas actuaciones”<sup>593</sup>.

Los autores están haciendo referencias a la participación en el Convenio de Aarhus y, por lo tanto, están haciendo referencia a una tradición de participación en que precisamente se rebasa la lógica de la participación en la gestión pública, apuntándose hacia una participación deliberativa. En la cita previa, los autores dan por necesaria esa deliberación fundamentalmente porque (i) hay una norma finalista a la que atender, (ii) se hace necesaria la definición del interés público y (iii) se requiere control público de la decisión.

592 RAZQUIN, José Antonio y RUIZ DE APODOCA, Ángel (2006), p. 279.

593 RAZQUIN, José Antonio y RUIZ DE APODOCA, Ángel (2006), pp. 283-284.



La búsqueda de la deliberación como dispositivo para la participación en materia ambiental, entonces, no es simplemente una cuestión de preferencia de política pública, sino que una necesidad para dar forma a la democracia en esta área del derecho. Examinemos separadamente estas tres variables que determinan la necesidad de deliberación.

La más común y aplicable a cualquier tipo de participación es la necesidad de control del poder público. Como hemos analizado en esta investigación, tanto la participación política como la participación en la gestión pública integran esta función de contrapeso al poder, cuestión que se manifiesta en diversas formas institucionalizadas de participación, desde el voto hasta la consulta pública. En materia ambiental y desde el paradigma de los derechos de acceso, esto tiene una configuración especial en el concepto de acceso a la justicia ambiental, el que, como vimos, alcanza a nuevas profundidades en términos de su vinculación con la participación ciudadana, pero manteniendo la idea de control presente en las otras formas de participación.

La falta de definición del interés público es un asunto clave. Por buenas o malas razones, una parte importante de la definición de los estándares ambientales no están siendo consagrados a nivel legislativo, sino que pasan por decisiones de la autoridad administrativa, la que puede tomarlas en actos de carácter general o en actos de autorización. Evidentemente en ello hay un déficit democrático, como ya estudiamos a propósito del Estado Regulador y de la necesidad de legitimación de los actos administrativos.

Para RAZQUIN y RUIZ DE APODOCA

“Los fenómenos de participación ciudadana tienen su justificación en aquellos ámbitos de discrecionalidad en la actuación de la Administración, donde lo que interesa precisar es lo oportuno de la decisión frente a lo inoportuno en la preparación de grandes decisiones administrativas que puedan tener una incidencia sobre el medio ambiente, sobre la base de demandas sociales y su aceptación por la sociedad. Cuanto mayor es el grado de discrecionalidad administrativa, debe existir mayor incidencia y necesidad de participación pública en la toma de decisión. La participación se basa, en que los ciudadanos no están dispuestos a dejar en las exclusivas manos de la Administración la definición del interés general, sobre todo cuando los procedimientos administrativos se resuelven con puros criterios de oportunidad”<sup>594</sup>.

594 RAZQUIN, José Antonio y RUIZ DE APODOCA, Ángel (2006), p. 286.

En una línea similar, JARIA, quien, haciendo eco de la necesidad de legitimación de las decisiones en materia ambiental, pero sin olvidar que la mayor legitimidad democrática está dada por la legislación, considera que entre mayor sea la discrecionalidad que se le otorga a los organismos de la Administración, mayor debiera ser también la necesidad de participación ciudadana, pues para llegar a una solución la Administración tiene que ponderar intereses.

“Parece claro que dicha ponderación sólo podrá a llegar a ser la ajustada a Derecho en la medida en que dichos intereses encuentren vías de expresión en el procedimiento administrativo que permitan al órgano decisor tomarlos en cuenta”<sup>595</sup>.

A mayor libertad de la Administración, por lo tanto, mayor espacio de deliberación. La deliberación no se produce entre el interés general manifestado de manera clara en la ley y la ciudadanía participante, sino que se produce en el marco de la ley, entre la Administración y los participantes.

Este déficit puede ser encontrado en diversas áreas del quehacer público, pero se profundiza cuando estudiamos la normativa ambiental, principalmente porque, como hemos estudiado, en materia ambiental se incorporan ciertas variables decisionales que son *per se* abiertas a la deliberación pública. Mientras que la discrecionalidad administrativa en cualquier caso implica sopesar ciertos argumentos y posiciones a la luz de las normas existentes, en el caso ambiental las normas existentes son por sí mismas receptáculos de las tensiones en la materia. Así, principalmente, las variables distributivas analizadas anteriormente.

La autoridad administrativa no tiene elementos normativos a los que recurrir realmente para decir que una determinada solución está apegada o no al desarrollo sustentable, salvo en los márgenes del mismo. No tiene tampoco las herramientas para señalar a ciencia cierta que una solución es más o menos justa ambientalmente, pues inevitablemente ese concepto está permeado por una posición política frente a la pregunta en cuestión. Por lo tanto, la respuesta que entregue será, finalmente, una definición del interés general, que no está claramente delimitado por las leyes, sino que apenas delineado en la vinculación entre esas leyes y los derechos fundamentales a los que hace referencia.

595 JARIA I MANZANO, Jordi (2008), p. 124.



Esto nos lleva a la última variable que es la existencia de una norma finalista a la que atender, que es el derecho a vivir en un medio ambiente sano o libre de contaminación. La autoridad administrativa debe propender hacia este derecho y para ello debe, por una parte, respetar los derechos de acceso como parte del mismo derecho, y, por la otra, atender a los principios del derecho ambiental que, como vimos, lo ponen en una posición de tomar una decisión que afecte el interés general. En esta posición, entonces, la Administración se enfrenta a su clásico dilema, entre el interés general y las garantías individuales, pero esta vez el dilema está contenido en un mismo derecho, pues el mandato será proteger el derecho a vivir en un medio ambiente sano, entendido de manera colectiva e individual, a la vez que ponderar las variables de justicia y desarrollo que vimos más arriba.

Ahora bien, como expresa HEALY citando a LATOUR, los problemas ambientales actuales son un híbrido entre problemas propiamente ambientales y problemas culturales<sup>596</sup>. Esa comprensión los pone en una posición en la que la sola búsqueda de soluciones técnicas es inútil o insuficiente. En la búsqueda de la participación como canal para la solución de los problemas ambientales, vemos implícita la búsqueda de legitimidad democrática. HEALY usa en este sentido las lógicas habermasianas para decir que el discurso racional-científico ha sobrepasado a los razonamientos morales o emotivos-estéticos y que la participación ciudadana en materia ambiental precisamente tiene entre sus funciones subvertir eso, siendo vista como una manera de incorporar un rango de conocimiento más amplio y, por lo tanto, más legítimo<sup>597</sup>.

Pero como también señala HEALY, aun cuando el involucramiento de la Administración con la participación ciudadana es promovido desde el más alto nivel, de todas maneras encontramos que en la práctica las contribuciones que hacen los ciudadanos y ciudadanas y ciudadanas en los procedimientos de participación son marginadas y lo que reina es la idea de flujo de información desde los ciudadanos y ciudadanas y ciudadanas hacia la Administración<sup>598</sup>.

596 HEALY, Stephen (2003), pp. 94-108.

597 HEALY, Stephen (2003), pp. 94-96.

598 HEALY, Stephen (2003), pp. 96-97.

#### 4. CONCLUSIONES

Como hemos observado, existen buenas razones para considerar que la conceptualización del derecho a la participación ciudadana en materia ambiental es la de un mecanismo deliberativo. Ello no obstante la evidente existencia de dificultades en su aplicación teórica y práctica.

Desde el punto de vista teórico, una de las cosas a las que nos enfrentamos es que ella es menos abierta que lo que supone la teoría de la deliberación, pues normalmente los procedimientos de este tipo están subordinados en el ordenamiento jurídico, de tal manera que tanto los temas que pueden conversarse como los participantes y el alcance de los resultados están limitados por lo que previamente haya sido decidido en la ley en base al principio de soberanía popular. Pero ello no obsta que pueda darse un proceso deliberativo, el cual tendrá ciertas reglas y arreglos especiales, además de tener que contrastarse con un cuerpo normativo ya formado.

En ese sentido, nos interesa ver el modelo deliberativo de NINO, puesto que el autor, además de defender el valor epistémico de la deliberación, se valió del dispositivo de la "constitución histórica" para intentar solucionar los problemas que surgen del contraste entre voluntad popular y los derechos individuales. El concepto de constitución histórica de NINO está construido por la práctica jurídica y las expectativas legítimas, las que no deberían ser dañadas por lo inconveniente que es ello para la mantención de la legitimidad democrática<sup>599</sup>. No ahondaremos en ese concepto, más que para señalar que este es un caso de deliberación en que se debe estar a ciertos límites que impiden cualquier solución y que también delimitan las argumentaciones. Una situación análoga es la que sucede en la participación ciudadana en materia ambiental.

Enseguida, otro problema teórico tiene que ver con el efectivo valor y necesidad de la deliberación en este espacio cuando se supone que las definiciones que sirven a la toma de decisiones por parte del Estado están contenidas en normas legítimas.

599 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), pp. 195-196.



Partiendo del problema de legitimidad que analizamos en este trabajo, podemos añadir, además, que en la visión de HABERMAS, como señala BAYNE:

“En sociedades pluralistas y diferenciadas, la tarea de la coordinación social y la integración recae en procedimientos institucionalizados de creación normativa que transformen en decisiones vinculantes las opiniones públicas más difusas, producidas de manera anónima en las redes de comunicación de una poco organizada y mayormente autónoma esfera pública”<sup>600</sup>.

Es precisamente, entonces, a través de estos procedimientos institucionalizados de participación (entre otros) que la decisión que se adopte gana legitimidad. Como hemos visto, en materia ambiental esto redundaría en la necesidad de resolver en el caso a caso las tensiones propias del derecho ambiental y que la participación ciudadana muchas veces pondrá sobre la mesa de la tomadora de decisiones, obligándolo a tomar una postura en cada caso.

Esto nos lleva a los problemas prácticos. El primero de ellos dice relación con la metodología de participación para que se produzca deliberación. Este problema no es parte de lo que se ha estudiado en el presente trabajo, pero valga la pena señalar que existe una vasta literatura sobre metodologías y deliberación<sup>601</sup>. Un segundo problema versa sobre cómo puede darse la efectiva deliberación cuando la tomadora de decisiones está finalmente autorizada a tomar la decisión, y ello no necesariamente será con base deliberativa.

En esto debemos tener en claro que la cuestión no ha sido completa ni adecuadamente abordada por las legislaciones nacionales, siendo del caso que se la discrecionalidad de la Administración está mediada por sus obligaciones legales y dirigida por su impulso político, pero no se ha desarrollado, normativamente, una lógica de integración de la participación ciudadana en dichas decisiones. Como hemos visto antes, se usan vocablos como “considerar”, que no siempre son aplicados adecuadamente.

La deliberación entre la autoridad y los ciudadanos y ciudadanas debería ser, en este sentido, una parte central de los insumos que la tomadora de decisiones considere a la hora de tomar su decisión. Mientras evidentemente

600 BAYNES, Kenneth (1995), p. 205.

601 Por todos, BÄCHTIGER, André, *et ál.* (ed.) (2018).

te su mandato legal estará presente, las limitaciones económicas serán una barrera y la orientación política constituirá un impulso en alguna dirección, la participación ciudadana y la deliberación que en ella se produzca tendría que constituir un pilar de la decisión. En términos de derecho administrativo, esto significa que los actos administrativos que se dicten tendrían que motivarse principalmente en los resultados de la deliberación ciudadana.

Mientras lo anterior no ha sido adecuadamente recogido por la normativa estudiada, sí ha existido un desarrollo por parte de los tribunales que apunta en ese sentido. Así, por ejemplo, el libro *Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológico*, instrumento que recoge los consabidos principios y que fuera el resultado de una “construcción colaborativa en la cual han intervenido la Comisión Medioambiental de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el Instituto Judicial Global del Ambiente, la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN y los Embajadores de Buena Voluntad de la Organización de Estados Americanos”<sup>602</sup>, adoptado en el 2018, y que hace un análisis sobre la participación que apunta en el sentido que venimos tratando.

Se establece en primer lugar el Principio 16, de participación, y luego se señala:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos, en el nivel que corresponda. De esta forma, se deberán adoptar medidas para que la participación del público comience al inicio de los procedimientos, es decir, cuando todas las opciones y soluciones aún sean posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real y efectiva. En virtud de lo anterior, se deberán adoptar las disposiciones prácticas u otras disposiciones necesarias para que el público participe en la elaboración de los planes, programas y políticas relativas al medio ambiente en un marco transparente y equitativo, tras haberle facilitado las informaciones necesarias”<sup>603</sup>.

Como se observa, este instrumento reconoce que los ciudadanos y ciudadanas deben tener participación “real y efectiva” y que debe poder participar en la elaboración de todo tipo de disposiciones. Es de interés señalar que, a reglón siguiente, el documento establece que la participación

602 Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológico, p. 8. Disponible en línea: <<https://servicios.pjud.cl/ManosLibro/files/assets/basic-html/page-1.html>>.

603 Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológico, p. 76. Disponible en línea: <<https://servicios.pjud.cl/ManosLibro/files/assets/basic-html/page-1.html>>.



ciudadana es un reflejo de la democracia participativa y que debe observarse en decisiones administrativas, legales, procedimientos de recursos administrativos y en audiencias, plebiscitos o consultas, siendo que en esto último le reconoce constituir “la base del consenso para otorgar mayor legitimidad a la gestión pública ambiental”<sup>604</sup>,

A pesar de que el documento apela a la democracia participativa y lo hace correctamente, pues es un mecanismo de participación, los elementos y definiciones que hace sobre esa participación nos parece que se acercan más a la idea de deliberación como la hemos venido tratando. La idea del consenso, la idea de influencia real y efectiva creemos que apuntan hacia un reconocimiento en ese sentido. En efecto, y como reconoce CHRISTIANO, la posibilidad de influir en la decisión, el hecho mismo de que se esté tomando una decisión, son bases esenciales para que exista deliberación<sup>605</sup>. Deliberar no tiene que ver con simplemente compartir opiniones sobre un tema, sino que con la toma de decisiones.

Por último, la manera concreta y práctica en que los tribunales han empujado hacia esta deliberación ha sido mediante la revisión de la motivación del acto administrativo, teniendo en cuenta este mandato para la Administración de decidir en base a la deliberación. Ello, sin embargo, nos parece que ha tenido como tope la falta de densidad normativa en torno a la participación en materia ambiental<sup>606</sup>.

En definitiva, creemos que el presente trabajo ha explorado la manera en que se ha concebido la participación ciudadana en materia ambiental y cómo ella se conecta con las lógicas de la participación política, en la gestión pública y administrativa, a la vez que se enmarca en una lógica deliberativa a la que no se le ha dado la suficiente cabida normativa. Mientras actualmente la ley no recoge obligaciones suficientemente específicas para provocar esa deliberación, ella es posible de realizar por los órganos de la Administración con las herramientas disponibles, y hacia ello empujan tanto la ciudadanía como los tribunales.

604 Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológico, p. 77. Disponible en línea: <<https://servicios.pjud.cl/ManosLibro/files/assets/basic-html/page-1.html>>.

605 CHRISTIANO, Thomas (1997), p. 251.

606 Así, por ejemplo, en el caso del decreto que norma el material particulado 10. Corte Suprema, Rol N° 1119-2015.

La visión deliberativa de la participación ciudadana en materia ambiental tiene el potencial de mejorar las relaciones comunitarias y políticas, haciendo más probable la superación de las tensiones que deben resolverse en la participación en materia ambiental y que hoy no necesariamente encuentran una resolución adecuada.



## **CAPÍTULO X: REFLEXIONES FINALES**

1. La participación ciudadana es un concepto que se encuentra vinculado de manera esencial con la democracia, pero que, sin embargo, admite una serie de formulaciones diferentes, habiendo sido analizados en este trabajo los conceptos principales de participación, partiendo por la participación política, que es aquella que integra de manera más evidente a la democracia.

Tomando en cuenta esa integración esencial de la participación y la democracia, el estudio de la participación política, desde un punto de vista teórico, ha sido asociado a la manera en que la voluntad popular puede manifestarse y, por lo tanto, ha avanzado como una discusión muy cercana a los tipos de democracia, existiendo más trabajo teórico en la discusión entre la democracia representativa y directa, sin perjuicio de otros modelos de democracia que han sido estudiados y sugeridos.

Hemos analizado también que la voluntad popular y la participación admiten distinciones conceptuales, que son las que permiten luego entender cuáles son los elementos que deben integrarse en una deliberación sobre decisiones ambientales, en la que participan principalmente las y los interesados y afectados por la decisión en cuestión.

Adicionalmente, hemos observado cómo es que, a pesar de la discusión de los autores durante al menos los últimos dos siglos, el modelo de democracia hegemónico ha sido el representativo, el que se ha complementado en menor o mayor medida por institutos de democracia directa, participativa o deliberativa.



2. Analizamos con mayor detención las discusiones existentes en la literatura sobre democracia deliberativa, a objeto de comprender la forma en que esta influye en la participación ciudadana y, en especial, en la participación ciudadana en materia ambiental. En particular, la visión deliberativa de la democracia nos presenta una manera en que la decisión del pueblo puede formarse a través del proceso dialéctico que supone la deliberación, proponiendo que se propenda a ese proceso para efectos de dar la mayor legitimidad posible a las decisiones de la comunidad y sus representantes.

Los trabajos de los teóricos de la deliberación, y especialmente los conceptos de HABERMAS y RAWLS, iluminan las variables que deben ser tenidas en cuenta a la hora de observar la deliberación, a pesar de que en los modelos ideales exista una abstracción imposible de llevar a la realidad material. En ese sentido, abordamos las principales críticas que se hacen a la deliberación, intentando descartarlas en la lógica de que la igualdad entre quienes deliberan es deseable y posible de alcanzar, cuestión que de ninguna manera puede olvidar las inequidades existentes ni las dificultades que tanto las estructuras sociales y económicas ponen para que efectivamente pueda darse ese diálogo de iguales, en base de discursos legítimos.

El rol del derecho en propiciar la deliberación en materias de participación ambiental nos interesa en especial. Propiciarla, para el derecho, significa no solamente crear y regular la participación, sino que además hay un rol en el discurso que es relevante, donde el derecho debe ser capaz de traducir a los actores que deliberan, entregarles un lenguaje común no por la fuerza del uso del derecho, sino por la neutralidad de sus postulados, en la medida que ellos sean efectivamente equilibrados.

3. El estudio de la participación ciudadana ha sido menos recurrente desde el derecho que desde otras disciplinas, siendo del caso que muchas veces se han tomado prestados los conceptos y definiciones de dichas disciplinas para iluminar un concepto que no es claro en el derecho. La participación en la gestión pública ha sido uno de los campos en que esto ha sucedido de manera patente.

Los conceptos y características de la participación en la gestión pública, propios de la politología y emparentados en parte con conceptos del derecho español, ha sido el campo más prolífico de estudio de la participación ciudadana. La revisión de los principales autores en la

materia nos mostró realidades muy relevantes para el tratamiento de la participación, siendo especialmente importante para nosotros observar la dimensión funcional de la participación ciudadana, pues ella ha dominado en parte el discurso público sobre la participación, y nos permite además categorizar las diferentes funciones que se pretenden de la participación para comprender cuáles son las realmente deseables en un proceso de participación ciudadana en materia ambiental.

Así, las funciones comunitarias y públicas de la participación ciudadana debieran tener una preponderancia frente a la función privada de la misma e incluso a la función de control, entendiendo que lo que busca la participación en materia ambiental es poder precisamente integrar a los ciudadanos y ciudadanas en la deliberación de las decisiones de carácter ambiental para dar cumplimiento al derecho a vivir en un medio ambiente sano y para realizar ideales democráticos.

4. A la luz de las privatizaciones, la globalización, los avances tecnológicos y los cambios ideológicos, el Estado ha ido mutando hacia el Estado Regulador. Junto con esa mutación, también el derecho administrativo ha tenido que adecuar sus formas, entre otras cosas, debiendo dar mayor cabida a los ciudadanos y ciudadanas de manera directa en la toma de decisiones de la Administración.

Tomando en consideración dos sistemas de referencia para el chileno, como son el sistema de España y el de EE. UU., pudimos observar cuáles son las distintas maneras en que se ha tratado a la participación ciudadana en esos espacios y especialmente cuáles son las consideraciones de la participación en los procedimientos de autorización, en contraste con los procedimientos que llevan a actos de carácter general.

Tanto en esos sistemas de referencia como en el sistema chileno la constatación del funcionamiento de la participación ciudadana administrativa resulta esencial para distanciarla de la participación ciudadana en materia ambiental, pues aun cuando en la práctica compartan muchas lógicas, ellas provienen de reflexiones diferentes y terminan teniendo contenidos, metodologías y énfasis que son diversos.

Además de la participación en el proceso administrativo, se han revisado algunas otras instituciones de participación que se presentan en el mismo espacio normativo. Mientras los plebiscitos municipales son expresiones claras de democracia directa, hay cuestiones —como las



normas de la Ley N° 20.500— que parecieran apuntar en una dirección más cercana a la que pretende la participación ciudadana en materia ambiental. Lamentablemente, la aplicación de la Ley N° 20.500 ha tenido muchas debilidades, de tal manera que no parece haber podido desplegar su potencial.

La participación administrativa, en una forma de Estado que se caracteriza por una mayor influencia de la técnica en la toma de decisiones de la Administración y por un aumento de las facultades de esta última en términos legislativos, se transforma en un espacio necesario para incorporar variables de legitimidad democrática a las decisiones que se toman. En materia ambiental, esto resulta especialmente relevante por el hecho de que los mandatos de la Administración pueden ser menos acabados que en otras áreas, dejando un mayor margen de discrecionalidad técnica y política, que solo es sopesado con, precisamente, la participación ciudadana.

5. Mientras el derecho ambiental es una rama relativamente nueva del derecho y que vela por la protección del espacio donde se desenvuelve la vida, los principios que lo informan, su relación efectiva con los territorios y su necesidad de incorporar información extra-jurídica en la toma de decisiones, lo ponen en una posición diferente a otras ramas del derecho con las que convive. Es así como la participación ciudadana en materia ambiental desborda los contornos de la participación política, la participación en la gestión pública y la participación administrativa.

La participación ciudadana en materia ambiental, como institución, se posiciona en el centro del derecho ambiental, siendo incluso parte constitutiva del derecho a vivir en un medio ambiente sano, y engranaje central de los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia. Esta configuración normativa obedece a la especial importancia que tiene la participación, como práctica efectiva, en la toma de decisiones que impactan en los territorios y en la vida.

Ello no obsta que existan diferentes maneras de entender la participación ciudadana en materia ambiental, siendo del caso, sin embargo, que el gran modelo que ha dominado en la materia es el de los derechos de acceso, que sitúa el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia ambiental como partes integrantes del derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Estos derechos de acceso provienen del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, que en estos años ha evolucionado para convertirse en dos tratados internacionales —regionales— que desarrollan estos derechos. El Convenio de Aarhus en Europa y el Acuerdo de Escazú, en América Latina y el Caribe, son la muestra patente de la centralidad que el derecho a la participación tiene en el derecho ambiental. Estos dos tratados les dan forma específica a los derechos de acceso en materia ambiental y son de los mayores avances en materia de derecho ambiental a nivel internacional.

6. La definición de los estándares ambientales tolerables pasa, en parte importante, por los resultados de la deliberación producida en los procesos de participación ciudadana, puesto que es en la integración de los elementos técnicos con las preferencias ciudadanas donde la Administración puede encontrar un eje de acción más legítimo para la definición de los equilibrios que den cuerpo a los conceptos de justicia ambiental, desarrollo sustentable y al punto en que los riesgos implicados en una decisión sean tolerables.

Es en esta definición, que abarca cuestiones regulatorias y decisiones específicas de proyectos de inversión, donde se ha ido construyendo el estándar de protección ambiental de los países como complemento a un mandato genérico contenido en el derecho a vivir en un medio ambiente sano y de forma paralela al consenso internacional sobre temas específicos de regulación ambiental necesaria (como el régimen de cambio climático).

7. La participación ciudadana en materia ambiental, entendida desde el Principio 10 de la Declaración de Río y desde los derechos de acceso, tiene un componente deliberativo que le da aún más potencia y posibilidades de realización. La participación ciudadana en materia ambiental pretende que, en su despliegue, se alcancen espacios de deliberación en que la voz de la ciudadanía, especialmente aquella interesada o afectada por una decisión ambiental en particular, sea atendida y debidamente sopesada con los demás elementos que debe considerar la tomadora de decisiones en su proceso decisional.

La tríada que forma el acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia en materia ambiental se convierte también en un dispositivo para la deliberación. Permite a los ciudadanos y ciudadanas tener las herramientas (información) para sostener discursos



legítimos en el espacio deliberativo (participación) y a controlar que la tomadora de decisiones realmente considere sus discursos (acceso a la justicia).

Si bien lo anterior no siempre se da en la práctica. El derecho ha ido avanzando en garantizar mecanismos para que estos tres derechos se realicen, de manera de permitir también la realización del derecho a vivir en un medio ambiente sano. El derecho chileno, en ese sentido, ha ido ampliando sus espacios de participación y la potencia de esta, a pesar de que, al momento de finalizar este trabajo, aún no se suscriba el Acuerdo de Escazú.

En materia ambiental, de manera mucho más clara que en materia administrativa, la participación ciudadana ocupa un espacio relevante y eso es recogido tanto por la regulación como por la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

La conceptualización de la participación en materia ambiental como un espacio de deliberación debiera servir para aclarar el rol que tienen los ciudadanos y ciudadanas y la Administración en la toma de decisiones ambientales, disminuyendo la conflictividad mediante un mejor balance de poder.

La práctica administrativa de participación tiende a olvidar las variables especiales de la participación en materia ambiental, siendo especialmente complejo cuando se cierra a la deliberación, pues, incluso cuando la tríada de derechos de acceso funciona adecuadamente, se producen altos grados de conflictividad y de incertidumbre en todos los involucrados.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- ALEXY, Robert (2000): "On the structure of legal principles", en *Ratio Juris*, vol. 13, N° 3.
- ALLEGRETTI, Umberto (2010): "Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia", en *Democrazia partecipativa*.
- ALTMAN, David (2013): "Bringing direct democracy back in: toward a three dimensional measure of democracy", en *Democratization*, vol. 20, N° 4.
- ALTMAN, David (2017): *The Potential of direct democracy, a global measure (1900-2014)* (Social Indicators Research-Springer).
- ANAYA, James (2005): "Indigenous peoples' participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources", en *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 22.
- ARANDA, Jorge (2018): "Breve reflexión sobre cuatro conceptos jurídicos de participación ciudadana a propósito del derecho ambiental chileno", en *Revista de Derecho Ambiental*, Año VI, N° 9.
- ARNSTEIN, Sherry (1969): "A ladder of citizen participation", en *Journal of the American Institute of planners*, vol. 35, N° 4.
- ASTORGA, Eduardo (2006): *Derecho ambiental chileno. Parte general* (Santiago de Chile: Editorial LexisNexis).
- (2012): *Derecho ambiental chileno. Parte general*, 3ª edición (Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing).