



La participación ciudadana en materia ambiental:

Un modelo deliberativo

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

Ezio Costa Cordella

Profesor guía: Francisco Soto Barrientos

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	V
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.....	11
1. INTRODUCCIÓN	13
2. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA.....	16
3. PARTICIPACIÓN Y SOBERANÍA POPULAR.....	17
4. DEMOCRACIA Y FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD POPULAR.....	20
5. PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y TIPOS DE DEMOCRACIA	24
5.1. Democracia representativa o directa, una discusión de legitimidad.....	24
5.2. Tipos de democracia.....	27
A) Democracias representativa y directa como tipos de democracias.....	28
a. La democracia inclusiva	34
b. La democracia deliberativa	37
c. La democracia participativa	38
CAPÍTULO II: DELIBERACIÓN Y RECEPTIVIDAD.....	43
1. INTRODUCCIÓN	45
2. DELIBERACIÓN Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA.....	45
3. LA ESFERA PÚBLICA	50
4. LA RAZÓN PÚBLICA Y EL PRINCIPIO DE DISCURSO	52
5. LA ACCIÓN COMUNICATIVA, SOBERANÍA POPULAR Y DERECHO.....	56
6. CRÍTICAS A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	59
7. CONDICIONES DE LA DELIBERACIÓN	64
8. PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DELIBERACIÓN.....	66

CAPÍTULO III: DE LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA	71
1. INTRODUCCIÓN	73
2. EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA, UNA MIRADA POLITOLÓGICA	75
3. ENFOQUE FUNCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN PÚBLICA	79
3.1. Funciones de la participación ciudadana en la gestión pública	79
3.2. Críticas a la participación ciudadana en la gestión pública	84
3.3. ¿Por qué participan los ciudadanos?	85
3.4. Participación e incidencia	87
CAPÍTULO IV: FORMAS DE ESTADO, PARTICIPACIÓN ADMINISTRATIVA Y LEGITIMIDAD	91
1. EL CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO DEL AUGE DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN	93
1.1. El nuevo derecho administrativo	95
1.2. La influencia del modelo del Estado regulador	100
2. PARTICIPACIÓN Y LEGITIMIDAD	104
3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	110
3.1. La participación ciudadana en el procedimiento administrativo español ...	113
A) El procedimiento administrativo en el derecho español	113
B) Interesados y ciudadanos en el procedimiento administrativo español	116
3.2. La participación ciudadana en el procedimiento administrativo estadounidense	121
3.3. La participación ciudadana en el procedimiento administrativo chileno ...	126
3.4. El ciudadano interesado	129
3.5. Otros mecanismos de participación en el derecho administrativo chileno	134
CAPÍTULO V: PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL, MODELOS Y DEMOCRACIA AMBIENTAL	141
1. INTRODUCCIÓN	143
2. PARTICIPACIÓN Y MEDIO AMBIENTE	144
3. MODELOS DE PARTICIPACIÓN AMBIENTAL	147
3.1. El Principio 10, los derechos de acceso y la democracia ambiental	147
3.2. La participación ambiental como participación administrativa	154

3.3. El modelo del principio de cooperación.....	156
3.4. El modelo de gobernanza ambiental.....	158
4. CONCLUSIONES.....	160
CAPÍTULO VI: CONTENIDO ESPECIAL DE LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL	163
1. INTRODUCCIÓN	165
2. TENSIONES DE LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL	169
2.1. Gestión de riesgos.....	169
2.2. La incorporación de la justicia ambiental.....	172
2.3. El balance del desarrollo sustentable (o sostenible).....	175
2.4. La relación del derecho a la participación con el derecho a vivir en un medio ambiente sano	180
A) El derecho a la participación es parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano	180
B) Las variables distributivas son parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano	183
3. CONCLUSIONES.....	186
CAPÍTULO VII: DERECHOS DE ACCESO, MECANISMOS Y RE- LACIÓN CON EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN	189
1. INTRODUCCIÓN	191
2. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL.....	192
3. MECANISMO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL.....	194
4. ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL.....	209
5. MECANISMOS DE ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL	212
6. CONCLUSIONES.....	218
CAPÍTULO VIII: MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN AMBIEN- TAL EN EL DERECHO CHILENO	219
1. INTRODUCCIÓN	221
2. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AM- BIENTAL (SEIA).....	222
2.1. Participación en la Ley N° 19.300 y sus modificaciones.....	222
2.2. Ponderar y considerar las observaciones ciudadanas	223
2.3. La participación en el SEIA en la jurisprudencia	227
3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN NORMAS DE CALIDAD Y DE EMISIÓN	229

4. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN PLANES DE PREVENCIÓN Y DESCONTAMINACIÓN	231
5. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA EAE.....	232
6. CONCLUSIONES.....	235
CAPÍTULO IX: LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL COMO MECANISMO DELIBERATIVO.....	237
1. INTRODUCCIÓN	239
2. INTERACCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CON LA TOMA DE DECISIONES.....	240
3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL COMO MECANISMO DELIBERATIVO	243
4. CONCLUSIONES.....	251
CAPÍTULO X: REFLEXIONES FINALES.....	257
BIBLIOGRAFÍA	263

**CAPÍTULO VI:
CONTENIDO ESPECIAL DE LA PARTICIPACIÓN
EN MATERIA AMBIENTAL⁴⁰³**

403 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 BARRIENTOS, 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”⁴⁰⁴.

404 FISHER, Elizabeth *et ál.* (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 inglés⁴⁰⁵.

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 motivación⁴⁰⁶. 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 ciudadana⁴⁰⁷.

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

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

407 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 sustantiva⁴⁰⁸.

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 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 ambiental⁴⁰⁹.

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”⁴¹⁰. En ese escenario la Admi-

408 Ídem.

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

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

nistración tendría que actuar como mediadora y el derecho es más bien un instrumento referencial⁴¹¹.

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 el tomador de decisiones (y sus normas orgánicas y programáticas) con las personas interesadas que participan 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 regulador, 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-

411 Ídem.

participación 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”⁴¹².

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”⁴¹³.

412 ESTEVE PARDO, José (2014), p. 14.

413 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 decisiones⁴¹⁴.

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 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 sociales⁴¹⁵.

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.

414 BECK, Ulrich (2002).

415 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”⁴¹⁶.

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 cooperación⁴¹⁷.

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 riesgos⁴¹⁸. 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”⁴¹⁹.

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 herramientas⁴²⁰. 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.

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

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

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

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

420 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”⁴²¹.

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 el tomador 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*⁴²².

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

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

422 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 ambientales⁴²³.

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 ambiental⁴²⁴. 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”⁴²⁵.

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.

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

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

425 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”⁴²⁶, 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”⁴²⁷.

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.

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

427 BERMÚDEZ, Jorge (2010), p. 590.

2.3. El balance del desarrollo sustentable (o sostenible)

El desarrollo sustentable (o sostenible)⁴²⁸ 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”⁴²⁹, 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”⁴³⁰.

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”⁴³¹.

428 El concepto inglés de *sustainable development* ha venido traducido de manera indistinta 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.

429 GALDÁMEZ, Liliana (2018), p. 79.

430 BERMÚDEZ, Jorge (2014), p. 77.

431 GALDÁMEZ, Liliana (2018), p. 90.

En la vereda contraria, FERNÁNDEZ cree que el artículo 1º de la Constitución⁴³² 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 entorno⁴³³. En una línea similar se encuentra GUZMÁN, quien considera incorporado al desarrollo sostenible de manera implícita en el texto constitucional, principalmente por la interacción entre los artículos 1º incisos terceros y cuarto⁴³⁴ y el artículo 3º inciso tercero⁴³⁵⁻⁴³⁶.

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

432 “Artículo 1º. 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”.

433 FERNÁNDEZ, Pedro (2004), p. 47.

434 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.

435 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.

436 GUZMÁN, Rodrigo (2012), pp. 42-43

crecimiento sin límites que venía imponiendo la visión económica de la época⁴³⁷.

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 débil⁴³⁸.

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 efectivo⁴³⁹. 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 Río⁴⁴⁰.

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”⁴⁴¹. 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

437 BOSSELMANN, Klaus (2008).

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

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

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

441 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”⁴⁴².

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 futuras⁴⁴³.

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 vago⁴⁴⁴.

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”⁴⁴⁵.

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

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

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

445 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”⁴⁴⁶.

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 Sustentable⁴⁴⁷, 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 instituciones⁴⁴⁸. Incluso, el autor llega a construir una tipología de los diferentes discursos, para finalmente señalar:

“Habrán conflictos y contradicciones, también porque la sustentabilidad y el desarrollo sostenible son inherentemente complejos, a veces tendiendo a formulaciones eclécticas”⁴⁴⁹.

Así, entonces, la participación es muy relevante para el tomador 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

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

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

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

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

el tomador 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) 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” 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 Convención⁴⁵⁰, en la toma de decisiones y políticas

450 “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”.

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 decisiones⁴⁵¹. 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 adecuado⁴⁵².

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 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 desarrollarla⁴⁵³. 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 corresponsabili-

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

452 FRAGA, Jesús (1998).

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

dad de los ciudadanos, participar en la toma de decisiones, de manera de lograr el respeto por la garantía del derecho a vivir en un medio ambiente sano⁴⁵⁴.

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 contaminación⁴⁵⁵.

En un sentido similar, el fallo por el decreto que regula el material particulado respirable MP10⁴⁵⁶ 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

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

455 Corte Suprema, “Caso Tronaduras”, Rol N° 55203-2016 y “Caso Terrazas”, Rol N° 197-2019.

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

participación y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁴⁵⁷.

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.

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

457 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.

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 2018⁴⁵⁸.

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 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”⁴⁵⁹.

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

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

459 Corte Suprema, Rol N° 5888-2019.

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 salmones⁴⁶⁰, 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 contaminación⁴⁶¹.

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 del tomador 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 voluntad 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 acrecentando⁴⁶².

Nos parece que la duda que se levanta es posible de responder cuando analizamos la manera en que realmente la institución de la participación

460 Corte Suprema, Rol N° 34594-2017.

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

462 BARCENA, Iñaki (2008).

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 empresas⁴⁶³, pues la participación mal aplicada no logra realizarse en su potencial por 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 fórmulas⁴⁶⁴, 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).

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.

463 BECK, Ulrich (2002).

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

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 el tomador de decisiones. Veremos ambas cuestiones en los capítulos siguientes.