



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

El territorio y la participación como factores relevantes en el ejercicio del derecho a un medio ambiente libre de contaminación

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autoras: Maria Daniela Alvarez Anich y Constanza Valeria Cisternas Fierro

Profesora Guía: Pilar Moraga Sariego

Santiago de Chile

2021

*“(...) lo que el mundo necesita hoy es cambiar, el mundo como está es insostenible.
Pero eso sí, nada sobre nosotros sin nosotros (...)”.*

Alicia Bárcena, secretaria ejecutiva de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL), apertura de la Tercera Reunión del Comité de Negociación del acuerdo regional realizado en Montevideo, Uruguay, abril de 2016.

AGRADECIMIENTOS

Maria Daniela Alvarez Anich.

Agradezco y dedico este trabajo a Anita y Pablito. He sido criada por las mejores personas del mundo, y no saben lo afortunada y agradecida que me siento por ello. Gracias por enseñarme que “el trabajo es el amor hecho visible”.

Tambien agradezco a mis amigos incondicionales: Catalina, Isidora, Vicente, Magdalena, Javiera, Sofia, Felipe y Pedro. Gracias por tener una fe ciega en mí y creer en mis capacidades cuando ni yo misma podía hacerlo.

Por último, pero no por ello menos importante, te agradezco a ti, Constanza, mi querida compañera tesista, por toda tu dulzura, tus ideas, por levantarme el animo cuando lo necesitaba, por ser la mejor amiga y compañera tesista que tuve la suerte de tener, esta aventura fue tal y como te dije hará unos cuatro años atrás, en un momento donde no podíamos rendirnos: “somos como un dragón dormido”.

Constanza Valeria Cisternas Fierro.

Dedico este trabajo a todos aquellos y aquellas que cuidan del medio ambiente y ayudan a que este sea un mundo mejor.

Ambas autoras agradecen y dedican este trabajo a la Profesora Pilar Moraga Sariago, por su paciencia, ánimos y sabia guía en este trabajo, el cual siguió mejorando en razón de sus consejos, consideraciones y observaciones.

Índice	
ABREVIATURAS	5
CAPITULO 1: La participación ciudadana como mecanismo de protección del Medio Ambiente y su consagración constitucional.	10
Subcapítulo 1: La obligación de protección del Medio Ambiente a través de la Participación Ciudadana.	11
La contribución del Principio 10 de la Declaración de Río	11
La obligación del Estado de Chile obligado a tomar medidas en virtud del Principio 10	13
La interpretación jurisprudencial de la obligación que emana del Principio 10 en Chile	15
Particularidades de la PAC	17
Subcapítulo 2: Mecanismos constitucionales actuales de Participación Ciudadana.....	20
a. Participación Política	21
b. Participación Administrativa y Gestión Pública	22
La experiencia de la Constitución Suiza	31
CAPITULO 2: Distribución constitucional del poder decisonal a nivel territorial en Chile y los inconvenientes que este presenta para la protección del medio ambiente.	33
Subcapítulo I: La distribución del poder en la Constitución Política de la República	33
La distribución del poder público	34
La distribución del poder con la sociedad	39
Subcapítulo II: Instancias de Participación Ciudadana en la legislación chilena y su funcionamiento.	43
Marco legal general de Participación Ciudadana	43
Marco legal ambiental de Participación Ciudadana	48
Principales problemáticas en torno a la Participación Ciudadana	58
CONCLUSIONES	66
Bibliografía citada	68
Artículos citados	74
Normativa Citada	76
Jurisprudencia Citada	76

ABREVIATURAS

CIPCGP:	Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPR:	Constitución Política de la República
DIA:	Declaración de Impacto Ambiental
EIA:	Evaluación de Impacto Ambiental
GP:	Gestión Pública
LGUC:	Ley General de Urbanismo y Construcciones
LBGMA:	Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente
LOCGAR:	Ley sobre Gobierno y Administración Regional
LOCBGAE:	Ley Orgánica Constitucional de las Bases Generales de la Administración del Estado
LOCM:	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OGUC:	Ordenanza General de Urbanismo y Construcción
PC:	Participación Ciudadana
PLADECO:	Plan de Desarrollo Comunal
PROT:	Planes Regionales de Ordenamiento Territorial.
RSEIA:	Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental

ABSTRACT

El presente trabajo pretende demostrar la importancia de la participación ciudadana como mecanismo de protección al medio ambiente, a través del análisis constitucional de las normas que se refieren a la obligación de protección al medio ambiente, participación ciudadana, y distribución del poder. Para ello, se ilustrará cómo se encuentra consagrada la obligación de protección, junto a las particularidades de la participación ciudadana en materia ambiental y el reconocimiento de ésta a nivel constitucional. Posteriormente, se analizará la distribución del poder entre el sector público, sector privado, y sociedad civil establecido en la Constitución, para terminar con un análisis en particular de las instancias legales de participación, determinando luego los impactos que las disposiciones constitucionales tienen sobre dichos instrumentos.

Palabras clave: participación ciudadana, protección al medio ambiente, distribución del poder, hiperpresidencialismo.

INTRODUCCIÓN

El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contemplado en el artículo 19 n° 8 de la Constitución Política de la República (“CPR” en adelante), se entiende como una obligación del Estado que forma parte del artículo 1° inciso 4° CPR, debido a que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana¹. Los artículos artículo 1° inciso 5° y artículo 5° CPR, por su parte, establecen el deber del Estado de promover el derecho a participar con igualdad de oportunidades y la forma en que se realiza el ejercicio de la soberanía de la Nación, respectivamente. Estas normas cobran importancia al evaluar la eficacia del artículo 19 n° 8, pues es mediante la participación ciudadana que se toma parte en la adopción de decisiones ambientales, en consonancia con lo estipulado por el Principio 10 de la Declaración de Río².

A nivel constitucional, la participación ciudadana se consagra en los artículos 113 inciso 1°, 118 inciso 2°, 4° y 7, y 119 inciso 2° CPR³. Por su parte, la canalización de la participación ciudadana a nivel regional y local se consagra en los incisos 2° y 3° del artículo 3, y el inciso 1° del artículo 115, estableciendo que el ejercicio de las funciones de Gobierno y Administración debe propender al desarrollo territorial armónico y equitativo.

Dado que gran parte de las formas de participación ciudadana que se encuentran consagradas a nivel constitucional son encomendadas a órganos de competencia regional y local, y que ésta es esencial para la protección del medio ambiente, comprender la forma en que se implementan estas normas es fundamental.

En particular, el estudio del tema nos parece importante dado que el ejercicio ciudadano de los derechos de información, participación y justicia legitima las decisiones tomadas por la autoridad⁴. Sin embargo, nuestra Constitución presenta obstáculos para que dicho objetivo pueda llevarse a cabo, toda vez que no confiere capacidad de decisión a los ciudadanos. Como consecuencia, los habitantes de determinados territorios sufren las consecuencias de las decisiones ambientales sin haber podido influir en ellas.

En virtud de lo señalado, nace la interrogante: **¿Cómo los actuales mecanismos constitucionales de distribución del poder decisional favorecen o no la participación (especialmente a nivel regional o local) en materia ambiental?**

¹ (Espinoza, 2014, 86)

² (Soto y Costa, 2019, 35)

³ (Pantoja, 2012, 59)

⁴ (Sanhueza, 2019, 68)

Creemos que las disposiciones constitucionales que definen las bases de la participación ciudadana deben considerar la existencia de una variedad de realidades territoriales y medioambientales y su protección a lo largo de todo el país, pues las realidades ambientales en el territorio del país son, en efecto, múltiples. Ello permitiría cumplir el rol que la Constitución confía a los órganos regionales y municipales⁵, cual está contenido en sus artículos 13 inciso 1° y 118 inciso 4°, sobre todo en un contexto en el cual las decisiones adoptadas en el nivel central no consideran las particularidades del territorio, lo cual genera una distancia y lejanía entre el poder central y la población de las regiones. Lo anterior puede contribuir a la adopción de mejores decisiones ambientales, siendo coherente con las vocaciones territoriales.

En lo siguiente, en el primer capítulo se realizará un análisis de la importancia de la participación ciudadana como mecanismo de protección al medio ambiente, a la luz del Principio 10 de la Declaración de Río, para luego exponer la manera en que se ha entendido en Chile la obligación que éste contiene. Posteriormente, se analizarán las particularidades de participación ciudadana ambiental, dando cuenta de los estándares que ésta debiese cumplir; vale decir, no ser meros procesos de información y consulta, sino que vinculantes y realizados en base al principio de servicialidad e igualdad del Estado.

Posteriormente, se analizará la consagración de la participación ciudadana en la CPR, sobre la base de la distinción entre la “participación ciudadana política” y la “participación ciudadana en la gestión pública”. Se emplearán, además, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”, en lo sucesivo) y doctrina sobre los tipos de participación ciudadana. Se concluye esta parte con un contraste de la regulación de la participación ciudadana en la Constitución Suiza.

A continuación, en el segundo capítulo se estudiará la distribución del poder en la Constitución, y en dos cuerpos legales: la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional (LOGAR) y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM). El análisis se detiene, en primer lugar, en la distribución del poder público en distintos niveles (nacional, regional, provincial y comunal), para pasar, luego, al poder de la sociedad civil y la sociedad privada.

Finalmente, en el último subcapítulo, se realizará un análisis crítico de las distintas instancias de participación ciudadana contempladas en Chile, partiendo por las instancias generales y terminando con las contempladas en los instrumentos de gestión ambiental. Posteriormente, se identificarán y desarrollarán los principales problemas que se han identificado en materia de participación ciudadana,

(Gonzalez, 2019)⁶ (Gonzalez 2017)

a la luz del Informe OCDE de 2009, de la doctrina que ha abordado el fenómeno del hiperpresidencialismo, y de las funciones de la participación ciudadana en el control de la autoridad, entre otros aspectos.

CAPITULO 1: La participación ciudadana como mecanismo de protección del Medio Ambiente y su consagración constitucional.

Según el Consejo Nacional de Innovación para el Desarrollo, Chile se encuentra entre los cinco países con más conflictos ambientales⁶. Ciertamente, parece haber una sensación de que, en materia ambiental, se están tomando malas decisiones. La causa de esto tiene que ver, a nuestro parecer, con diversos factores, entre los cuales se encuentran quién detenta el poder y el territorio sobre el cual se decide. Ambas cuestiones son abordadas constitucionalmente, y resultan esenciales para lograr una participación ciudadana significativa.

Entes de entrar en el análisis de las disposiciones constitucionales en específico, nos referiremos, en el primer subcapítulo, a la importancia de la participación ciudadana para la protección efectiva del medio ambiente, al constituirse como uno de los elementos que forman parte de la protección ambiental según el Principio 10 de la Declaración de Río, el cual establece la importancia de su implementación para la realización efectiva del derecho a un medioambiente sano⁷.

Establecida la relevancia del derecho de participación ciudadana en materia ambiental, desarrollaremos la obligación del Estado de tomar medidas en este sentido, y su consagración jurisprudencial. Posteriormente, entendiendo que existe un obligación, un reconocimiento del derecho y mecanismos para la participación en materia ambiental -los cuales no logran extinguir la sensación de que ésta no pasa de ser una participación formal, precaria y carente de contenido⁸-, se analizarán los contenidos que deberían informar la participación ciudadana, considerando las finalidades que persigue.

Posteriormente, en el segundo subcapítulo, se hará una revisión de la consagración de la participación ciudadana en nuestra Constitución, atendiendo a las categorías de participación política y participación en la gestión pública, revisando las características de cada una y, en particular, un fallo del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre las votaciones que admiten ser vinculantes. Finalmente, se propondrá que la sola consagración del derecho a la participación ciudadana no es suficiente si no es acompañada de una serie de elementos de definición constitucional que convergen para su ejercicio efectivo –a través de la descripción de la experiencia constitucional Suiza-.

⁶ (Gonzalez 2017)

⁷ (Costa y Burdiles 2019, 204)

⁸ (Historia de Ley N° 20.417 2010, 514)

Subcapítulo 1: La obligación de protección del Medio Ambiente a través de la Participación Ciudadana.

El procedimiento a través del cual se llega a la toma de decisiones, así como la administración de un territorio, dependen de las instituciones que lleven a cabo dichas tareas. Para evitar llegar a un punto de conflicto es fundamental que la institucionalidad logre dar respuesta a los requerimientos de la sociedad, siendo la participación ciudadana una de las herramientas con las que cuenta, en la medida que constituye un medio para participar de la toma de decisiones que afectan a los habitantes de determinado territorio, contribuyendo así al mejoramiento de su calidad de vida.

Considerando los altos índices de conflictividad ambiental, no sorprende que en Chile se observen problemas para implementar instancias y mecanismos eficaces de participación ciudadana ambiental⁹. En efecto, según Costa, existen, “*en diversas instancias, barreras artificiales que complejizan la satisfacción de un derecho que de por sí es difícil de ejercer y garantizar*”¹⁰. Por su parte, como señala Torres, los derechos de acceso son un elemento esencial de una buena gobernanza de los recursos naturales en la región y que pueden ayudar a prevenir y evitar conflictos¹¹, y existe evidencia que sugiere que la participación informada de la ciudadanía en etapas tempranas de la toma de decisiones en materia ambiental contribuye a prevenir futuros conflictos ambientales¹².

La contribución del Principio 10 de la Declaración de Río

La inminente importancia de la participación ciudadana no hubiera podido vislumbrarse claramente en la actualidad de no ser por su consagración como uno de los elementos que integran la protección ambiental en el Principio 10 de la Declaración de Río de 2012, que fija los actuales estándares de la participación y estimula su tratamiento al nivel correspondiente, (esto es, tanto a nivel local, como comunal y regional). El Principio 10 se reconoce como la “*expresión de un principio democrático fundacional: el derecho de las personas a participar en las decisiones que afectan su entorno y calidad de vida*”¹³. Así pues, busca mejorar el tratamiento de las materias ambientales por parte del Estado, tomando en cuenta no solo el cumplimiento de las normas de carácter legal y ambiental, sino también el impacto que se produce desde la visión de la ciudadanía que debe soportar esos cambios, estimulando la práctica democrática del enriquecimiento y desarrollo

⁹ (Moraga 2012, 296)

¹⁰ (Costa y Belemmi 2017, 26)

¹¹ (Torres 2013, 63)

¹² (Cordero, Durán, Palacios, Rabi, Sanhueza y Urquiza 2017, 11)

¹³ (De Miguel y Torres 2016, 66-67 en Medici 2018, 6)

del razonamiento público en la toma de decisiones¹⁴, más allá de la participación electoral habitual que es propia de los gobiernos representativos.

Para su implementación, en la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, se reconocen importantes beneficios y objetivos para la sociedad democrática, los cuales no podemos dejar de mencionar y comprenden, en resumen: (1) contribución a la mejora en la toma de decisiones y la mayor eficacia en su aplicación; (2) involucramiento del público respecto de los problemas ambientales; (3) aporte a la rendición de cuentas y transparencia en la gestión pública; y (4) promoción en el cambio de patrones de producción y consumo.¹⁵ Por esto, se ha sostenido que el Principio 10:

“(...) redefine la noción central del desarrollo en cuanto proceso participativo, fundado en el diálogo social (...) excluye nociones puramente verticales de gobernanza, donde las decisiones sobre desarrollo son adoptadas por burócratas en capitales nacionales o, en el peor de los casos, en las oficinas de las instituciones financieras internacionales, sin tomar en cuenta la opinión de aquellas personas y comunidades directamente afectadas por las mismas”¹⁶.

Adicionalmente, se ha planteado que la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales, ya que los ciudadanos se sienten parte de esas decisiones¹⁷, y no meros receptores de las decisiones que otros toman por ellos.

En general, las regulaciones en materia de participación ambiental se han desarrollado como consecuencia del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, que dio pie a la creación de provisiones específicas de acceso a la información, participación y acceso a la justicia en materia ambiental, a pesar de no definir estas nociones¹⁸.

En nuestro país, los instrumentos de gestión medioambiental instaurados por las leyes N° 19.300 y 20.417, han sido inspirados en gran medida por la triada del Principio 10. La participación ciudadana ambiental, en efecto, es considerada un principio que inspira la Ley N° 19.300, según

¹⁴ (Medici 2018, 7)

¹⁵ (Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Ibid., 6)

¹⁶ (Orellana 2014, 45 en Medici op.cit., 7)

¹⁷ (Cordero, Durán, Palacios, Rabi, Sanhueza y Urquiza 2017, 11)

¹⁸ (Costa 2020, 148)

señala el Mensaje Presidencial de la misma¹⁹. Destacamos este hecho pues no todo modelo de participación ambiental deriva del Principio 10²⁰. Para Chile, empero, consideramos que, entre todos los modelos revisados, el que deriva del Principio 10 ha sido el predominante²¹ y el que ha tenido mayor influencia en nuestro país²².

La obligación del Estado de Chile obligado a tomar medidas en virtud del Principio 10

Para entender la obligación del Estado desde nuestra Constitución en materia de participación ambiental, es indispensable examinar primeramente el artículo 19 n°8 CPR, el cual consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. El cómo debe llevarse a cabo la obligación correlativa a dicho derecho ha sido desarrollado por la doctrina y diversos instrumentos internacionales recientemente, entendiéndose que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende la participación ciudadana. Así queda plasmado en la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Convención de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo²³, en la cual se recalca que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible²⁴. Adicionalmente, producto de dicha Convención se genera una declaración, en la cual sus suscriptores manifiestan lo siguiente:

“Reconocemos 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”.

La obligación del Estado chileno de cumplir con esta misión, también encuentra fundamento en otras disposiciones constitucionales. En efecto, el artículo 1° inciso 5° CPR, reconoce el derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Asimismo, el inciso 4° del precepto establece el deber de promover el bien común, contribuyendo 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. Estas disposiciones se conjugan con el inciso 2° del artículo 5° CPR –que consagra el deber de los órganos del Estado de promover los derechos que emanan de la naturaleza humana- resultando en la obligación del Estado de velar por la no afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo cual comprende la creación de una

¹⁹ (Volante y Vergara 2019, 8)

²⁰ (Costa 2020, 143)

²¹ (Soto y Costa 2019, 238)

²² (Cordero, Durán, Palacios, Rabi, Sanhueza y Urquiza 2017, 6)

²³ (Torres 2013, 67)

²⁴ (Cordero, Durán, Palacios, Rabi, Sanhueza y Urquiza op. cit., 9)

institucionalidad especialmente destinada al efecto²⁵. Dicha institucionalidad, cabe destacar, debiera contemplar la participación ambiental ciudadana efectiva, puesto que forma parte del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

A su vez, para el Estado, la incorporación de la ciudadanía en la toma de decisiones constituye una ayuda en su misión de promover el bien común, dado que a través de ésta puede *“ponderar los distintos puntos de vista e intereses, utilizándose como una herramienta de gran utilidad en la prevención de conflictos; por lo que, al existir deficiencias en su implementación, pueden favorecer el enfrentamiento de posiciones”*²⁶. Esto, sin embargo, sólo es posible en la medida que el Estado brinde *“mecanismos de participación idóneos a través de los cuales la comunidad encuentra espacios deliberativos reales que integren (la participación ciudadana) en los procesos de adopción de posiciones”*²⁷.

Por su parte, la CIDH reafirma esta línea de entendimiento del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en cuanto señala, en la opinión consultiva OC-23/17, lo siguiente:

*“La Corte considera que la participación del público interesado, en general, permite realizar un examen más completo del posible impacto que tendrá el proyecto o actividad, así como si afectara o no derechos humanos. En este sentido, es recomendable que los Estados permitan que las personas que pudieran verse afectadas o, en general, cualquier persona interesada tengan oportunidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el proyecto o actividad antes que se apruebe, durante su realización y después que se emita el estudio de impacto ambiental”*²⁸.

Cabe destacar que, si bien la CIDH señala a la participación ciudadana en materia ambiental como una recomendación para los Estados, no niega la necesidad e importancia de su implementación dentro de una República Democrática, afirmando además que *“representa un mecanismo para integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al medio ambiente”*²⁹.

²⁵ (Espinosa 2014, 174)

²⁶ (Moraga 2012, 299)

²⁷ (Ibid, 314)

²⁸ (CIDH Opinión Consultiva OC 23-17, párrafo 168, 69)

²⁹ (Ibid., párrafo 228, 91)

La interpretación jurisprudencial de la obligación que emana del Principio 10 en Chile

En el caso de Chile, no existe una consagración constitucional de los derechos de acceso. Sin embargo, la participación ciudadana se trata de manera general en los artículos 1º incisos 4º y 5º, 5º inciso 1º, 113 inciso 1º, 118 incisos 2º y 4º y 119 inciso 2º.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha referido a esta materia a propósito de la eventual vulneración del artículo 19 n°8 CPR, que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, de lo cual podemos concluir que su contenido considera tales derechos.

En este sentido, podemos destacar diversos aspectos abordados por los Tribunales Superiores de Justicia en la materia.

En primer lugar, se ha referido a la posibilidad de otorgar participación ciudadana en el procedimiento administrativo. Así ha quedado plasmado en el considerando 10º de la sentencia de la Corte Suprema en “Soto con Servicio de Evaluación Ambiental”, en el que declara que “(...) *interesa llevar a la participación ciudadana aquellos proyectos que, aunque produzcan beneficios sociales, generen cargas ambientales negativas*”³⁰.

Por otro lado, a propósito de la legitimación activa, en “Sociedad Química y Minera de Chile con Superintendencia del Medio Ambiente” señala el Ministro Sergio Muñoz Gajardo – en voto en contra-, que existe una diversidad de intereses que pueden y deben ser protegidos a través del derecho ambiental y que por tanto, en ese contexto “*nuestro ordenamiento jurídico ambiental contempla la intervención de terceros –absolutos o interesados- lo cual, además, debe vincularse bajo la luz del derecho de participación ciudadana que se encuentra ampliamente reconocido y que legitima la existencia de un ordenamiento ambiental.*”³¹

Recientemente, en la causa “Comunidad Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu con Comité de Ministros”, la Corte Suprema -en su considerando 13º- se refirió al objetivo de la participación ciudadana en materia ambiental, entendiendo que éste es, “*permitir que la comunidad pueda plantear sus observaciones y cuestionamientos desde la perspectiva medioambiental respecto de proyectos que deben ser evaluados ambientalmente*”³².

En cuanto a las obligaciones que debe cumplir el Estado en torno a la protección del art. 19 n° 8 CPR, en el caso “Toro con Parodi” la Corte Suprema confirma la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en cuyos considerandos 7º y 8º señala que es compromiso del

³⁰ “SOTO CON SERVICIO DE EVALUACION AMBIENTAL” (Corte Suprema 2019, 8)

³¹ “SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE” (Corte Suprema 2019, 41)

³² “COMUNIDAD ATACAMEÑA DE SAN FRANCISCO DE CHIU CHIU CON COMITÉ DE MINISTROS” (Corte Suprema 2020, 50)

Estado facilitar la participación ciudadana y permitir el acceso a la información ambiental, debiendo, para ello, establecer los mecanismos necesarios para asegurarla³³. A la vez, señala que ésta constituye una obligación del Estado y un derecho para la comunidad³⁴.

Finalmente, la Corte Suprema -entendiendo la participación ciudadana como un principio del derecho ambiental- se ha referido al deber de la autoridad de actuar propendiendo a la facilitación de ella. Así ha quedado plasmado en “Comunidad Indígena As Wal Lajep con el Servicio de Evaluación Ambiental”, en el, en su considerando 17° sostiene que *“la omisión del proceso de participación ciudadana legalmente requerido por los actores deviene, entonces, en ilegal, toda vez que impide el efectivo ejercicio del principio de participación consagrado en el Derecho Ambiental Chileno, que la autoridad debía acatar por imperativo legal, aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley”*³⁵.

Todas estas referencias nos permiten concluir que, a pesar de que participación ciudadana en materia ambiental no se incluye expresamente en el art. 19 n° 8 CPR, los tribunales superiores de justicia han entendido que forma parte de tal derecho. LEER SENTENCIAS PARA HACER UN ANALISIS MAS COMPLETO.

Existe, en este punto, una diferencia relevante en el tratamiento de la, marcada por la reforma de la institucionalidad ambiental. Antes de la dictación de la Ley N° 20.417, los conflictos relativos a participación en materia ambiental se resolvían mediante recursos de protección, existiendo una mayor judicialización de los conflictos socioambientales³⁶. La ley mencionada buscó revertir esa situación, dado que se diagnosticaba *“la necesidad de abrir un espacio en la toma de decisiones ambientales a las comunidades cercanas a actividades o proyectos (...)”*³⁷. Para lograr canalizar de forma sectorial las observaciones formuladas por las y los ciudadanos, se estableció el deber de consideración de dichas observaciones, así como el deber de fundamentación en las resoluciones de calificación ambiental (artículos 29 inciso 3° y artículo 30 bis inciso 4° de la Ley N° 19.300³⁸). Antes de la reforma, en cambio, las cuestiones de participación- y particularmente la consideración de las observaciones-, no afectaban la validez de la resolución de calificación ambiental³⁹. La ley 20.417, por tanto, conllevó la implementación de estándares más exigentes, así como la implementación de un mecanismo de participación ciudadana en que se consideraran debidamente las observaciones.

³³ (Ibid., 51)

³⁴ “TORO CON PARODI” (Corte de Apelaciones de Valparaíso 2020, 12)

³⁵ “COMUNIDAD INDÍGENA AS WAL LAJEP CON EL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL” (Corte Suprema 2020, 15)

³⁶ (Moraga, 2017, 180)

³⁷ (Moraga, Op. Cit. 182)

³⁸ Ibid., 183

³⁹ (Moraga, Op. Cit., 189)

Particularidades de la PAC

Las consideraciones anteriores nos permiten arribar a dos perspectivas desde las cuales abordar la participación ciudadana: el derecho a participación propiamente tal –a través de los artículos 1º incisos 4º y 5º, 5º inciso 1º, 113 inciso 1º, 118 incisos 2º y 4º y 119 inciso 2º-, o bien el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En principio, las instituciones destinadas a la participación ciudadana pueden emplearse para canalizar las inquietudes de la ciudadanía en materia medioambiental. Sin embargo, desde el punto de vista técnico, se ha hecho hincapié en que deben tenerse en cuenta ciertas particularidades para hablar de participación ciudadana ambiental.

Considerar esas particularidades es importante dado que, según señala Costa, parece haber una distorsión a la hora de evaluar los mecanismos de participación ciudadana, confundiendo las dimensiones de derecho sustantivo con las de derecho procedimental. De este modo, no puede asimilarse la participación en la gestión pública con hacer observaciones: pues los mecanismos de participación tienen un contenido mínimo que no se agota en la mera formulación de explicaciones⁴⁰.

Entre las variables a tener en consideración en la dimensión sustantiva, entendida como “el conjunto de deberes, derechos y obligaciones originados en las relaciones entre las personas, de las personas y cosas y entre las cosas”.⁴¹ Aquí se encuentran la *gestión de riesgos*, la cual siempre se encuentra presente en la toma de decisiones ambientales⁴²; la *deliberación*, pues en los conflictos ambientales conviven múltiples miradas y valores, tanto particulares como sociales⁴³; la *justicia ambiental*, dado que la participación ciudadana funciona como un vehículo para la consecución de una adecuada distribución de cargas ambientales⁴⁴; y el *acceso a la justicia*, dado que, éste cumple un rol “de control”, gracias al cual la participación ciudadana puede vigilar el poder del Estado y el uso que los funcionarios hacen del poder público⁴⁵.

Adicionalmente, existen tres funciones con las que la participación ciudadana ambiental debe cumplir: la función comunitaria, la función pública y la función privada.

En primer lugar, la función comunitaria da cuenta de que la participación ciudadana sirve “para reforzar la posición de las y los ciudadanos en la comunidad y para fomentar una cultura de

⁴⁰ (Costa y Belemmi 2017, 6)

⁴¹ (Velásquez, 1996, 323)

⁴² (Soto y Costa 2019, 243)

⁴³ (Ibid., 246)

⁴⁴ (Ibid., 247)

⁴⁵ (Ibid., 249)

cooperación y respeto a la diversidad, potenciando la vida en comunidad". Para que ello sea efectivo, es necesario que las observaciones de la comunidad tengan reflejo en la decisión final⁴⁶.

La función pública, por su parte, *"está relacionada con la legitimidad y la efectividad de las decisiones, así como con la búsqueda de un interés común"*. Se encuentra estrechamente ligada a la posibilidad de acceder a la información pública, como con la posibilidad de *incidencia* en la decisión final. Para que sea efectiva se requieren fórmulas de actuación duraderas e integradas que permitan identificar problemas e idear soluciones de forma conjunta. En materia ambiental, este punto cobra especial importancia, debido a que, dada la complejidad de los conflictos ambientales, no es posible para la Administración recopilar toda la información necesaria para tomar una decisión por sí misma, independiente de su capacidad técnica⁴⁷. Adicionalmente, como señala Torres, existe evidencia que sugiere que los conflictos ambientales, sobre todo los que han contado con una participación muy activa de la población mediante el aporte de ideas, información y posibles soluciones, suelen generar oportunidades de transformación positiva al instalar temas y opciones no consideradas previamente⁴⁸.

Finalmente, la función privada dice relación con la *"capacidad de dar cuenta de los intereses particulares que existen en juego, y lograr acuerdos"*. Para que sea efectiva, es necesario que se contemple a lo largo de todo el procedimiento la posibilidad de evaluar vías alternativas, de llegar a acuerdos, y que éstos sean reconocidos⁴⁹. En este sentido, es necesario fortalecer la capacidad de las autoridades y dirigencias locales, de los líderes de organizaciones de base y de la población en general sobre sus derechos como ciudadanos y sobre las rutas a seguir para llegar a acuerdos satisfactorios para todas las partes involucradas en estos conflictos⁵⁰.

Adicionalmente, Costa estima que debe contemplarse la deliberación – entendiendo como tal *"un proceso mediante el cual las ideas son compartidas y procesadas por un grupo de personas, con miras a llegar a ciertas determinaciones sobre cómo dar pie a esas ideas"*⁵¹– como dispositivo para dar un cumplimiento a la dimensión sustantiva del derecho a participación ciudadana ambiental, debido a tres variables relevantes en asuntos ambientales.

La primera de ellas dice relación con la necesidad de control del poder público, la cual – a pesar de estar presente en otras formas de participación- tiene una configuración especial en materia ambiental debido al paradigma de los derechos de acceso⁵², entendidos como *"el derecho al acceso*

⁴⁶ (Costa y Belemmi op. cit., 16-20)

⁴⁷ (Ibid., 20-22)

⁴⁸ (Torres 2013, 63)

⁴⁹ (Costa y Belemmi 2017, 25-26)

⁵⁰ (Torres 2013, 63)

⁵¹ (Costa 2020, 54)

⁵² (Ibid., 266)

*a la información, a 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”.*⁵³

La segunda se refiere a la falta de definición del interés público, el cual no está claramente delimitado por la ley. En efecto, una buena parte de los estándares ambientales requeridos para tomar una decisión sustentable no se consagran a nivel legislativo, sino que están dados por actos discrecionales de la autoridad administrativa. En este sentido, Jaria (citado por Costa)⁵⁴, señala que *“a mayor discrecionalidad que se le otorgue a los organismos de la Administración, mayor debiera ser también la necesidad de participación ciudadana, pues para llegar a una solución la Administración debe ponderar intereses”*⁵⁵.

Por último, la tercera, se refiere a la necesidad de entender el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como una norma finalista, por lo que la autoridad administrativa debe propender a él, debiendo entender, para ello, a los derechos de acceso como parte del mismo derecho⁵⁶.

Por eso, para poder llevarlo a cabo, es necesaria una discusión libre y abierta, en un marco predefinido por el derecho, que posibilite el diálogo entre los conocimientos tradicionales y científicos, los valores comunitarios y nacionales y las preferencias estatales y locales⁵⁷. Desde luego, esta visión ha sido blanco de críticas, que la califican como proyecto utópico. Sin embargo, como señala el autor, *“los mecanismos deliberativos no tienen por qué ser un juego de todo o nada, donde si no se dan las condiciones, entonces debemos entender una falla absoluta”*⁵⁸.

En apoyo de la dimensión sustantiva, y con el fin de lograr la operatividad del derecho de participación, la dimensión procedimental de la participación ciudadana ambiental debe tener en cuenta los principios de inclusión y oportunidad.

El principio de inclusión dice relación con que la diversidad de actores y pluralidad de intereses se representen debidamente en la institucionalidad ambiental, logrando de este modo incrementar los niveles de legitimidad social de las decisiones que allí se realizan⁵⁹. Algunos criterios que permiten evaluar la calidad de la inclusión son la *presencia de diversidad de actores*, cerrando

⁵³ (Costa, 2020, 149)

⁵⁴ (Jaria-Manzano 2008, 124)

⁵⁵ (Costa op. cit., 267)

⁵⁶ (Ibid., 268)

⁵⁷ (Costa, op. cit, 79)

⁵⁸ (Ibid., 264)

⁵⁹ (Cordero, Durán, Palacios, Rabi, Sanhueza y Urquiza 2017, 11)

brechas en torno a distancias, conocimientos técnicos y recursos financieros; y la *habilitación de capacidades*, que permita a los interesados desarrollar una participación sustantiva⁶⁰.

El principio de oportunidad dice relación a los resultados de la participación, de modo que la participación tenga los efectos esperados en un tiempo razonable. Este principio busca que el proceso de participación se realice en los tiempos adecuados para satisfacer las necesidades de los implicados. Algunos criterios que permiten evaluar la oportunidad son los *plazos claros y adecuados y flexibles*, que consideren las dinámicas y tiempos de las partes involucradas, el nivel de conocimiento de las temáticas relacionadas con el proyecto, el territorio y sus comunidades, y la necesidad de comprensión de lo anterior por parte de los distintos actores; y *plazos flexibles*, que se ajusten a los diferentes grados de complejidad y coordinación requeridas, considerando las dinámicas y urgencias de los diferentes actores involucrados⁶¹.

Establecida la importancia de la participación ciudadana medioambiental, así como su contenido, pasaremos a hacer una revisión de la consagración de la participación ciudadana a nivel constitucional, en general y en materia medioambiental.

Subcapítulo 2: Mecanismos constitucionales actuales de Participación Ciudadana.

En primer lugar, es importante resaltar que no toda forma participación ha de ser contemplada por una norma jurídica. Manifestaciones sociales como protestas, difusión a través de redes sociales o panfletos, entre otras, son todas muestras de participación⁶². Sin embargo – y sin restar, por ello, valor a las recién mencionadas muestras de participación-, en lo que sigue nos concentraremos en las formas de participación institucionalizadas contempladas por la Constitución.

A partir de las normas constitucionales, podemos distinguir tres tipos de participación ciudadana institucionalizada: participación política, participación administrativa y participación en la gestión pública, sin perjuicio de que haya una relación en el modo en que la participación ciudadana opera en cada uno de estos niveles⁶³.

⁶⁰ (Ibid., 12)

⁶¹ (Cordero, Durán, Palacios, Rabi, Sanhueza y Urquiza Loc. cit., 12)

⁶² (Costa 2020, 2)

⁶³ (Ibid., 104)

a. Participación Política

Para deslindar el concepto de la participación política, debemos distinguir dos conceptos: ‘soberanía popular’ y ‘participación política en sí misma’”. El primero de ellos se refiere al sujeto pueblo, esto es, una entidad colectiva, y tiene por propósito que las decisiones tomadas por la autoridad estén autorizadas por el pueblo. El segundo, en cambio, tiene por sujeto a los individuos, y lo que busca es maximizar las manifestaciones de voluntad individual⁶⁴.

En Chile, recoge en el artículo 5º inciso 1º CPR, en cuanto dispone que “*La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece*”, así como en el artículo 1º inciso 5º, en cuanto dispone que “*Es deber del Estado (...) 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*”.

Teniendo clara esta diferencia, es fácil notar que la soberanía popular se honra a simple vista en cualquier democracia. La participación política tiene, por tanto, mucho que ver con el modelo de democracia a escoger.

En materia ambiental, el derecho a la participación ciudadana, ejercido sólo a través de la participación política, a través de un voto, no es suficiente para satisfacer los estándares en esta materia. Como señala Sanhueza, “*la participación electoral ha dejado de ser suficiente en las democracias representativas. Por una parte, la ciudadanía ha ido perdiendo la confianza en quienes ocupan cargos de representación popular, lo cual ha significado un golpe fuerte en términos de credibilidad y legitimidad. Por otra parte, las personas progresivamente quieren tener mayor participación en las decisiones que les afectan, en especial aquellas que tienen impacto en los territorios donde viven*”⁶⁵.

A ello, Zeiss agrega que el voto voluntario y los altos niveles de abstención contribuyen a deslegitimar el proceso de toma de decisión. La autora identifica en la Constitución un obstáculo para la participación, postulando que en ésta no se visualiza participar como un derecho humano (debiendo entenderse como tal, según el artículo 23.1 de la CADH, incorporada a nuestro sistema jurídico a partir del artículo 5º inciso 2º CPR), sino un elemento muy restringido a ciertos procesos políticos y para ciertos actores⁶⁶.

⁶⁴ (Ibid., 21)

⁶⁵ (Sanhueza 2019, 20)

⁶⁶ (Zeiss 2018, 45)

De este modo, al hablar de medio ambiente, se vuelve patente la relevancia del tratamiento de la participación en sí misma, estas son, la participación administrativa y en la gestión pública.

b. Participación Administrativa y Gestión Pública

En principio, la participación administrativa se diferencia de la participación en la gestión pública en el ámbito de influencia que contemplan: la participación administrativa se limita a la participación en el procedimiento administrativo; la participación en la gestión pública, en cambio, se refiere a “un número mayor de espacios e instancias⁶⁷”. Sin embargo, debido a que el tratamiento doctrinal mayoritario no distingue entre ambas, refiriéndose a la participación administrativa como participación en la gestión pública, el presente trabajo tampoco efectuará dicha distinción.

La Participación en la Gestión Pública es un concepto que ha recibido mayor tratamiento en las Ciencias Políticas que en las Ciencias Jurídicas, sin que ello signifique que su concepto se encuentre del todo claro en dicha disciplina⁶⁸. La CIPCGP⁶⁹, empero, nos otorga una definición:

“Se entiende por participación ciudadana en la gestión pública el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como los de las comunidades y pueblos indígenas.”

Estimamos pertinente agregar a dicha definición el alcance que hace Parry, en cuanto manifiesta que el proceso de participación en la gestión pública involucra tres etapas: “tomar parte del proceso de formulación, aprobación y aplicación de las políticas públicas⁷⁰”.

La CIPCGP, además, se hace cargo en forma completa y propositiva de todos aquellos aspectos que resultan relevantes tomar en consideración al elaborar una política pública de participación ciudadana⁷¹. Entre las que consideramos más relevantes para el tema de análisis, se encuentran las siguientes:

Artículo 4º inc. 1º: La participación ciudadana en la gestión pública refuerza la posición activa de los ciudadanos y ciudadanas como miembros de sus comunidades, permite la expresión y la defensa de sus intereses, el aprovechamiento de sus experiencias y la

⁶⁷ (Costa 2020, 84)

⁶⁸ (Ibid., 85)

⁶⁹ Firmada por Chile en 2009

⁷⁰ (Parry 1992, 16 en Costa 2020, 75)

⁷¹ (Zanzi 2015, 3)

potenciación de sus capacidades, contribuyendo de esta manera a mejorar la calidad de vida de la población.

Artículo 5º: Desde el punto de vista de los gobiernos, la participación ciudadana en la gestión pública ayuda a abordar los conflictos y a propiciar acuerdos, así como a aumentar la legitimidad y efectividad de las decisiones.

Artículo 7º: Los poderes públicos fomentarán el ejercicio del derecho de participación ciudadana en la GP, destinando recursos, así como creando y potenciando las condiciones favorables para el ejercicio efectivo de este derecho, en especial de aquellos sectores en condición de exclusión y vulnerabilidad social.

Artículo 10º letra a): La PC en la GP se basa en los principios siguientes: a) Constitucionalización: los Estados Iberoamericanos procurarán constitucionalizar el reconocimiento del derecho de participación ciudadana en la GP y regularán los mecanismos, procedimientos y garantías que éste requiere.

Artículo 16º: Es derecho de la ciudadanía medir y evaluar los resultados e impactos de las políticas públicas; por tanto, los Estados Iberoamericanos facilitarán la intervención independiente de la sociedad en el seguimiento, evaluación y control de las mismas.

Artículo 18º: Por su especial relevancia, requieren un reforzamiento por parte de los poderes públicos, los mecanismos de participación relativos a: la protección del medio ambiente.

Artículo 23º: Para asegurar la debida representación social en los órganos de PC es necesario respetar el tejido social existente y acudir a convocatorias públicas y abiertas a las organizaciones sociales.

Artículo 27: Los Estados Iberoamericanos desarrollarán medios de participación que posibiliten la incidencia ciudadana en las políticas públicas, cualquiera que sea su ámbito territorial, y que den poder a la sociedad, independiente del nivel en que la PC se desarrolle, sea a través de la información, la comunicación, la consulta, la deliberación o la participación en la toma de decisiones.

Para comenzar con el análisis de las normas en cuestión, los artículos 4, 5 y 23 de la CIPCGP recalcan el rol activo de los ciudadanos y logro de acuerdos. La participación ciudadana en la gestión pública se erige como un mecanismo de consenso, entre la Administración y los particulares, que pueden tener (y, habitualmente, tienen) diferencias de intereses. Lo anterior ocurre por equilibrar los intereses de los involucrados en las decisiones dictadas al final de los procesos de gestión pública, además de su intervención en dichos procesos por medio de la participación pública, cual debe realizarse en el marco en el principio de igualdad entre los involucrados.

Respecto a los artículos 7 y 10 sobre la constitucionalización de la participación ciudadana en la gestión pública; el texto del artículo ordena constitucionalizar el derecho de participación ciudadana en la gestión pública, especialmente en el artículo 10 de la CIPCGP, cuya intensidad nos permite colegir la existencia de un “mandato fuerte”. En otras palabras, lo que exige la disposición no es la consagración “implícita” del derecho de participación (por ejemplo, por medio de un derecho de petición, o una interpretación jurisprudencial que entienda incluida la participación a propósito de una o más disposiciones constitucionales), sino su incorporación expresa por medio de una cláusula de la parte dogmática (es decir, estableciendo un derecho fundamental). En este punto, hay que mencionar los estándares que impone el tratado, cuales comprenden, entre otros la legitimidad, la efectividad, la existencia de condiciones favorables y de igualdad, sobre todo respecto de las comunidades vulnerables que deben soportar las cargas ambientales de forma desproporcionada.⁷²

Finalmente, en razón de los artículos 16 y 18, es un deber del Estado abrir procesos de participación ciudadana no solo antes de la aprobación del proyecto, sino posteriormente, durante su ejecución. Esto se traduce en que los organismos públicos a cargo de la supervigilancia de las actividades autorizadas deben abrir espacios a la participación de la ciudadanía en esa evaluación y fiscalización, existiendo así un control permanente de la ciudadanía en torno a los proyectos ambientales que vayan a afectar su territorio en particular, dando cumplimiento a las disposiciones anteriores, cumpliéndose con los estándares mínimos de legitimidad e información dentro del proceso, garantizando los derechos fundamentales de sus participantes.

Adicionalmente, la CIDH ha manifestado -en la opinión consultiva OC-23/17- lo siguiente:

“La participación pública representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar,

⁷² (Infante, 2016, 144)

indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales.

(...) Por tanto, esta Corte estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente.”⁷³

La Constitución chilena no consagra expresamente la participación ciudadana en la gestión pública. Sin embargo, toda vez que se refiere a instituciones encargadas de hacer efectiva la participación en cuestiones de interés público, podría interpretarse que ésta se contiene en los artículos:

Artículo 113 inciso 1°: *El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende.*

Artículo 118 incisos 2°, 4° y 7°:

La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.

Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

Las municipalidades podrán establecer en el ámbito de las comunas o agrupación de comunas, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva, territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo equilibrado y a una adecuada canalización de la participación ciudadana.

Artículo 119 inciso 2°: *El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y*

⁷³ (CIDH Opinión Consultiva OC 23-17, párrafos 226 y 231, 91-92)

fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.

De lo anterior, se colige que la Constitución ofrece como una mera posibilidad interpretativa la existencia de procesos de participación, en los cuales la ciudadanía tenga mayor incidencia (por ejemplo, en asuntos ambientales, influyendo sobre aspectos como el emplazamiento del proyecto, su diseño, y particularmente, en la adopción de medidas de mitigación), no un deber del Estado y sus órganos que se siga claramente del texto. En la misma jerarquía, encontramos otro tipo de participación en el cual el rol de los ciudadanos se limita a manifestar sus opiniones, sin que ellas tengan mayores efectos sobre las tramitaciones en que se producen. La primera alternativa mencionada no se ha seguido, por razones políticas y jurídicas. Ahora bien, si consideramos la suscripción y ratificación de ciertos instrumentos internacionales por el Estado de Chile (en especial, la CIPCGP y el Principio 10 de la Declaración de Río), concluiremos que tiene el deber de implementar procesos de participación que se avienen más con la primera alternativa interpretativa, que con la segunda.

La lectura conjunta de estos instrumentos y el ordenamiento jurídico nacional nos permite inferir que el Estado de Chile tiene ciertos deberes, que no se satisfacen con los estándares que actualmente contempla la legislación chilena en materia de participación ciudadana, porque desde el punto de vista doctrinal y de estos instrumentos internacionales, la participación debe tener los estándares de legitimidad, simetría de información, vinculatoriedad y garantía de los derechos fundamentales.

La CIPCGP posee la categoría de tratado internacional, suscrito y ratificado por Chile. por ende, forma parte del ordenamiento jurídico chileno e impone ciertos deberes al Estado de Chile.

Primero que nada, debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿es la participación ciudadana en proyectos ambientales una forma de participación en la gestión pública? Nuestra respuesta es afirmativa en razón de que, por gestión pública entendemos que es *“la correcta administración de los recursos del Estado para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos e impulsar el desarrollo del país (...), está conformada por los entes institucionales y los procesos a través de los cuales el gobierno planifica e implementa políticas, distribuye bienes y servicios y regula con el objetivo de dar curso a sus funciones”*⁷⁴. En consecuencia, un ejemplo de lo anterior puede ser el diseño, evaluación y aprobación de proyectos en materia ambiental.

⁷⁴ Definición obtenida de <https://eiaposgrado.edu.pe/blog/que-es-la-gestion-publica/>. Consultado con fecha 20 de septiembre de 2020.

Dado lo anterior, si al Estado de Chile se le exige cumplir con ciertos estándares emanados de la CIPCGP, ¿estos se están cumpliendo a nivel constitucional?

Como podemos ver, el estándar que impone la CIPCGP es muy exigente. El peso que le da a los ciudadanos en la toma de decisiones es muy grande, versus la realidad que se vive en Chile, en donde *“el rol que se lo otorga a los ciudadanos en la protección ambiental no es significativo, y la participación no está asegurada para generar una real influencia en las decisiones de la autoridad”*⁷⁵, y esto ocurre principalmente porque el contenido que entrega la CPR en la materia es bastante amplio, sumado a que la jurisprudencia reciente ha entendido que la participación ciudadana forma parte del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

A pesar de lo anterior, una posibilidad de cambio en esta materia existe. El Estado de Chile tiene deberes en virtud de la ratificación de este tratado internacional, y estos deberes ciertamente se aplican en materia ambiental porque la participación ambiental es un ejemplo de participación en la gestión pública.

A su vez, estas disposiciones reciben mayor desarrollo en la Ley 19.175 (LOGGAR) y la Ley 18.695 (LOCM). Fuera ya del nivel constitucional, estas normas conversan con la Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

La regulación de la participación en la gestión pública ambiental se encuentra recién a nivel legal y reglamentario, contenida en la Ley 19.300 (LBGMA) y en el Decreto 40/13 (Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental). Sin embargo, considerando que al evaluar las vías administrativas para abordar cuestiones ambientales nos encontramos con una regulación fragmentada, en la que diversos ministerios y órganos del Estado tienen funciones asignadas sobre elementos que componen el medio ambiente – y que dentro de las cuales, cada una, obedece a objetivos sectoriales muy específicos-, no podemos dejar de mencionar algunas instancias de participación que se dan fuera del marco de la ley N° 19.300.

Entre las más relevantes podemos mencionar la participación ciudadana introducida por la Ley N° 20.958, de 2016, en la LGUC, específicamente en el acápite que trata sobre la creación y modificación de planes reguladores⁷⁶; y el procedimiento de consulta indígena, el cual –además de contar con regulación en el RSEIA- es tratado en el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de

⁷⁵(Lara, Letelier, 2017, 308)

⁷⁶ (Costa 2020, 148)

Desarrollo Social que regula el procedimiento de Consulta Indígena del Convenio 169⁷⁷. Adicionalmente, existen algunas iniciativas como el Programa de Recuperación para Territorios Ambientalmente Vulnerables⁷⁸ y la Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía⁷⁹, las cuales contemplan una fase de consulta pública.

A pesar de esto, se considera que la participación ciudadana a nivel legal no está bien diseñada al no cumplir con los estándares doctrinarios. Partiendo porque la CPR es amplia, ofrece diversas interpretaciones, siendo esto el fundamento de los órganos legislativos para seguir una u otra alternativa.

Hecha la distinción, puede vislumbrarse que en nuestra regulación la participación ciudadana puede ser subsumida en la categoría de participación en la gestión pública, en virtud de que el desarrollo de nuestra regulación relativa a la materia se ha abordado principalmente a través de diversos instrumentos de gestión.

Sin perjuicio de dicha conclusión, cabe destacar que la subsunción de la participación ciudadana ambiental bajo la categoría de participación en la gestión pública se entiende sin desconocer la relación que existe entre los tipos de participación, dado que el modelo democrático – participación política- en el que se encuentren la participación en la gestión pública y administrativa juega un papel importante en el modo en que éstas se desarrollen y que, desde luego, haya modelos más favorables para dicho propósito que otros⁸⁰; y de que la implementación cabal de las ideas que provienen del Principio 10 – que proporcionan una visión clara de transparencia, justicia y acceso a la información- son base, y por tanto, ayudan a la profundización de la democracia⁸¹.

Ahora bien, revisadas las disposiciones constitucionales referidas a la participación, podemos notar que, tratándose de participación en la gestión pública, nuestra Constitución parece hacer un tratamiento de la participación a través de los órganos que deberán hacerla efectiva, sin otorgar información respecto al procedimiento ni al contenido de ésta. Si bien a nivel legislativo y reglamentario –como se verá en el capítulo siguiente- se desarrollan mecanismos de participación ciudadana, abordar el tema desde la misma Constitución podría ser deseable, en virtud que es en ella donde se define la orgánica del Estado y se distribuye el poder, propendiendo así hacia una

⁷⁷ (Infante Op. cit.,152)

⁷⁸ (Ibid.,150)

⁷⁹ (Ibid.,154)

⁸⁰ (Costa, op. cit., 143)

⁸¹ (Torres 2013, 65)

construcción que permita un efectivo control de los poderes públicos y que, al mismo tiempo, tenga capacidad transformadora⁸².

En este sentido, es importante tener un panorama de las formas en que está consagrada la participación a nivel constitucional en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional S/N/1988, del 29 de febrero de 1998 –recaída en el proyecto de la LOCM-, en el cual fija su doctrina respecto a la vinculatoriedad de los procesos de consulta establecidos en la Constitución.

En medio ambiente, la vinculatoriedad de la participación ciudadana ha sido un tema de enorme discusión, que no pasó inadvertido durante la discusión de la Ley N° 20.417 – con la cual se instauran los principales instrumentos de gestión ambientales- durante la cual se hicieron alcances en múltiples ocasiones respecto al hecho de que las instancias participativas que instaura la ley no contemplan participación en la fase resolutive⁸³ provocando la inquietud de los sectores que veían en ella una posibilidad de “*mejorar en el ámbito de la distribución del poder*”⁸⁴. A ellas, el entonces diputado Felipe Harboe y la entonces ministra presidenta de la Comisión Nacional de Medio Ambiente, Ana Lya Uriarte, respondieron haciendo mención a dicho pronunciamiento.

El diputado expresó, refiriéndose al reglamento que regula la participación, que:

“Éste es un punto central. Creo que estamos en una democracia lo suficientemente madura para que los ciudadanos no sólo opinen y participen en los proyectos, sino que su opinión también sea vinculante. Pero en su momento no observamos que el texto que estableció la Cámara de Diputados adolecía de un vicio de inconstitucionalidad, porque al establecer en la ley que la participación debía ser informativa, consultiva y resolutive, lo que estábamos haciendo era entregarle a la opinión de los ciudadanos el carácter de vinculante, cosa en la cual, en lo personal, creo que debemos avanzar, pero que, desde el punto de vista de la técnica legislativa, no corresponde. Digo esto, porque soy autor del proyecto que establece los plebiscitos vinculantes como forma de regulación de los planos reguladores comunales, para que nunca más un alcalde pueda modificar el plano regulador sin preguntar a los vecinos. Pero para hacer ese proyecto, tuve que ingresar a la Comisión de Constitución de esta Cámara un proyecto de reforma constitucional, porque en sentencias recurrentes del Tribunal Constitucional pude observar que señalan la imposibilidad de que por medio de

⁸² (Jaria-Manzano 2019, 424)

⁸³ (Historia de Ley N° 20.417 2010, 361, 380, 469)

⁸⁴ (Ibid., 476)

una ley se establezca que la participación ciudadana es vinculante y obligatoria para la autoridad. En consecuencia, lo que se requiere es una reforma a la Constitución.⁸⁵”

Por su parte, la ministra expresó que:

“En lo que se refiere específicamente a la participación ciudadana en la evaluación ambiental estratégica, con toda razón el diputado Harboe señaló que hoy tenemos absoluta claridad respecto de que una participación ciudadana de carácter resolutivo, es decir, vinculante, resulta inconstitucional de acuerdo al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que viene declarando en forma sistemática que no es constitucionalmente admisible la participación vinculante, salvo mediante los instrumentos que la Constitución permite, es decir, votaciones populares y plebiscitos, que no es el caso.⁸⁶”

El fallo al que se hace alusión aborda la participación ciudadana en sus considerandos 30 al 33. El primero de ellos se refiere al artículo 55 letra 1) del proyecto, que establecía que el alcalde, con acuerdo del Consejo de Desarrollo Comunal, podría "requerir la opinión de la comunidad local respecto a medidas concretas o inversiones específicas de desarrollo comunal y establecer el procedimiento para tal efecto". Adicionalmente, el artículo 82 disponía que para dichos fines *“en cada municipalidad se abrirá un registro en el cual podrán inscribirse voluntariamente los ciudadanos y los extranjeros avecindados en el país por más de cinco años que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Constitución Política y tengan domicilio en la respectiva comuna”⁸⁷.*

Respecto a éstos, el Tribunal entendió que para conocer la opinión de la comunidad, se estaba contemplando la apertura de un registro en el cual podrían inscribirse las personas que cumplieren con los requisitos establecidos en el artículo 82. A partir de ello, estimó que la norma estaba concediendo a los alcaldes –con acuerdo del Consejo de Desarrollo Comunal- la facultad, sin restricciones, para establecer el procedimiento con el propósito de cumplir tal objetivo⁸⁸, de modo que consideró que dichas normas eran inconstitucionales, debido a que se contraponían al artículo 15 inciso 2º CPR, el cual establece que *“Sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución”*, pues *“al facultar a las autoridades comunales para determinar el procedimiento conforme al cual se oirá la opinión de la comunidad*

⁸⁵ (Historia Ley N° 20.417 2010, 1222)

⁸⁶(Ibid., 1223)

⁸⁷ (SENTENCIA RECAIDA EN EL PROYECTO DE LEY ORGANICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES 1998, 6)

⁸⁸ (SENTENCIA RECAIDA EN EL PROYECTO DE LEY ORGANICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, Loc. cit.)

local, sin reservas ni limitaciones de ninguna índole no se excluye, sino que por el contrario implícitamente se permite, que establezcan un sistema de votación popular, o similar, que la Constitución reserva, exclusivamente, para las elecciones y plebiscitos previstos en ella”.

De este modo, se entendió que los únicos sistemas de participación vinculante que tendrían cabida en nuestro sistema, según el Tribunal Constitucional, serían los mencionados en el artículo 15 inciso 2º, que, finalmente, son los que contempla la Ley General de Votaciones y escrutinios, por lo que se estimó que la participación resolutive en los procesos de participación ciudadana que contempla la Ley 20.417 era una cuestión fuera de juego.

Ante este panorama, la consagración de la participación ciudadana en cuestiones ambientales a nivel constitucional aparece como deseable. Tal mención no es novedosa en el derecho comparado: para el año 2015, se encontraba consagrada en las constituciones de Brasil, Colombia, Ecuador, Eritrea, Etiopía, Finlandia, Francia, Islandia, Kosovo, Polonia, Tailandia, Zambia⁸⁹ y Venezuela. Más allá de los diversos problemas específicos que aparecen en cada uno de éstos sistemas, como lo son la tensión entre las disposiciones constitucionales que protegen la industrialización y aquellas que buscan el cuidado del medio ambiente en Bolivia⁹⁰, la falta de capacidad para participar en Colombia⁹¹ o el nivel de consulta en Venezuela⁹² nos llama la atención el caso de la Constitución Suiza de 1999, la cual a pesar de no consagrar la participación ciudadana en cuestiones ambientales de manera específica, presenta una particularidad que es digna de análisis.

La experiencia de la Constitución Suiza

La Constitución Suiza da por sentado que la participación ciudadana –de modo genérico- es un derecho, de modo que no la aborda en su Constitución como tal, sino que regula directamente mecanismos participativos concretos. Sin embargo, según describe Soto, tales mecanismos se conjugan con diversos elementos en la Constitución: procedimientos desarrollados a través de una estructura descentralizada de Estado federal, que supone grados crecientes de participación desde el nivel local hasta las estructuras superiores; la ejecución de leyes federales se lleva a cabo a través de cantones y supone además consultas frente a la elaboración de normativas a aplicarse en su territorio, municipios que contemplan mecanismos particulares de participación directa, instituciones políticas

⁸⁹ (Costa y Burdiles 2019, 209)

⁹⁰ (Gudynas 2009, 44)

⁹¹ (Bustamante 2010, 203)

⁹² (Gómez 2008, 12)

caracterizadas por gabinetes de amplias coaliciones, sistemas multipartidistas, equilibrio de atribuciones con que cuentan el poder Ejecutivo y Legislativo, entre tantos otros⁹³.

De este entramado de elementos puede vislumbrarse que la regulación de mecanismos de participación, que permitan hacer efectivo el derecho a participación ciudadana, no puede olvidar que es todo un modelo institucional y orgánico el que se estructura en este sentido. Es cierto que la constitución suiza toma una decisión en cuanto a la forma en que elige regular la participación ciudadana, pues existe un debate en torno a si en la regulación de la materia en lo relativo a medio ambiente debe hacerse como principio, derecho o mecanismo⁹⁴. Sin embargo, estimamos que en cualquier caso, para llevarse a la práctica se requiere de la existencia de un ordenamiento jurídico que contemple, tanto a nivel constitucional como legal, mecanismos que la hagan viable con los estándares adecuados para cumplir con sus propósitos.

De la experiencia suiza ha sido posible concluir que existe una directa relación entre la participación local y el compromiso de los ciudadanos en procesos participativos cantonales y federales, que la experiencia en estos procesos promueve la eficacia política y estimula el debate público, produciendo un efecto integrador y legitimador⁹⁵. En definitiva, entender que son muchos los elementos que se conjugan para la concreción efectiva del derecho a participación (regulada, en este caso, como mecanismo) da buenos resultados, pues no basta con que el derecho a la participación sea reconocido: también se hace necesario el establecimiento de escenarios para su ejercicio como una obligación por parte del Estado⁹⁶. En lo que sigue, nos enfocaremos en dos elementos que consideramos relevantes – la distribución del poder y el territorio-, para luego pasar a una descripción de la situación actual de nuestro sistema en lo que se refiere a instancias de participación ciudadana.

⁹³ (Soto 2019, 382)

⁹⁴ (Soto y Costa Op. cit., 237)

⁹⁵ (Ibid., 381)

⁹⁶ (Rodríguez 2009, 12)

CAPITULO 2: Distribución constitucional del poder decisional a nivel territorial en Chile y los inconvenientes que este presenta para la protección del medio ambiente.

Para poder comprender la viabilidad en la implementación de los estándares necesarios para la participación ciudadana en materia ambiental ya desarrollados, es necesario tener claro cómo se distribuye el poder en nuestra Constitución. Esta distribución, como se verá, está estrechamente relacionada con la organización territorial.

Por ello, para entender el desarrollo y la situación actual de la materia, se abordará en primer lugar la distribución del poder y cómo este es desarrollado en nuestra Constitución, explicando cómo se ha entendido la descentralización del Estado, poniendo atención, particularmente, a la excesiva cantidad de facultades que concentra el Presidente de la República y a las consecuencias que dicha concentración de poderes supone para la toma de decisiones en materia ambiental y los nocivos efectos que esto causa en la participación ciudadana en esos asuntos. Junto con esto, expondremos cómo la Constitución divide el territorio nacional, y el nivel de poder que le asigna a cada una de las unidades territoriales.

Posteriormente, teniendo presente que existen altos estándares doctrinales para la participación ciudadana ambiental, y entendiendo la forma en que se distribuye el poder, nos referiremos a las distintas instancias de participación ambiental en la gestión pública en Chile, partiendo por las instancias generales, para continuar con los instrumentos de gestión ambiental.

Finalmente, se realizará un análisis de las principales deficiencias de los mecanismos de participación, que resultan como consecuencia de las disposiciones constitucionales ya vistas.

Subcapítulo I: La distribución del poder en la Constitución Política de la República

Se habla de las consecuencias a nivel territorial y sobre todo local de la implementación en nuestro país de la llamada “Constitución Neoliberal”, en 1980; del privilegio que gozan los privados en desmedro de la ciudadanía y sus intereses en materias ambientales.

Para comprender con mayor claridad dicha intuición, a continuación, se efectuará un análisis de la distribución del poder de nuestra CPR y cómo la diferenciación y jerarquía de las funciones de Gobierno y Administración afectan a la participación ciudadana en materia ambiental y su relación con la organización territorial.

La distribución del poder público

Chile ha tenido una tradición unitaria jamás interrumpida⁹⁷. En la Constitución actual, esta característica se encuentra consagrada en el art. 3 CPR:

Artículo 3º. El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley.

¿Qué significa que el Estado sea unitario? Significa que Chile tiene una forma de Estado en la que el poder existe en un solo centro de autoridad, que extiende su accionar a lo largo de todo el territorio⁹⁸.

A su vez, un Estado Unitario puede ser centralizado, descentralizado y desconcentrado. La organización histórica del poder en Chile ha sido la centralización, lo cual significa que todas las funciones y atribuciones del país son concentradas en un núcleo, siendo las autoridades locales generalmente meros ejecutores⁹⁹. La figura que concentra este gran poder desde el centro, en el caso de Chile, es el Presidente de la República.

Para entender cómo se encuentra consagrado dicho poder en la Constitución, es necesario detenerse en la distinción que ésta hace entre Gobierno y Administración¹⁰⁰.

La distribución del poder público se encuentra contenida en los Capítulos IV y XIV de la CPR. El primero de ellos –que regula al Presidente de la República y a los Ministros de Estado, con una breve mención a las Bases de la Administración Pública- se denomina “Gobierno”, el segundo –que regula las autoridades a nivel regional, provincial y municipal- se denomina “Gobierno y Administración”. Esta distinción no es baladí, dado que las funciones de Gobierno y Administración tienen orientaciones muy distintas.

La función de gobierno es aquella que comprende potestades políticas decisorias¹⁰¹, buscando establecer las directrices o grandes orientaciones que deben regir el funcionamiento de los órganos públicos para alcanzar determinados objetivos¹⁰². Es aquí donde se conciben las políticas globales y

⁹⁷ (Bruna, 2003, 89)

⁹⁸ (Varela, E. en

https://www.google.com/search?q=que+significa+que+estado+sea+unitario&rlz=1C1CHBD_esCL916CL916&oq=que+significa+&aqs=chrome..69i57j69i59j0i457j0l5.4756j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8.)

⁹⁹ (Guajardo, González y García, 1)

¹⁰⁰ (Caldera, 2016, 206)

¹⁰¹ Fernández 152

¹⁰² (Caldera, Op. cit., 205)

sectoriales, la determinación de prioridades y la asignación de medios materiales y recursos financieros para su consecución¹⁰³. Es, en definitiva, el ejercicio del poder¹⁰⁴.

Esta función es, indudablemente, de mayor jerarquía que la función administrativa, que consiste en ejecutar y materializar políticas, planes y programas¹⁰⁵. Evidentemente, no por ello cuenta con poca importancia: es una función imprescindible, dado que sin ella no sería posible concretar las metas que establece el Gobierno. Sin embargo, el poder decisorio con el que se cuenta es significativamente menor, restringiéndose a decisiones relativas a materialización de planes ya diseñados por el Gobierno.

Considerando esta distinción, pasamos al análisis de los órganos que constituyen al Gobierno Nacional y al Gobierno y Administración Regional:

a. *El Gobierno Nacional*

El Capítulo IV de la CPR contempla dos órganos: el Presidente de la República y los ministros.

Al Presidente de la República le corresponden, según señala el artículo 24 inciso 1º, el Gobierno y la Administración del Estado. Los demás órganos de la Administración del Estado *colaboran* con él en estas tareas (artículo 1 LOCBGAE).

A través del tiempo, se han ido reforzando progresivamente las atribuciones y potestades del Presidente de la República¹⁰⁶. Actualmente, sus potestades pueden clasificarse en *generales* – contenidas en el artículo 24- y *especiales* – numeradas en el artículo 32¹⁰⁷-, creándose, así, un abanico de atribuciones de orden legislativo, político, administrativo, económico, internacional, judicial y militar¹⁰⁸, a través de las cuales el Presidente de la República adquiere el poder de decisión a lo largo de todo el territorio nacional en las más diversas materias.

Por otra parte, los Ministros de Estado, según señala el artículo 33 inciso 1º, son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el Gobierno y Administración del Estado. En específico, son órganos superiores de colaboración de sus respectivos sectores (Artículo 22 LOCBGAE inciso 1º). Para tales efectos, deberán *proponer* y evaluar las políticas y planes correspondientes, y estudiar y *proponer* las normas aplicables a los sectores a su cargo (inciso

¹⁰³ Ibid. 206

¹⁰⁴ Ibid. 205-206

¹⁰⁵ Ibid. 206

¹⁰⁶ (Ruiz-Tagle, 2014, 230)

¹⁰⁷ Loc. cit.

¹⁰⁸ Loc. cit.

2º). Adicionalmente, tendrán la responsabilidad de la conducción de sus respectivos Ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que el Presidente de la República imparta (Artículo 23 LOCBGAE inciso 1º).

b. El Gobierno y Administración Regional

Fuera del contenido del Capítulo IV, entramos en terreno del “Gobierno y la Administración”. La distribución del poder se encuentra, en lo que sigue, en íntima relación con la organización del territorio, dado que en este capítulo la materia se aborda a través de títulos que se refieren a determinadas unidades territoriales, para luego establecer los órganos del Estado a los cuales se otorgan facultades de Gobierno y/o Administración. Así lo señala el artículo 110 inciso 1º:

Artículo 110 inciso 1º. Para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas.

Inmediatamente después, el constituyente procede al tratamiento de “el Gobierno” –que, según se verá, no es tal- y la administración regional. Tras la reforma constitucional de la ley 20.990, del año 2017, se crearon dos figuras: un Gobernador Regional, elegido democráticamente por los ciudadanos, y un Delegado Presidencial, al que se confieren las funciones de gobierno interior. Esta modificación produjo un cambio horizontal en las función de Gobierno y Administración Regional. Donde antes existía un intendente, que concentraba las funciones de Gobierno y Administración Regional (por medio de la Intendencia Regional y el Gobierno Regional, respectivamente), existen hoy dos figuras: un Delegado Presidencial Regional, a cargo de la función de gobierno, y un Gobierno Regional, a cargo de la administración regional. En consecuencia, en lo que se refiere a la distribución del poder, la reforma solo modificó el superior jerárquico del directo del Gobierno Regional, que tiene facultades administrativas exclusivamente. Siendo así, la función de gobierno sigue radicada en un funcionario designado directamente por el Presidente de la República. Por si no fuera suficiente que el Gobierno Regional no gobierne, incluso sus potestades de administración se ven limitadas, a pesar de los intentos de la reforma por mejorar sus competencias para llevar a cabo las funciones que le son encomendadas constitucionalmente. Esto es así porque “*el Gobierno Regional se organiza como una institución semiautónoma, altamente dependiente de la administración central, tanto en términos económicos como políticos*”¹⁰⁹.

Lo primero que señala la Constitución a este respecto, en el artículo 111 incisos 1º y 2º, es que la Administración superior de cada región reside en un *Gobierno* regional, compuesto por un gobernador

¹⁰⁹ (Henríquez, Op. cit., 7)

regional y el Consejo Regional –ambos electos por votación popular-, a los cuales les corresponderá la supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos que dependan o se relacionen con el gobierno regional.

El inciso tercero, por su parte, se refiere particularmente al Gobernador Regional, señalando que será el órgano ejecutivo del Gobierno Regional, correspondiéndole ejercer las funciones y atribuciones que la Ley Orgánica Constitucional determine –las cuales consisten, principalmente, en el diseño y formulación de políticas y planes regionales, previo acuerdo del Consejo Regional-, en coordinación con los demás órganos y servicios públicos creados *para el cumplimiento de la función administrativa*.

No puede dejar de llamar la atención que el artículo 111 disponga que “la *Administración* de cada región reside en un *Gobierno*”. Esto ha provocado que la doctrina manifieste que, a pesar de llevar el nombre de *Gobierno*, éstos no gobiernan, sino que solo tienen funciones de Administración, señalando de paso que no tienen funciones relevantes, y que su representatividad es nula y manejada por las directivas de los partidos políticos¹¹⁰.

Por su parte, el artículo 113 se refiere al Consejo Regional, señalando, en su inciso 1°, que será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional –según ya se señaló en el capítulo anterior- y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende –que consisten, básicamente, en la aprobación de planes y políticas formulados por el Gobernador-.

La tercera figura a la que se atribuye poder en este nivel territorial, es el Delegado Presidencial Regional, el cual, según señala el artículo 115 “*ejercerá las funciones y atribuciones del Presidente de la República en la región, en conformidad a la ley. El delegado presidencial regional será el representante natural e inmediato, en el territorio de su jurisdicción, del Presidente de la República y será nombrado y removido libremente por él. El delegado presidencial regional ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República*”.

Finalmente, el inciso 2° agrega que “*Al delegado presidencial regional le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un Ministerio*”.

¹¹⁰ (Bruna, Op. cit., 95)

c. El Gobierno y Administración Provincial

En lo que refiere al Gobierno y la Administración Provincial, se contempla un solo órgano: la delegación presidencial provincial, el cual –según señala el artículo 116 inciso 1º- “*será un órgano territorialmente desconcentrado del delegado presidencial regional*”. A su cabeza, se encuentra un Delegado Presidencial Provincial, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República.

A este último corresponde –en virtud del inciso 2º- “*ejercer, de acuerdo a las instrucciones del delegado presidencial regional, la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia*”.

Adicionalmente, el artículo 117 contempla un órgano eventual, el cual es un encargado designado por el delegado presidencial provincial para el ejercicio de sus facultades en una o más localidades.

d. La Administración Comunal

A estas alturas podemos notar que, en lo que se refiere a la transferencia de poder a unidades locales, en Chile se ha avanzado más bien en lo administrativo, mas no en las potestades de gobierno¹¹¹. Las municipalidades no escapan a esta configuración. En ellas, esta tendencia se acentúa toda vez que en ellas sólo opera la función de Administración local¹¹².

Por añadidura, las municipalidades tampoco son administradoras en términos generales, pues sus atribuciones están consagradas taxativamente en la LOCM. El problema que encontramos aquí es que estas atribuciones se presentan de una manera amplia y poco clara, como, por ejemplo, la colaboración en la fiscalización y cumplimiento de normas medio ambientales, por lo que no contribuyen a delimitar su campo de acción. Sumado a lo anterior, “*la mayoría de los municipios no tiene recursos suficientes, ni competencia específica, para ocuparse de otro tipo de políticas que, sin embargo, los afecta directamente como es el caso de las habitacionales, de educación, salud y acción social*”¹¹³, cuya administración se encuentra a cargo de distintos órganos sectoriales¹¹⁴.

Los órganos encargados de llevar a cabo y concretizar la función de las municipalidades, de acuerdo a los artículos 118 inciso 1º y 119 inciso 1º, corresponden al alcalde y el Consejo Regional, ambos electos por democráticamente a través de votación directa por un período de 4 años con derecho a reelección y sin posibilidad de revocación por el Presidente de la República¹¹⁵.

¹¹¹ (Bruna, Op. cit., 91)

¹¹² (Caldera, Op. cit., 206)

¹¹³ (Aguilar, 1993, 20)

¹¹⁴ (Cordero, 2007, 272)

¹¹⁵ (Vial, 2014, 8)

Dentro de las potestades del Alcalde, quien es la máxima autoridad de la municipalidad, se encuentran dirigir, administrar y supervigilar el funcionamiento municipal. En cuanto al Consejo Regional, el cual es el órgano normativo, resolutivo y fiscalizador de la municipalidad, se encuentra hacer efectiva la participación ciudadana en el desarrollo de la comuna¹¹⁶.

La distribución del poder con la sociedad

No es posible entender la distribución del poder sin considerar a dos actores importantes: la sociedad civil –cuya mayor realización espiritual y material posible, en virtud del artículo 1º CPR, debe orientar el actuar del Estado- y el sector privado –quienes poseen el mayor poder adquisitivo y económico del país, por lo que gozan de gran influencia.-. En lo siguiente, se analizan los mecanismos constitucionales de participación de cada uno de ellos.

a. Sociedad civil

Los mecanismos constitucionales de participación en la toma de decisiones disponibles para la ciudadanía, según lo analizado en el primer capítulo, pueden distribuirse en dos grupos: Participación Política –esto es, a través del sufragio- y Participación en la Gestión Pública – a través de los órganos del Estado a los cuales les ha sido encomendada la misión de hacer efectiva la participación ciudadana, o bien, en materia medioambiental, a través de las instancias de participación contempladas en los instrumentos de gestión establecidos en la Ley 19.300, toda vez que la participación, en esta materia, ha tenido un reconocimiento por parte de la judicatura como parte del contenido del artículo 19 n°8, establecido en la CPR-.

Entre las autoridades con funciones de Gobierno que la ciudadanía puede escoger democráticamente, se encuentra únicamente el Presidente de la República. Adicionalmente, a nivel regional y local, la ciudadanía puede participar en la elección de Gobernadores Regionales, Consejeros Regionales, Alcalde y Consejeros Municipales. Sin embargo, como ya se analizó, éstos no cuentan más que con funciones administrativas. El Gobierno de cada una de dichas unidades territoriales, así como de las provincias, se encuentra a cargo de un Delegado Presidencial, designado por el Presidente de la República.

Una segunda forma de participar se concreta a través de las instancias de participación puestas a disposición por los órganos encargados de hacer efectiva la participación ciudadana establecidos en la CPR – los cuales, cabe recordar, no gobiernan, sino que sólo administran-. A su vez, éstas pueden clasificarse en dos tipos: aquellas establecidas expresamente en las leyes orgánicas constitucionales a nivel regional y municipal, y aquellas que no se encuentran contempladas expresamente en la ley,

¹¹⁶ (Vial, Op. cit., 8)

y que son puestas a disposición por cada órgano regional y comunal, en función del mandato constitucional que les encomienda hacer efectiva la participación ciudadana.

Las instancias de participación establecidas expresamente en la LOCGAR son las Sesiones del Consejo Regional, las cuales serán públicas (artículo 37 LOCGAR); y el Programa Público de Inversión en la Región, en el cual se informa a la comunidad acerca de la inversión pública que se efectuará durante el año (artículo 73 LOCGAR).

Las instancias de participación establecidas expresamente en la LOCM, por su parte, son las generadas por el trabajo en conjunto con el Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil establecido en la ley 20.500, en diversas instancias, cuales comprenden: 1) el establecimiento por parte de la municipalidad de unidades vecinales para una adecuada canalización de la participación ciudadana (artículo 5 LOCM); 2) la dirección por parte del alcalde del Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil y del Consejo Comunal de Seguridad Pública (artículo 63 LOCM); 3) cuenta pública por parte del alcalde al Consejo Regional y al Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil, debiendo participar también, las principales organizaciones comunitarias (artículo 67 LOCM); 4) aprobación y pronunciamiento por parte del Consejo Regional de la participación municipal en asociaciones, corporaciones o fundaciones y su plazo (artículos 79 y 82 LOCM); 5) existencia de un Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil (artículo 94 LOCM); 6) realización de plebiscitos comunales previo acuerdo del Consejo a solicitud de dos tercios de los integrantes en ejercicio del Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil o por iniciativa de los ciudadanos habilitados para votar en la comuna (artículo 99 LOCM); y 7) conformación del Consejo Comunal de Seguridad Pública (artículo 104 B LOCM).

Entre los mecanismos de participación que se han contemplado por la Administración Regional, en cumplimiento al mandato constitucional que el artículo 113 inciso 1° CPR hace al Consejo Regional, se encuentran la generación de talleres participativos para la elaboración de instrumentos de Planificación (en específico, EDR y PROT); la generación de talleres participativos en programas de inversión tales como el Programa de infraestructura rural para el desarrollo del territorio PROT; y la realización de mesas y talleres para la elaboración del Anteproyecto Regional de Inversiones¹¹⁷.

El mandato constitucional tendiente a hacer efectiva la participación de la comunidad local, en el caso de las administraciones municipales, se encuentra dirigido al Consejo Municipal, y está establecido en el artículo 119 inciso 1° CPR. En esta materia, el artículo 93 LOCM hace un alcance,

¹¹⁷(Gobierno Regional del Maule, 2020)

estipulando que cada municipalidad debe establecer a través de una ordenanza las modalidades de participación para dicho propósito.

Entre los mecanismos que se han contemplado por las municipalidades en sus ordenanzas, se encuentran la consulta ciudadana, mesas barriales, mesas de trabajo sectoriales, plebiscitos comunales, cuenta pública participativa del alcalde, cabildos ciudadanos, audiencia pública, y la instauración de una oficina de información, reclamos y sugerencias.

Finalmente, según se explicará en el subcapítulo siguiente, en la regulación sectorial existen instancias de participación de la ciudadanía. La municipalidad es la encargada de implementar la participación ciudadana en el Plan de Desarrollo Comunal (artículo 7° LOCM y artículos 28 ter y 43 LGUC). En materia ambiental, éstas se encuentran principalmente en los instrumentos de gestión creados por la ley 19.300. Sin embargo, todas ellas, a pesar de contar con reconocimiento de la judicatura como parte del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, encuentran su consagración fuera del nivel constitucional.

b. Sector privado

A diferencia de las instancias de participación analizadas hasta el momento, el sector privado, entendiéndose como a los conglomerados industriales que diseñan los proyectos ambientales, adquiere poder a través no de un órgano en particular, sino en virtud de su poder económico, a partir de las diversas normas a través de las cuales se construye lo que ha sido denominado como “Constitución Neoliberal”.

Las ideas neoliberales han tenido fuerte eco y acogida en toda Latinoamérica desde la década de los '80¹¹⁸. Chile no fue la excepción. Durante la dictadura militar chilena que se inicia en 1973 se instala por la fuerza una nueva concepción constitucional que se consolida en 1980, cuando Pinochet «otorga» una Constitución que intenta institucionalizar una concepción neoliberal de los derechos y autoritaria del gobierno, inspirada en Friedrich von Hayek y Carl Schmitt, que pervive hasta nuestros días¹¹⁹.

La concepción de los derechos que se imprime en la Constitución tiene un marcado tinte ideológico neoliberal, en donde el derecho de propiedad (artículo 19 n° 24 CPR) goza de un lugar

¹¹⁸ (Aguilar, Op. cit., 10)

¹¹⁹ (Ruiz-Tagle, 2016, 156)

privilegiado en comparación con los demás derechos¹²⁰, particularmente aquellos que se definen como económicos y sociales, los cuales ven limitada su reconocimiento, amparo y garantía judicial¹²¹.

En este sentido, Ruiz-Tagle expresa que:

*“En lo que se refiere a la forma de los derechos, en Chile se devalúa el valor de la igualdad, la importancia de los derechos civiles y políticos; y reconoce, en forma precaria y parcial, ciertos derechos económicos sociales, en los cuales enfatiza, particularmente, la garantía de libertad como no interferencia estatal en la actividad empresarial particular”*¹²².

Adicionalmente, esta configuración de los derechos contribuye a la concepción del Estado mínimo, en la medida que éste no puede intervenir en el mercado desarrollado por los privados amparados por el sobreprotegido derecho de propiedad, teniendo por consecuencia que, en tanto implican intervención, se rechacen las ideas de justicia social y redistributiva¹²³.

Otra parte de la doctrina ha señalado que la gran cantidad de poder que tiene el sector privado puede entenderse desde el mandato a la desconcentración establecido en el artículo 3° CPR. Este mandato, enmarcado en un Estado Neoliberal, sólo podría entenderse como una manera de evitar concentración de poder, y para preservar y ampliar la libertad de cada individuo, de modo que aquél termina traspasándose del Estado central al Mercado, teniendo como consecuencia que, nuevamente, toda idea de justicia social pasa a segundo plano. Este traspaso de poder conlleva que el Estado deja de hacerse del todo responsable en múltiples ámbitos de las políticas sociales¹²⁴, pero sin dejar de cumplir con su obligación de propender al bien común, dado que, bajo esta interpretación, la maximización del interés individual trae como consecuencia la maximización del interés colectivo¹²⁵.

En esta misma línea, otra parte de la doctrina ha señalado que con la asignación de amplios poderes al sector privado lo que se pretende es, en efecto, dispersar el poder del Gobierno Central, entendiéndolo, sin embargo, como una forma distinta a la desconcentración. De este modo, las formas de dispersar el poder del centro pueden concretarse a través de tres formas: la desconcentración, la descentralización, o bien la *privatización*, la cual se refiere al proceso de transferencia del poder a determinados individuos mediante la venta de activos, adjudicación de concesiones y a través de alianzas entre el sector público y privado¹²⁶.

¹²⁰ (Ruiz-Tagle, Op.cit., 207)

¹²¹ Ibid., 236

¹²² Ibid. 201

¹²³ (Aguilar, Op. cit., 9)

¹²⁴ (Aguilar, Op. cit., 10)

¹²⁵ Ibid. 9

¹²⁶ (Burki, Perry y Dillinger, 1999, 3)

Subcapítulo II: Instancias de Participación Ciudadana en la legislación chilena y su funcionamiento.

Habiendo ya analizado la forma en que constitucionalmente se distribuye el poder entre los distintos actores del poder público y la sociedad civil, corresponde analizar cómo dichas disposiciones tienen reflejo en los mecanismos de participación ciudadana contemplados a nivel legal y reglamentario, tanto en materia de participación ciudadana propiamente tal, como en materia ambiental específicamente.

Para ello, en lo siguiente se analizarán las principales instancias de participación con las cuales se cuenta a nivel legal, iniciando con los instrumentos de participación generales y los IPT, para proseguir con aquellos establecidos en los instrumentos de gestión de la Ley 19.300. Para abordar las instancias de participación contempladas en cada uno de ellos, en primer lugar, se explicará de modo general en qué consisten, junto con su objetivo en específico. Luego, se explicará en qué consiste el mecanismo de participación ciudadana que consideran, prestando especial atención a quiénes son los actores con poder de tomar la decisión final en el proceso, para finalizar con las debilidades en particular que presenta el proceso de participación ciudadana en cada instrumento.

Marco legal general de Participación Ciudadana

Para el desarrollo de este capítulo, entenderemos por instancia general de participación ciudadana a aquella instancia administrativa que no forma parte de la institucionalidad ambiental. Dentro de éstas, se contemplará la Ley N° 20.500, dado que se la considera el eje central de la participación ciudadana en instancias administrativas en Chile¹²⁷; así como los Instrumentos de Planificación Territorial, dado que constituyen un instrumento de importantes impactos en la administración del territorio nacional.

Ley 20.500

La Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, publicada el 16 de Febrero de 2011, introduce el derecho a participación ciudadana en el derecho administrativo a través, principalmente, de dos áreas¹²⁸. La primera de ellas se orienta a la facilitación de la asociatividad entre ciudadanos, a través de modificaciones a la Ley N° 19.418 (sobre Juntas de Vecinos y otras organizaciones), buscando hacer más fácil y expedito el proceso de obtención de personalidad jurídica. La segunda de ellas se enfoca en la Participación Ciudadana en la Gestión Pública, a través de la modificación de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de

¹²⁷ (Costa, Op. cit., 146)

¹²⁸ (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2020)

la Administración del Estado, señalando que el Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones, indicando, en esa línea, que los órganos de la Administración del Estado deberán establecer cuáles son las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones sociales en el ámbito de su competencia.

A su vez, establece mecanismos específicos para la realización del derecho a participación ciudadana en la gestión pública, los cuales son:

- i) **Cuenta Pública Participativa:** consiste en espacios de diálogo entre las instituciones, sus autoridades y la ciudadanía, con el objetivo de generar un control de los ciudadanos sobre el quehacer de los Ministerios y Servicios Públicos, fomentando la transparencia en la gestión de los Servicios Públicos, dado que se le permite a la ciudadanía realizar consultas a los Servicios.¹²⁹
- ii) **Consulta Ciudadana:** busca incorporar la opinión de los ciudadanos sobre un plan, política, proyecto, etc., que es implementado por algún Ministerio o Servicio Público¹³⁰. En definitiva *“es una instancia de comunicación presencial entre la autoridad gubernamental y representantes de la sociedad civil, en la que se tratan diversos temas de políticas públicas, con el fin de promover la participación e incidencia ciudadana”*.¹³¹
- iii) **Establecimiento de Consejos de la Sociedad Civil:** comprenden un mecanismo de participación de carácter consultivo, autónomos, cuyos integrantes representan a organizaciones de la sociedad civil y cuya función es acompañar a la máxima autoridad de cada Ministerio o Servicio Público en los procesos de tomas de decisiones en las políticas públicas¹³².

Si bien las intenciones señaladas para la Ley N° 20.500, consisten en *“aumentar la injerencia ciudadana en las decisiones políticas relevantes”*¹³³, los actores que finalmente toman las decisiones son las autoridades del nivel correspondiente, sin una obligación de incorporar efectivamente las inquietudes de la ciudadanía.

Adicionalmente, los mecanismos de participación introducidos por la Ley presentan diversas falencias. En primer lugar, no se contemplan sanciones ante la falta de implementación de los mecanismos, lo que se traduce como una falta de incentivos para el cumplimiento. En consecuencia,

¹²⁹ (Gellona y Ramos, 2015, 63)

¹³⁰ *Ibid.*, 64

¹³¹ *Loc. cit.*

¹³² *Loc. cit.*

¹³³ (Gellona y Ramos, *Op. cit.*, 61)

serán las autoridades las que finalmente decidan cómo y cuándo se desarrollarán las instancias de participación establecidas por esta ley¹³⁴.

En segundo lugar, se encuentra la ausencia de financiamiento, por lo que no se tiene un respaldo económico para hacer efectivos los planteamientos de la presente ley, así como tampoco para preparar a los funcionarios, quienes tienen escasa preparación para ejecutar los instrumentos de ella¹³⁵.

Finalmente, ninguno de los mecanismos contemplados tiene carácter vinculante¹³⁶, en virtud de que se abarcan tan solo deberes de información y consulta.

Estos alcances son contemplados por el Informe final del Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Fortalecimiento de la Sociedad Civil, el cual señala que:

*“El marco normativo actual sobre participación ciudadana - la Ley 20.500- es visto por la sociedad civil como un instrumento legal fragmentado y débil, que no logra instalar la participación ciudadana como un derecho transversal dentro del ordenamiento jurídico chileno. Si bien se establecen de manera obligatoria instrumentos tales como cuentas públicas participativas, consejos de la sociedad civil y consulta ciudadana para toda repartición pública, además de apertura de datos gubernamentales - en la práctica, esto se ha traducido en el establecimiento de espacios de participación meramente formales, con mandatos débiles y determinados por la repartición pública de la que dependen, con poca autonomía, pocos recursos y un nivel de participación informativo o consultiva en el mejor de los casos”.*¹³⁷

Instrumentos de Planificación Territorial

El artículo 19 n°8 CPR ha sido considerado por la doctrina como una norma básica para el urbanismo¹³⁸, dada la estrecha relación que se mantiene entre el medio ambiente y la planificación urbana, la cual se ha definido como un “proceso que se efectúa para orientar y regular el desarrollo de los centros urbanos en función de una política nacional, regional y comunal de desarrollo económico”¹³⁹. Dicha planificación hace efectiva a través de Instrumentos de Planificación Territorial.

Los IPT han sido definidos como aquellos instrumentos de la planificación del uso de suelo, que ayudan a quienes toman decisiones a promover el interés común de la sociedad, cuales

¹³⁴ (Informe del proceso de consulta participativa ley 20-500, 53)

¹³⁵ (Costa, 2020, Op. cit., 146)

¹³⁶ (Costa, 2020, Op. cit. 149)

¹³⁷ (Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Fortalecimiento de la Sociedad Civil, 2017, 29)

¹³⁸ (Figuera Valdés y Figueroa Velasco, 2016, 7)

¹³⁹ (Fernández, y Holmes, 2016, 91)

comprenden la salud, seguridad, conservación de recursos naturales, calidad ambiental, equidad social, entre otros, a través de una estrategia territorial¹⁴⁰.

En Chile, son IPT el Plan Nacional de Desarrollo Urbano¹⁴¹, el Plan Regional de Desarrollo Urbano, el Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano, el Plan Regulador Comunal, el Plan Seccional; y el Límite Urbano¹⁴².

Para entender quién toma la decisión en la elaboración de los IPT es necesario tener presente que éstos tienen una jerarquía. En la parte superior se encuentra el Plan Nacional de Desarrollo Urbano, el cual –a pesar de nunca haber sido creado¹⁴³– continúa siendo una potestad del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, según dispone el artículo 28 LGUC. En la siguiente sección de la pirámide, en virtud de que nunca se ha creado un IPT a nivel regional, se encuentran los IPT Intercomunales, los cuales son confeccionados por la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, según señala el artículo 36 LGUC.

Finalmente, en la parte inferior –a nivel comunal– se encuentra el Plan Regulador Comunal (artículo 41 inciso 3º LGUC), cuya confección es llevada a cabo por la Municipalidad respectiva, pero aprobada por la Secretaría Regional del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, la cual calificará que éste sea acorde al Plan Regulador Intercomunal (artículo 39 LGUC).

Finalmente, en lo relativo a áreas rurales, cabe destacar que la ejecución de ciertas actividades como construcciones industriales, equipamiento, turismo y poblaciones –que no contemplen proceso de subdivisión– depende, en lo que a planificación territorial se refiere– de un permiso otorgado por la Dirección de Obras Municipales, previo informe favorable de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo respectiva y del Servicio Agrícola y Ganadero (artículos 118 y 130 LGUC), el que, por cierto, no contempla la participación ciudadana.

Respecto a los planes, tanto a nivel nacional como regional, nunca se ha aprobado un instrumento de regulación territorial¹⁴⁴. De hecho, en el caso del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, la LGUC lo consagra como una tarea del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, más no se contempla en la OGUC. Luego, el instrumento de mayor jerarquía en lo que a Planes Reguladores refiere, es actualmente el Plan Regulador Intercomunal y Metropolitano.

¹⁴⁰ (Hervé, 2010, 27)

¹⁴¹ El artículo 1.1.2 de la OGUC no se refiere al Plan Nacional de Desarrollo Urbano al enumerar los instrumentos de planificación territorial. Sin embargo, el artículo 29 de la LGUC sí lo contempla.

¹⁴² (Cordero, Op. cit., 278)

¹⁴³ (Hervé, Op. cit., 27)

¹⁴⁴ (Fernández y Holmes, Op. cit., 92)

En cuanto a éste, es definido por el artículo 34 LGUC como aquella planificación que regula el desarrollo físico de áreas urbanas y rurales de las comunas integradas en una sola unidad urbana. Adquiere la categoría de “Metropolitano” cuando se superan los 500.000 habitantes. Además, de acuerdo al artículo 35 LGUC, tiene competencia sobre las materias de zonificación, equipamiento, vialidad, áreas de desarrollo prioritario, límites de extensión urbana, densidades, etcétera¹⁴⁵.

El Plan Regulador Comunal (PRC), por su parte, es un instrumento normativo que tiene por objeto establecer las adecuadas condiciones de higiene y seguridad en los edificios y espacios urbanos, y de comodidad en la relación funcional entre las zonas habitacionales, de trabajo, equipamiento y esparcimiento, según señala el artículo 41 inciso 3° LGUC. Su objetivo primordial es asignar usos de suelo¹⁴⁶, función que se desempeña a través de Planes Seccionales (artículo 46 LGUC)¹⁴⁷.

Finalmente, el Límite Urbano es el instrumento mediante el cual se produce la delimitación del área urbana y el área rural (artículo 52 LGUC). Dicha diferenciación es de suma importancia, dado que en el área urbana es donde se produce el mayor grado de intervención administrativa. Las áreas rurales, por tanto, se sitúan fuera de dichos instrumentos, quedando reguladas principalmente por el DL N°3516 (sobre división de terrenos rústicos) y los artículos 55 y 56 de la LGUC¹⁴⁸.

La participación ciudadana en estos procesos se introduce a través de la Ley 20.958, que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones. A partir de dicha modificación, queda establecido en el artículo 28 ter de la Ley que el procedimiento deberá contar con audiencias públicas y con un plazo de 30 días para formular observaciones¹⁴⁹. Dichas disposiciones son especialmente contempladas para la elaboración de un Plan Regulador Comunal, en los artículos 43 y siguientes de la LGUC.

En cuanto a las debilidades que presentan las instancias de participación ciudadana en los IPT nos encontramos con que, nuevamente, los mecanismos contemplados no pasan de ser una consulta. Adicionalmente, cabe destacar que, respecto de estos instrumentos, el poder de decisión se encuentra

¹⁴⁵ Existe un debate relevante en materia ambiental en torno al término “etcétera”, dado que podría ser un llamado a regular cualquier situación, situación que ha sido repudiada por el Tribunal Constitucional (Fallo 226, de 1995). Por ello, la doctrina considera válida la competencia de los instrumentos de planificación intercomunales sólo en aquellas materias que la ley le encomienda expresamente, quedando así fuera ciertas materias reguladas a través del artículo 2.1.7 OGUC de especial relevancia para el medio ambiente –como lo son la determinación de áreas verdes y áreas de protección ambiental–, por no encontrarse expresamente contempladas en la ley. La situación de las áreas verdes ha intentado salvarse a través del artículo 59 LGUC. Sin embargo, dicho artículo se refiere a *parques*, provocando que la regulación de áreas verdes se encuentre más bien en una situación confusa.

¹⁴⁶ (Cordero, Op. cit., 280)

¹⁴⁷ Loc. cit.

¹⁴⁸ (Fernández y Holmes, Op. cit. 142)

¹⁴⁹ (Costa, Op. cit., 148)

especialmente centralizado. En primer lugar, porque, dado que existen instrumentos de planificación urbanística en distintos niveles, se introduce una “cláusula de prevalencia” a favor de los instrumentos de mayor nivel, lo que desplaza el poder de decisión desde las entidades locales al poder central¹⁵⁰. En segundo lugar, porque para zonas rurales –que según ya se señaló, en general quedan fuera de estos instrumentos- el otorgamiento de permisos tiene fuertes influencias desde el Ministerio, dado que el Director de Obras Municipales –encargado de concederlos- tiene una doble dependencia: jerárquica respecto del Alcalde, y funcional respecto del SEREMI de Vivienda y Urbanismo.

Otra debilidad de los IPT consiste en que, a pesar de que la planificación territorial está contemplada en cuatro niveles –nacional, regional, intercomunal y comunal- la participación ciudadana sólo está regulada a nivel comunal e intercomunal¹⁵¹.

Adicionalmente, cabe destacar que en todas las dimensiones que no quedan cubiertas por los Instrumentos de Planificación Territorial, en principio, no existe posibilidad de la ciudadanía de incidir en la toma de decisiones. Como ya se vio, los IPT encuentran su ámbito de aplicación restringido a áreas urbanas¹⁵², por lo que se genera un vacío regulatorio en materia de participación respecto al espacio rural, que se viene a llenar con las legislaciones sectoriales respectivas, las cuales –con excepción de aquellos instrumentos que deben ser sometidos a EAE obligatoria, según se verá más adelante- no cuentan con instancias de participación ciudadana. Adicionalmente, aún dentro de los límites urbanos, existen diversos *bienes* regulados sectorialmente¹⁵³ de importancia para el medio ambiente (como lo son los cuerpos de agua y las costas) a los cuales no son aplicables las instancias contempladas en los IPT, al encontrar su regulación en su respectiva ley sectorial.

Por añadidura, muchas veces no existen IPT para determinadas zonas¹⁵⁴, se encuentran muy desactualizados –superados por ocupaciones humanas de crecimiento acelerado¹⁵⁵-, o bien han quedado obsoletos, pues no son capaces de integrar todos los elementos que permitirían una buena gestión del territorio¹⁵⁶.

Marco legal ambiental de Participación Ciudadana

El método de canalización de la participación ciudadana en materia ambiental en Chile ha sido a través de la generación de procesos de participación contemplados en diversos *instrumentos*

¹⁵⁰ (Cordero, Op. cit., 294)

¹⁵¹ (Fuentealba, 2013, 7-8)

¹⁵² (Romero, 2010, 54)

¹⁵³ (Cordero, Op. cit., 273)

¹⁵⁴ (Romero, Op. cit., 55)

¹⁵⁵ Loc. cit.

¹⁵⁶ (Insunza y Uriarte, 2013, 169)

de gestión, los cuales han sido definidos por la doctrina como herramientas que establecen un “conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental”¹⁵⁷. Por tanto, entenderemos por instancia de participación ciudadana en el marco legal ambiental cada uno de los mecanismos para la canalización de la participación ciudadana contemplados en dichos instrumentos.

Con motivo del ingreso de Chile a la OCDE, y la consiguiente modernización de la institucional ambiental, se crearon cuatro de estos instrumentos en la Ley 19.300, incluyendo cada uno de ellos ciertas instancias de participación ciudadana. Por otro lado, el Proyecto de Ley de Cambio Climático hace lo propio, sin considerar, sin embargo, participación ciudadana en todos ellos.

En lo siguiente, se analizarán las instancias contempladas en cada uno de los instrumentos de gestión contemplados tanto en la Ley 19.300 como en el Proyecto de Ley de Cambio Climático.

SEIA

El Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) es un instrumento de gestión ambiental de carácter preventivo, que busca incorporar consideraciones ambientales en procesos y actividades económicos de nuestro país. Es, entre todos los instrumentos de gestión ambiental vigentes, el que mayor protagonismo e incidencia ha logrado entre los actores nacionales¹⁵⁸.

En virtud de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417, en el artículo 29 de la Ley 19.300, se incluyó un proceso de participación ciudadana obligatoria por un plazo estipulado de 60 días respecto de los proyectos ingresados SEIA a través de EIA, pudiendo abrirse una nueva etapa de participación ciudadana por un periodo de 30 días, en el caso de que el proyecto fuere objeto de modificaciones. Diferente es el caso de un ingreso mediante DIA, dado que en virtud del artículo 30 bis, *podrá* abrirse un plazo de participación ciudadana por 20 días, en caso de que ésta sea solicitada por al menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, o diez personas naturales directamente afectadas, por escrito y dentro de los 10 días siguientes a la publicación en el Diario Oficial del proyecto en cuestión sometido a DIA.

De la mano de estas innovaciones, también se estipula la expansión de la legitimidad de la participación ciudadana a “cualquier persona natural o jurídica y la posibilidad de reclamar en contra de la RCA cuando las observaciones ciudadanas “no hubieren sido debidamente consideradas”, tanto ante la administración como ante los tribunales de justicia”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ (Bermúdez, 2014, 189-192)

¹⁵⁸ (Hervé e Insunza, 2019, 4)

¹⁵⁹ (Costa y Belemmi, Op. cit., 14)

Finalmente, y en consonancia con los ya mencionados artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, es el SEIA, específicamente la Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo o Regional, según sea el caso, el encargado de la dictación de una resolución de calificación ambiental, la cual puede ser favorable o no respecto del proyecto presentado. Sin perjuicio de lo anterior, se debe pronunciar fundadamente respecto de las observaciones efectuadas en el proceso de participación ciudadana. En caso contrario, cualquier persona natural o jurídica puede interponer un recurso de reclamación el cual, sin embargo, no suspende los efectos de la ya dictada RCA.

Si bien, como puede colegirse de las modificaciones anteriores, se ha modernizado y avanzado en materia de participación ciudadana en el SEIA, la instancia sigue presentando diversas falencias.

En primer lugar, se encuentra el hecho de que los proyectos que ingresan al SEIA son guiados por un proceso de decidir-anunciar-defender, que en términos simples opera de la siguiente forma: el privado decide si desea construir un determinado proyecto; luego, revisa la legislación vigente y lo diseña, anunciándolo mediante su presentación al SEIA; finalmente, durante todo el procedimiento lo defiende, a través de la incorporación de las observaciones de los organismos públicos y de la presentación de adendas¹⁶⁰. De modo que, según puede apreciarse, la lógica “decidir-anunciar-defender” opera sobre importantes hechos consumados en lo relativo al diseño del proyecto, sin que la ciudadanía, a través de sus observaciones, pueda influir en la localización de los proyectos¹⁶¹ o en la consideración de proyectos alternativos¹⁶², limitando esta instancia a mitigar sus impactos¹⁶³.

Dichas observaciones, adicionalmente, no llegan a ser vinculantes para la autoridad, quien sólo tiene la obligación de considerarlas debidamente.

Depende de la autoridad, también, el abrir o no un periodo de participación ciudadana en el caso de proyectos vía DIA. En este sentido, y a pesar de tener la función –encomendada en el artículo 81 letra h) de la Ley 19.300- de fomentar y facilitar la participación ciudadana, el Servicio de Evaluación Ambiental ha puesto barreras a su concesión en numerosas ocasiones¹⁶⁴, lo cual se torna un tema de especial relevancia dado que, aproximadamente, un 95.2% de los proyectos son presentados a través de DIA¹⁶⁵.

¹⁶⁰ (Cordero, Martínez, y Poduje, 2015, 18)

¹⁶¹ Ibid. 20

¹⁶² (Costa y Belemmi, Op. cit., 14)

¹⁶³ (Cordero, Martínez, y Poduje, Op. cit., 8)

¹⁶⁴ (Costa y Belemmi, Op. cit., 14)

¹⁶⁵ Información obtenida de <https://www.sea.gob.cl/documentacion/reportes/informacion-de-proyectos-ingresados-al-seia>; de la cual se puede colegir asimismo que los proyectos ingresados por EIA alcanzan aproximadamente el 4.8%.

Recientemente se envió un proyecto de ley por parte del gobierno de Sebastián Piñera (Boletín N° 11952-12), que busca reformar el SEIA en dos materias que nos incumben: se busca reducir el componente político del procedimiento de calificación ambiental y la ampliación de espacios de participación ciudadana. Respecto a la primera, se elimina la Comisión de Evaluación Ambiental regional, creándose la Comisión de Evaluación Macrozonal, la cual contempla, dentro de su composición, a un miembro elegido por el Presidente de la República¹⁶⁶, de modo que es difícil entender que pueda producirse una reducción del componente político a través de esta medida. Muy por el contrario: se transforma en un nuevo ejemplo del hiperpresidencialismo característico de nuestro sistema.

En cuanto a la reforma en materia de participación ciudadana, se contempla la introducción de una instancia de carácter anticipada, que consiste en que el proponente informe al SEIA su intención de someter un proyecto al procedimiento de evaluación ambiental. Aquí es cuando se abre el proceso de participación anticipada, la cual en la EIA posee un carácter obligatorio, más en la DIA es de carácter voluntario.

Lo anterior busca que se genere una interacción previa entre el proponente y las y los ciudadanos que se verán afectados por dicho proyecto. Tanto los acuerdos como desacuerdos, así como la información y las modificaciones realizadas a este “pre-proyecto” quedan estampadas en un acta llamada “Términos de Referencia Ambiental”, la cual debe ser autorizada por el tribunal ambiental competente. Con esta autorización, el proponente tiene un plazo máximo de 2 años para someter el proyecto a un procedimiento de evaluación ambiental. En el caso de la participación ciudadana anticipada, esta no debe contar con un plazo menor a 18 meses¹⁶⁷, por lo cual se amplía el espacio de acción de la participación ciudadana, pero de un modo que no termina de otorgarle contenido, pues no agrega nuevos estándares y no contiene una regulación clara respecto a la implementación de mecanismos concretos para la obtención de una influencia significativa de los ciudadanos en la decisión ambiental¹⁶⁸, por lo que no permite “*avanzar en garantizar la calidad de la participación o los resultados óptimos del proceso*”¹⁶⁹.

Junto a ello, se busca reducir los plazos de participación ciudadana en las EIA, de 60 a 30 días, y de 30 a 20 días en caso de necesitar alguna modificación el proyecto. Paralelo a esto, se aumentan las exigencias de la participación ciudadana en los procesos de DIA, debiendo solicitarse por 20 personas naturales directamente afectadas, o bien por 4 organizaciones ciudadanas con

¹⁶⁶ (Hervé e Isunza, Op. cit., 6-7)

¹⁶⁷ Loc. Cit.

¹⁶⁸ (Hervé e Isunza, Op. Cit. 9)

¹⁶⁹ (Hervé e Isunza, Op. cit., 6-7)

personalidad jurídica. El proceso de participación ciudadana al que daría lugar esta solicitud, por su parte, constaría de un plazo de 20 días, además de 10 días en caso de necesitar alguna modificación el proyecto¹⁷⁰.

Evaluación Ambiental Estratégica

La Evaluación Ambiental Estratégica –introducida a través de la Ley 20.417 y regulada en detalle en el Decreto Supremo N°32 del MMA- es el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para incorporar las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales. Teniendo especial importancia, debido a que permite leer las pretensiones amplias que se tienen sobre el cuidado del territorio local y nacional en términos generales, y no tan solo respecto de proyectos específicos –como lo permite el SEIA¹⁷¹-.

En la EAE, se contemplan dos momentos de participación ciudadana. El primero de ellos – regulado en el artículo 17 de su Reglamento- se produce en la formulación del Anteproyecto, permitiendo que cualquier persona natural o jurídica aporte, en forma escrita, y en un plazo no superior a 30 días desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto en cuestión, antecedentes cuya consideración estime relevante para su adecuada elaboración, o bien, formule observaciones al proceso desarrollado hasta ese momento. Adicionalmente, se señala que el Órgano Responsable podrá también implementar otros mecanismos destinados a profundizar la participación ciudadana en esta etapa, de estimarlo pertinente.

El segundo de ellos –regulado en el artículo 24 de su Reglamento- se produce una vez terminado el Anteproyecto. Esta instancia consiste en una consulta pública, en la que cualquier persona podrá formular observaciones al anteproyecto y a su respectivo informe ambiental, -esto, nuevamente, en un plazo de 30 días-. Dicha participación ciudadana debe ser contemplada en la resolución definitiva, la que deberá indicar la consulta pública realizada y la forma en que ella ha sido considerada¹⁷².

La elaboración final del instrumento queda en manos del Órgano Responsable o aquel que cuente con la competencia para aprobar la política, plan o instrumento de ordenamiento territorial (artículo 27 del Reglamento).

¹⁷⁰ (Hervé e Isunza, Op. cit., 10-12)

¹⁷¹ (Pelfini, A. & Mena, R., 2017, 266)

¹⁷² (Cordero y Vargas, 2016, 1038)

En cuanto a las debilidades que presenta el EAE, en primer lugar, se encuentra la inconveniencia que de ésta sea obligatoria sólo respecto de ciertos instrumentos. El Artículo 7° bis de la Ley 19.300, establece la aplicación de la EAE en dos niveles: obligatorio, correspondiente a Planes Reguladores Intercomunales, Planes Reguladores Comunales y Planes Seccionales, y Zonificaciones del Borde Costero, del territorio marítimo y el Manejo Integrado de Cuencas, así como para políticas y planes de carácter normativo general que el Presidente de la República, a proposición del Consejo de Ministros, decida. Para el resto de las políticas y planes de carácter general, será voluntaria¹⁷³.

Por otro lado, nuevamente, no puede olvidarse que los efectos de las observaciones presentadas por la ciudadanía son limitados, ya que el órgano responsable sólo tiene la obligación de analizarlas y señalar en la resolución de término la forma en que han sido consideradas¹⁷⁴.

Normas de Calidad y Normas de emisión

Las normas ambientales son disposiciones legales que establecen, por acuerdo entre los distintos sectores de la sociedad, cuáles serán los niveles de sustancias contaminantes que sean considerados aceptables y seguros para la salud del humano y el medio ambiente¹⁷⁵.

Son normas ambientales las normas primarias de calidad ambiental, que según el artículo 2° letra n) Ley 19.300, establecen los valores de diversas sustancias cuya presencia o carencia en el ambiente puedan constituir un riesgo para la vida o la salud de la población; y las secundarias, las cuales hacen lo propio, pero respecto al medio ambiente, en virtud del artículo 2° letra ñ), y también las normas de emisión, que de acuerdo al artículo 2 letra o) Ley 19.300, establecen la cantidad máxima permitida de los contaminantes. El procedimiento de ambas se encuentra regulado en el DS 38/2012 del MMA, conocido como el Reglamento para la dictación de las normas de calidad y de emisión.

Se trata, como puede apreciarse por su definición, de normas de gran importancia, dado que ayudan a controlar los niveles de contaminación producidos por determinados elementos. Además, el incumplimiento de una o más normas de calidad implica la declaración de zona saturada.

El proceso de elaboración de normas de calidad y de emisión se regula en los artículos 10 y siguientes de su Reglamento, y consiste en la elaboración de un Anteproyecto, al que sigue una Consulta Pública en el que cualquier persona, natural o jurídica, puede formular observaciones al contenido del Anteproyecto por un plazo de 60 días desde la publicación de la resolución del Ministerio que aprueba el Anteproyecto. Posteriormente, se produce la elaboración del Proyecto

¹⁷³ (Cordero y Vargas, Op. cit., 1034-1036)

¹⁷⁴ (Cordero y Vargas, Op. cit., 1051)

¹⁷⁵ (Vejar, 2008, 3)

definitivo, el cual será remitido al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, para ser finalmente sometido a la consideración del Presidente de la República para su decisión.

Para este instrumento, las mayores reflexiones respecto a sus debilidades se producen en torno a los bajos niveles de participación. Un estudio sobre los 20 procesos de elaboración de normas que tuvieron lugar entre los años 2012 y 2019 –6 de normas de calidad ambiental y 14 de normas de emisión- reveló niveles de participación ciudadana preocupantes en la etapa de consulta pública durante su elaboración. En efecto, para normas de calidad, participan un promedio de 15 personas por proceso de consulta pública; tratándose de normas de emisión, las cifras son similares, habiendo casos en que la participación de la sociedad civil es nula, siendo todas las observaciones efectuadas por empresas.

En la búsqueda de causas para esta falta de participación de la sociedad civil, el autor del estudio¹⁷⁶ concluyó que, probablemente, el quid de la cuestión se encuentra en que la información abordada en las normas ambientales es muy compleja, por lo que existe un alto costo en el procesamiento y comprensión de los temas ambientales.

Adicionalmente, estima que existe un problema en torno a los incentivos, dado que para este instrumento no existe obligación de ponderar: se trata de una obligación mucho más laxa, respecto de la que incluso no existe seguridad de que sea revisable judicialmente. De este modo, señala, el incentivo para adquirir y acumular esta información es muy bajo considerando las posibilidades de influir, en los hechos, en el resultado de la norma que será finalmente aprobada¹⁷⁷.

Planes de Prevención y Descontaminación

Los planes de Prevención y Descontaminación son abordados en los artículos 41 y siguientes de la Ley 19.300, encontrándose su procedimiento de elaboración regulado en el Decreto Supremo N°39 del MMA. En el artículo 2 de éste, se los define como instrumentos de gestión ambiental que, a través de la definición e implementación de medidas y acciones específicas, tienen por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental en una zona declarada latente (tratándose de un Plan de Prevención), o recuperar los niveles señalados en dichas normas, en una zona calificada como saturada (tratándose de un Plan de Descontaminación).

En ellos, pueden existir dos posibilidades de participación para la sociedad civil. La primera de éstas se encuentra consagrada en el artículo 4° del Reglamento, el cual dispone que el Ministro del

¹⁷⁶ (Méndez, 2020)

¹⁷⁷ (Méndez, 2020)

Medio Ambiente podrá crear y presidir Comités y Subcomités Operativos que intervengan en la elaboración de los Planes, constituidos de acuerdo al artículo 70 letra x) de la ley N° 19.300. Sin embargo, se contempla la posibilidad de que el Ministro convoque “cuando lo estime pertinente” a un Comité Operativo Ampliado, constituido por los integrantes del Comité Operativo y personas naturales o jurídicas ajenas a la Administración del Estado que serán designados por el Ministro mediante resolución, a propuesta del Comité Operativo.

La segunda de las instancias de participación se encuentra regulada en los artículos 10 y siguientes del reglamento. Ésta se genera una vez elaborado el anteproyecto del Plan, que consiste en una consulta pública en la que cualquier persona, natural o jurídica, puede formular observaciones al contenido de éste. Dichas observaciones, según señala el artículo 12, deberán ser presentadas por escrito o a través de los mecanismos que el Ministerio disponga para ello, acompañando, además, los antecedentes en los que se sustentan. Estas observaciones deben presentarse dentro de los 60 días siguientes a la dictación de la resolución que aprueba el Anteproyecto por parte del MMA.

Posteriormente, el Ministro de Medio Ambiente elaborará el proyecto definitivo del Plan, y lo remitirá al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, el cual emitirá su pronunciamiento, para ser finalmente sometido a la consideración del Presidente de la República para su decisión.

En cuanto a sus falencias, respecto al primer mecanismo, se encuentra el hecho de que la creación de un Comité Operativo Ampliado es potestativa para el Ministro del Medio Ambiente. Adicionalmente, las personas naturales o jurídicas que han de integrarlos son designadas por éste.

Por otro lado, una vez más, nos encontramos con su falta de vinculatoriedad, dado que se trata de una consulta. Por añadidura, existe la dificultad asociada a que éstas deben ser acompañadas de los antecedentes en los que se sustentan, especialmente los de naturaleza técnica, científica, social, económica y jurídica.

Anteproyecto de Ley de Cambio Climático

El Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático – Boletín N° 13191-12-, que en enero de 2020 inició el proceso de tramitación en el Senado, tiene por objeto crear un marco jurídico que permita asignar responsabilidades específicas para la implementación de medidas de mitigación y adaptación al cambio climático¹⁷⁸.

¹⁷⁸ (Boletín 13.191-12, 2020, 8-9)

Dentro de los objetivos de la ley, se reconoce la importancia de la participación ciudadana y se incluye el principio de transversalidad, en virtud del cual la actuación del Estado debe promover la participación del sector privado, la academia y la sociedad civil en la gestión del cambio climático¹⁷⁹.

El Título V, de la Información sobre el Cambio Climático, Acceso y Participación Ciudadana, contempla dos párrafos. El primero de ellos se refiere a los Sistemas de Información sobre Cambio Climático, contemplando un amplio abanico, constituido por el Sistema Nacional de Inventarios de Gases de Efecto Invernadero, el Sistema Nacional de Prospectiva de Gases de Efecto Invernadero, el Sistema de Certificación de Gases de Efecto Invernadero, la Plataforma de Vulnerabilidad Climática, y el Repositorio Científico de Cambio Climático.

El segundo párrafo –del Acceso a la información y la participación ciudadana en materia de cambio climático- contempla dos artículos. El primero de ellos –el artículo 30-, establecería la obligación de los órganos señalados en el título IV de remitir al Ministerio del Medio Ambiente información relevante acerca de sus actividades, la cual sería incorporada al Sistema Nacional de Información Ambiental. El artículo 31, por su parte, consagraría el derecho de toda persona o agrupación de personas en la elaboración, revisión y actualización de los instrumentos de gestión del cambio climático, mediante los mecanismos provistos para ello en la presente ley.

Dichos instrumentos se encuentran establecidos en el Título II de la ley, organizados según su territorio de aplicación en nacionales, regionales y locales. Dentro de ellos, tan solo las Normas de Emisión contienen una mención al desarrollo de una etapa de participación ciudadana en su elaboración¹⁸⁰. Por su parte, la Estrategia Climática de Largo Plazo, la Contribución Determinada a Nivel Nacional, los Planes Sectoriales de Mitigación y Adaptación y, nuevamente, las Normas de Emisión de Gases de Efecto Invernadero, hacen mención de la inclusión de etapas formales de consulta pública. El resto de los instrumentos, si bien no cierra la puerta a la implementación de un mecanismo, delega la creación del procedimiento para su elaboración a un reglamento sin referirse a una instancia de participación.

En cuanto a la toma de la decisión en la elaboración de los instrumentos de gestión contemplados, se exponen en el siguiente cuadro:

<u>Instrumento de Gestión Ambiental</u>	<u>Órgano del que depende su elaboración</u>
A nivel nacional	
<u>Estrategia Climática de Largo Plazo</u>	Ministerio del Medio Ambiente, en coordinación con las autoridades sectoriales

¹⁷⁹ Op. cit. 17

¹⁸⁰ Op. cit., .35-36

	señaladas en el artículo 16 y ministerios competentes (artículo 5).
<u>Medios de Implementación de la Estrategia Climática de Largo Plazo</u>	Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; Corporación de Fomento para la Producción; Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación; y Ministerio de Educación, en coordinación con el Ministerio del Medio Ambiente y los demás ministerios competentes (artículo 6).
<u>Contribución Determinada a Nivel Nacional</u>	Ministerio del Medio Ambiente en conjunto con las autoridades sectoriales señaladas en el artículo 16 y ministerios competentes (artículo 7).
<u>Planes Sectoriales de Mitigación del Cambio Climático</u>	Ministerio competente, suscrito además por el Ministro de Hacienda (artículo 8).
<u>Planes Sectoriales de Adaptación al Cambio Climático</u>	Medio Ambiente; Obras Públicas; Salud; Minería; Energía; Agricultura; Economía, Fomento y Turismo; Vivienda y Urbanismo; o Defensa Nacional, según la materia que se trate (artículo 9).
<u>Reporte de Acción Nacional de Cambio Climático</u>	Ministerio del Medio Ambiente en coordinación con el Equipo Técnico Interministerial para el Cambio Climático, con el pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático (artículo 10).
A nivel regional	
<u>Planes de Acción Regional de Cambio Climático</u>	Comités Regionales para el Cambio Climático (artículo 11). El artículo 23 contempla que cada uno de ellos será presidido y constituido por resolución del Delegado Presidencial Regional –introduciendo una figura de exclusiva confianza del PDR-, siendo además integrados por el Gobernador y los secretarios regionales de los ministerios que integran el Consejo de Ministros establecido en el artículo 71 de la ley N°19.300.
A nivel local	
<u>Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas</u>	Ministerio de Obras Públicas, a través de la Dirección General de Aguas (artículo 12).
<u>Normas de emisión</u>	Ministerio del Medio Ambiente, suscrito además por los Ministerios competentes según la materia de que se trate (artículo 13).

<u>Certificados de reducción, absorción o excedentes de emisiones de gases efecto invernadero</u>	Ministerio del Medio Ambiente establece reglamento con requisitos de procedencia y mantiene el registro público de éstos (artículo 14)
---	--

En cuanto a las debilidades de los mecanismos de participación ciudadana de esta ley, puede apreciarse que existe un marcado énfasis en derecho a la información, en desmedro del siguiente escaño de participación –la consulta-, la cual se encuentra pobremente regulada. Por lo demás, su regulación no se contempla en todos los instrumentos, dado que muchos delegan la creación de su procedimiento de elaboración a un reglamento.

Adicionalmente, el principio de transversalidad consagrado en el artículo 2 carece de un contenido normativo mínimo o de una obligación concreta que permita verificar su cumplimiento¹⁸¹.

Finalmente, no puede dejarse de resaltar la nueva aparición del Delegado Presidencial dentro de los Comités Regionales para el Cambio Climático.

Principales problemáticas en torno a la Participación Ciudadana

Según ya se ha analizado en el primer subcapítulo, la participación ciudadana es un proceso que cobra especial relevancia en materia medioambiental. Como corolario de esto, existen altos estándares para su desarrollo.

Analizada ya la forma en que se encuentran consagradas la participación ciudadana y la distribución del poder a nivel constitucional, así como las consecuencias que estas normas tienen en las diversas instancias de participación establecidas a nivel legal y reglamentario, en lo que sigue, se revisarán los principales problemas a los que se enfrenta la participación ciudadana en Chile.

El Hiperpresidencialismo y la representatividad

a. Debilidad de los gobiernos locales y el enfoque “de arriba hacia abajo”

Según la OCDE, uno de los mayores desafíos de Chile en las prácticas de participación ciudadana es la implementación de prácticas multinivel. Para lograr este propósito, es esencial que los gobiernos locales gocen de cierta fuerza, dado que es menos probable que gobiernos débiles puedan producir fuertes resultados participativos, especialmente si la expectativa son mecanismos muy complejos¹⁸².

¹⁸¹ (Madariaga, 2020, 1)

¹⁸² (OCDE, 2009, 119)

En este sentido, Chile ha adoptado un enfoque “desde arriba hacia abajo”, en el cual las decisiones son tomadas por las autoridades que gozan de mayor poder, para ser simplemente implementadas en los niveles inferiores. Este tipo de práctica, como también señala la OCDE, no se alinea con las ambiciones de participación ciudadana de Chile¹⁸³.

En el caso de las municipalidades, quienes –según ya se analizó- reciben el encargo constitucional de hacer efectiva la participación ciudadana y satisfacer las necesidades de la comunidad local¹⁸⁴, ven su autonomía muy restringida por la subordinación al poder central, a pesar del activo rol que tienen respecto de las necesidades de las y los ciudadanos locales¹⁸⁵, de enfrentar los problemas más inmediatos de la vida de éstos¹⁸⁶ y de tener un gran poder de gestión local, que puede ser utilizado para el cuidado del medio ambiente¹⁸⁷.

Adicionalmente, esta situación es apreciable en el caso de los Instrumentos de Planificación Territorial, respecto a los cuales se produce una fuerte centralización, en virtud de la cláusula de prevalencia. En ellos, se hacen evidentes las permanentes asimetrías de poder decisorial e información entre actores que intervienen en la gestión del desarrollo comunal, viéndose las municipalidades superadas por las decisiones del “gobierno” regional¹⁸⁸.

b. Toma de decisiones del Presidente de la República y de autoridades de su exclusiva confianza

En cuanto a la regulación medio ambiental en particular, del análisis de los mecanismos de participación contemplados para normas ambientales y planes de prevención y descontaminación, salta a la vista la influencia del Presidente de la República en su elaboración. En un momento anterior de dichos procedimientos, cobra protagonismo el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad – compuesto por personas de la exclusiva confianza del PDR-, el cual, adicionalmente, cuenta con la particularidad de estar conformado por un grupo de ministros productivos que va a aprobar -o no- las normas, llegando a opinar, inclusive, sobre la clasificación de especies en peligro de extinción¹⁸⁹.

El Presidente de la República también goza de influencia directa en materia de participación ciudadana ambiental en lo relativo a los EAE, dado que ésta procede sólo respecto a los instrumentos establecidos en la Ley –ya analizados- y respecto de aquellos que el Presidente de la República estime que deben proceder.

¹⁸³ (OCDE, Op. cit. 202)

¹⁸⁴ (Fernández, 2013, 150)

¹⁸⁵ (Bruna, Op. cit., 95)

¹⁸⁶ (Fernández, Op. cit. 151)

¹⁸⁷ (Fima ONG, 2020)

¹⁸⁸ (Quinteros, 2018, 45)

¹⁸⁹ (Badeiner, P.; Katz, P.; Larraín, S. &Uriarte, A., 2020).

Por otra parte, se encuentra la figura del Delegado Presidencial, presente tanto en la propuesta de reforma al SEIA como en el Anteproyecto de la Ley de Cambio Climático.

En este sentido, se produce una nueva remisión al poder central, ya sea a través del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, de un Delegado Presidencial, o del Presidente de la República. La legitimidad de las decisiones tomadas por éstos descansa, únicamente, en haber sido elegido el PDR a través de sufragio directo. Un estándar que, según se vio en el primer capítulo, es insuficiente.

A pesar de la insuficiencia de la Participación Política para la toma de decisiones ambientales, lamentablemente, en lo que respecta a la transferencia de poder desde el Presidente de la República a otros actores, el debate no logra salir del nivel representacional, discutiéndose siempre a qué otras autoridades electas democráticamente debiesen traspasarse una cuota de ese poder, sin llegar a considerar a la ciudadanía como posible actor empoderado.

Según Bobbio, esta situación no debería extrañarnos, dado que en las democracias de corte predominantemente neoliberal, la modalidad principal de participación es la vía electoral. Es decir, en ellas el pueblo no puede hacer nada por sí solo: debe remitir todo a sus ministros, o bien, a sus representantes¹⁹⁰.

Discrecionalidad de la autoridad en la implementación de mecanismos

A partir de las instancias de participación analizadas, podemos dar cuenta de que existe un número considerable de ellas que dependen de la voluntad de la autoridad.

En primer lugar, se encuentra la Creación del Comité Operativo Ampliado, la cual, según el artículo 4 del Reglamento de Planes de Prevención y Descontaminación, constituye una potestad del Ministro del Medio ambiente, la cual podrá ejercer “cuando lo estime pertinente”.

En segundo lugar, se encuentran las Declaraciones de Impacto Ambiental, para las cuales no es obligatorio contar con un proceso de participación ciudadana: la aprobación de una solicitud depende del Director Regional o Ejecutivo, según corresponda. En este punto, existen ya numerosos casos en los que la participación ciudadana ha sido negada por razones que obedecen a interpretaciones muy restrictivas por parte del SEIA, que no se condicen con su función de fomentar y facilitar la participación ciudadana.

¹⁹⁰ (Villaruel, Op. cit., 35)

Notar que ésta depende de la autoridad respecto a esta vía de ingreso en este instrumento es de extrema relevancia, dado que, según se vio, la inmensa mayoría de los proyectos ingresa a través de una DIA.

En tercer lugar, se encuentran las instancias de participación puestas a disposición por municipalidades y “gobiernos” regionales. En particular, aquellas que no se encuentran contempladas expresamente en la ley, y que se implementan en función del mandato constitucional que les encomienda hacer efectiva la participación ciudadana. La cantidad de mecanismos, su rigurosidad, su nivel de seriedad y, es más, el sólo hecho de su implementación, queda en manos de las autoridades locales y comunales.

Esta crítica también es hecha por Ezio Costa, respecto de lo establecido en la Ley 20.500, la cual deja en manos de la autoridad la decisión que se refiere a la implementación de instancias. El autor, en este punto, es enfático al señalar lo inconveniente que resulta que no se contemplen sanciones por la no implementación de mecanismos¹⁹¹.

El hecho de que la instauración de determinadas instancias dependa de la voluntad de las autoridades es muy relevante, toda vez que –según algunos autores- hay autoridades que son reacias a el exceso de participación ciudadana, debido a que se consideran a ellos mismos como los únicos capaces y con los conocimientos necesarios para tomar determinada decisión¹⁹². Es cierto que también existen quienes efectivamente quieren escuchar a los ciudadanos, pero ciertamente, el hecho de que el resultado final depende básicamente de la persona que esté en el cargo merma la participación ciudadana.

El poder entregado al sector privado

La excesiva cuota de poder entregada al sector privado, en virtud de la sobreprotección de la que goza el derecho a propiedad en nuestra Constitución, constituye también una merma para la participación ciudadana, puesto que muchas decisiones se tomarán en función de quién ostenta el poder económico suficiente para adquirir ciertos *bienes* de importancia para el medio ambiente¹⁹³, el cual, por lo demás, suele ir aparejado con un fuerte poder de mover influencia. Esto tiene como consecuencia una participación ciudadana tan desbalanceada, que el Estado no se hace cargo de ciertos temas, por lo hay una parte más beneficiada que otra en los procesos de participación.

¹⁹¹ (Costa, Op. cit. 146)

¹⁹² (Collado, 2018, 93)

¹⁹³ (Hervé, Op. cit. 121)

En efecto, la discusión en torno a la definición de dónde puede instalarse un proyecto muchas veces entregada al mercado, dado que usualmente las áreas escogidas para la elaboración de proyectos son aquellas en donde viven las personas de estratos socioeconómicos bajos, que en general tienen menos acceso a la información y menos capacidad de generar oposición y lobby¹⁹⁴.

En efecto, acá no se equilibra debidamente el derecho de la igualdad de la ciudadanía con el artículo 19 n° 21 de la CPR que comprende la libertad de acciones económicas lícitas, y gracias al cual los agentes del sector privado emprenden proyectos ambientales, entre otros. Al parecer, se privilegia esta última al no hacerse cargo el Estado de las “diferencias del poder negociador” que hay ante una tramitación ambiental, quedando esta disposición, en los hechos, por sobre el artículo 19 n° 8¹⁹⁵. Aquí es donde se debe recalcar los deberes que tiene el Estado, como el principio de servicialidad (artículo 1° incisos 4° y 5° CPR), proveniente del cual el Estado tiene la obligación de participar él mismo en igualdad de condiciones y de brindar a los ciudadanos la misma oportunidad de participación, no debiendo concebirse tal desequilibrio en materia ambiental.

Reforzando lo anterior, Villarreal ha señalado que existen “actores con más poder y capacidades que otros para exigir beneficios, presionar para que las políticas no les afecten y endosar los costos a los individuos y grupos desorganizados y/o con menos opciones y habilidades para influir en la dirección de la sociedad”¹⁹⁶.

Lo que ocurre es que hay dos sujetos que “negocian” (es decir, buscan persuadir) con el órgano administrativo quien es el que decide finalmente. El problema es que uno de estos sujetos tiene mayor poder negociador que el otro, y el otro tiene una posibilidad de participación en la vida nacional, mucho mayor que el primero, por lo que esto no se condice con los imperativos como la igualdad ante la ley (artículo 19 n° 2 CPR), entendido en un sentido meramente formal, debiera ir a un sentido más material, en donde las personas efectivamente tengan el mismo peso en el proceso de participación, cumpliéndose así con el principio de servicialidad del Estado, donde debe existir una igualdad de condiciones, equilibrándose debidamente la libertad económica con el derecho que tienen todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que es un derecho que le incumbe sobre todo a los particulares que viven en los sectores donde se encuentran emplazados los proyectos ambientales.

Pelfini, además, ha señalado que en Chile se prioriza el consenso generado en las cúpulas del poder económico y político del país, que consiste en anteponer los objetivos de crecimiento

¹⁹⁴ (Infante, Op. cit., 156)

¹⁹⁵ GUILLOF 166 LIBRO TALLER 1

¹⁹⁶ (Villarreal, 39)

económico por sobre los ambientales¹⁹⁷. Esto denota una clara diferencia de lya mencionado poder negociador, del que debe hacerse cargo el Estado, ya que si este se compromete con la participación en igualdad de condiciones (consagrada además en la CPR y respaldada por tratados internacionales con rango constitucional, gracias al artículo 5° inciso 2° CPR) debería existir un contrapeso a la influencia del sector privado en las tramitaciones ambientales, de tal manera que se equilibre su situación con la de los ciudadanos.

La participación como información y consulta

La OCDE ha elaborado cinco niveles en lo que denomina “espectro del compromiso público con la ciudadanía”, los cuales son¹⁹⁸:

- 1) Informar: mecanismo que busca otorgar información objetiva a la ciudadanía para la comprensión de un problema, alternativas y/o soluciones.
- 2) Consultar: mecanismo que busca obtener una retroalimentación de la ciudadanía para el análisis de alternativas y/o decisiones.
- 3) Involucrar: mecanismo que busca trabajar con la ciudadanía en todo el proceso, asegurando que las observaciones y comentarios serán considerados.
- 4) Colaborar: mecanismo que busca trabajar juntamente con la ciudadanía en la formación de la decisión.
- 5) Empoderar: mecanismo que busca que la ciudadanía tome las decisiones.

En base a esta categorización, Ryan¹⁹⁹ clasifica los mecanismos de participación en dos grandes grupos: aquellos que poseen fuerza vinculante –entendiendo por tal la capacidad de hacer obligatoria la decisión de la ciudadanía-, y aquellos que no –las cuales serían instancias de participación en cuales la ciudadanía simplemente acompaña el proceso, asesorando, pero sin que necesariamente sus observaciones sean consideradas de forma determinante en la toma de decisiones.

Arnstein²⁰⁰, por su parte, categoriza la participación en ocho niveles ascendentes: 1) negación de la participación; 2) participación intervenida; 3) acceso a la información; 4) consulta ciudadana; 5) aplacamiento; 6) decisión conjunta; 7) delegación; y 8) ejercicio directo del poder ciudadano.

A partir de ella, establece tres subconjuntos: el primero está conformado por la negación de la participación y la participación intervenida, los cuales “*son la imposibilidad de participación*”

¹⁹⁷ (Pelfini, Op. cit. 265)

¹⁹⁸ (Ocde, Op. Cit.)

¹⁹⁹ (Ryan, 2001, 7)

²⁰⁰ (Aranda, 2018, 33-34)

administrativa y política directa". El segundo está conformado por el acceso a la información, consulta ciudadana y aplacamiento, los cuales conforman *"la negación de la participación política directa, pero permitiendo la participación administrativa"*. Y finalmente, el tercero está conformado por la decisión conjunta, delegación y ejercicio directo del poder por parte de la ciudadanía, los cuales *"son una expresión de participación directa tanto administrativa como política"*.

En base a cualquiera de estas categorizaciones, podemos concluir que, en el caso de Chile, las practicas participativas no pasan de "informar" y "consultar".

Como consecuencia, las formas de participar con que cuenta la ciudadanía tienen un impacto limitado. En este sentido, la limitada incidencia en el proceso de toma de decisiones ha llevado a algunos autores a afirmar que, dado que esta clase de mecanismos no permite garantizar el derecho a la participación ciudadana adecuadamente, se produce una "ilusión de participación ciudadana"²⁰¹.

En este punto, también cabe destacar que, según la OCDE, Chile cuenta con muchas herramientas e instituciones de canalización de la participación ciudadana. Incluso, demasiados²⁰². De este modo, en lo que debe avanzar es en la eficiencia del uso de sus herramientas ya establecidas, para luego proceder a efectuar formas más complejas de participación²⁰³.

Dimensión Procedimental

a. Inconvenientes respecto a los plazos de participación ciudadana

Según se analizó en el primer capítulo, el principio de oportunidad requiere que se contemplen plazos adecuados y flexibles, que consideren las dinámicas y tiempos de las partes involucradas, el nivel de conocimiento de las temáticas relacionadas con el proyecto, el territorio y sus comunidades, que se ajusten a los diferentes grados de complejidad y coordinación requeridas, considerando las dinámicas de los diferentes actores involucrados²⁰⁴. Sin embargo, ninguno de los instrumentos analizados contempla un plazo flexible.

El margen producido por las diferencias de circunstancias y capacidades que puedan producirse entre aquellos ciudadanos y ciudadanas que quieran participar de un proceso de participación ciudadana podría, eventualmente, verse resuelto por la implementación de un periodo de esta última de gran extensión, de modo que aquellos y aquellas que tuviesen la voluntad de participar no viesen en el plazo que se les otorga para ello un impedimento. Sin embargo, lejos de

²⁰¹ (Madariaga, Op. cit. 1)

²⁰² (OCDE, Op. cit. 225)

²⁰³ (OCDE, Op. cit. 138)

²⁰⁴ (Cordero, Durán, Palacios, Rabi, Sanhueza y Urquiza, Op. cit., 12)

ello, la reforma que se propone para el SEIA reduce los plazos de participación ciudadana para EIA –la cual supone, por lo demás, una vía de ingreso que requiere un análisis de mucha mayor complejidad- y, si bien aumenta el plazo para las DIA, también aumenta el nivel de exigencia de los requisitos para solicitar la apertura de un periodo de participación ciudadana.

b. Fases en que se considera la Participación Ciudadana

En todos los instrumentos analizados, sólo se contempla participación ciudadana en la fase de elaboración, aun cuando participación ciudadana debería considerarse durante toda la vida del proyecto o política en cuestión. De este modo, la sociedad civil se ve despojada de la posibilidad de participar en la implementación y en la fiscalización.

Especialmente en el SEIA, según ya se explicó, la participación ciudadana se produce en el momento de la vida del proyecto que ha diseñado el privado correspondiente a “defender”, por lo que parte muy importante de la decisión ya se encuentra tomada. En este sentido, si bien es cierto que la reforma al SEIA contempla participación de carácter anticipado, según ya se señaló, ésta carece de contenido.

Espacios de relevancia medioambiental carentes de participación ciudadana

Finalmente, cabe destacar que, luego del análisis de los diversos instrumentos con relevancia en materia ambiental que contemplan participación ciudadana, existirían diversos aspectos que quedarían sin posibilidades de participación para la sociedad civil.

Así, en primer lugar, los Instrumentos de Planificación Territorial no cubren todas las dimensiones del territorio, en especial, los espacios rurales.

Por su parte, en lo que respecta al SEIA, existe una gran cantidad de proyectos que ingresa por medio de DIA, respecto de los cuales, de no concederse un periodo de participación ciudadana por parte de la autoridad, tampoco se contempla participación ciudadana. A su vez, en lo que respecta a la EAE, ésta se contempla sólo respecto a ciertos instrumentos.

Finalmente, respecto al Proyecto de Ley de Cambio Climático, se deja en una situación de incertidumbre a diversos instrumentos de gestión. Respecto de la mayoría de ellos no se contempla expresamente la exigencia de participación ciudadana, estableciéndose que la regulación de su procedimiento será abordada a través de reglamento. Esto tiene como consecuencia que, si bien existe la posibilidad de que en el reglamento esta sea considerada, no constituye una obligación.

CONCLUSIONES

Para una efectiva protección del medio ambiente se requiere de participación ambiental en la toma de decisiones en todos los niveles de *gobierno*, con un involucramiento efectivo de la ciudadanía. En base a las normas constitucionales analizadas, es posible observar que la consagración de la participación ciudadana corre por dos líneas: a través del establecimiento de las funciones del mal llamado gobierno regional y de las municipalidades, o bien, a través del reconocimiento de ésta como parte del contenido del artículo 19 número 8.

En esta definición constitucional de los espacios de participación, por tanto, no se contemplan necesariamente materias ambientales, de modo que no está del todo claro cuáles son las instancias de participación ambiental que existen en los niveles regional y local.

Adicionalmente, puede apreciarse la ausencia de reconocimiento constitucional del derecho ciudadano de participar en decisiones y asuntos públicos²⁰⁵, la cual es la forma de participación que más importa en materia ambiental, dado que la participación política no es capaz de comprender la complejidad de los asuntos ambientales.

Parte de esta complejidad está dada por la cantidad de actores involucrados en estas problemáticas. En este sentido, es posible dar cuenta de que existe una enorme disparidad entre la distribución de poder que se produce a nivel constitucional, teniendo la sociedad civil niveles muy bajos de injerencia, en contraposición con el gran poder que ostenta la sociedad privada.

La ciudadanía se ve fuertemente restringida por las instancias de participación instauradas por la autoridad, las cuales cuentan con numerosas falencias –en especial a nivel ambiental, dado los altos estándares se establecen en la materia-, además de encontrarse todas ellas consagradas en niveles legales o reglamentarios. Por añadidura, gran parte de los mecanismos de participación –en especial, en los espacios generales- terminan por conversar con la administración comunal para lograr algún nivel de injerencia.

El hecho de que sea la administración local la que reciba las inquietudes ciudadanas tampoco resulta auspicioso para la participación efectiva, dado que la Constitución establece una distinción entre administración y gobierno, concentrándose el poder decisonal en aquellas instituciones que cumplen con esta última función. La figura de gobierno en Chile, por antonomasia, es el Presidente de la República, y todo ejercicio de poder de gobierno en Chile será ejercida a través de autoridades de su exclusiva confianza. Esta tendencia, por lo demás, no hace más que crecer, hoy bajo la figura del Delegado Presidencial.

²⁰⁵ (Villarreal, Op. cit. 41)

Como consecuencia, los niveles de injerencia que se logran a través de la participación ciudadana resultan muy pobres, sin pasar jamás del nivel de “consulta”, el cual carece de toda vinculatoriedad. La forma en que se ha distribuido el poder en Chile, así como la forma de consagración de la participación ciudadana a nivel constitucional, tienen reflejo en las instancias a nivel legal, en forma de meras que impiden el empoderamiento de la ciudadanía, y con ello, la privan de la posibilidad de controlar el poder del Estado y del sector privado, en pos de la protección del medio ambiente.

De este modo, se torna imposible cumplir con la función pública de la participación ciudadana a través de las instancias a disposición de la sociedad civil, en virtud de que, en primer lugar, la información que se requiere para participar en la toma de decisiones no es entendible para el común de la población, la cual, de no contar con asesoría técnica – cuyo costo es habitualmente muy elevado – no puede llegar a comprender adecuadamente el problema, generando observaciones ciudadanas de poca complejidad, que terminan por tener poco impacto en los procesos de participación.

Esta complejidad en el entendimiento de la información ha terminado, incluso, por constituir una barrera para la mera presentación de una observación, dado que –según se analizó– las normas de calidad ambiental y emisión muchas veces son simplemente inentendibles. Adicionalmente, la falta de vinculatoriedad de los mecanismos de participación ciudadana constituye un pésimo incentivo²⁰⁶ a siquiera intentar entender dichas normas, dado que todos los esfuerzos de quienes tienen la intención de participar podrían, perfectamente, no tener ningún reflejo en la decisión final²⁰⁷.

En este sentido, no se estaría cumpliendo con el principio de inclusión analizado en el primer capítulo, el cual, recordemos, dice relación con que la diversidad de actores logre estar debidamente representado en la institucionalidad ambiental, para lo cual se requiere cerrar brechas en torno a distancias, conocimientos técnicos y recursos financieros; y la habilitación de capacidades, que permita a los interesados desarrollar una participación sustantiva²⁰⁸.

²⁰⁶ (OCDE, Op. cit. 34)

²⁰⁷ (Méndez, Op. cit.)

²⁰⁸ Loc. cit.

Bibliografía citada.

- (1) Aguilar, M.A. (1993). *Descentralización y Gobiernos Municipales: limitaciones y posibilidades*. En: Seminario La ciudad y la calidad de vida. El rol del Municipio. Consejo de Investigación, Universidad Nacional de Salta, octubre de 1993.
- (2) Aranda, J. (2018). *Breve reflexión sobre cuatro conceptos jurídicos de participación ciudadana a propósito del Derecho Ambiental Chileno*. Revista de Derecho Ambiental N° 09 (2018):31-52.
- (3) Bermúdez, J. (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2a Edición.
- (4) Borja, J.; Valdés, Pozo, H. y Morales, E. (1987). *Descentralización del Estado, Movimiento social y gestión municipal*. Santiago de Chile: FLACSO CLACSO.
- (5) Bustamante, M. T. C. (2010). *El papel de la participación ciudadana en la eficacia de las decisiones político-administrativas y ambientales en la protección del derecho a un ambiente sano de las comunidades ubicadas alrededor de la quebrada Manizales en la zona industrial de Maltería*. Manizales, Colombia. Ambiente jurídico, (12), 191-206.
- (6) Burki, S., Perry, G. y Dillinger, W. (1999). *Más allá del centro: la descentralización del Estado*. Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe.
- (7) Bruna, G. (2003). *Descentralización del poder en Chile*. Revista de Estudios Constitucionales, No. 1-2003, Julio 2003, pp. 89-97.
- (8) Caldera, H. (2016). *Función de gobierno y función administrativa*. Revista de Derecho Público, (49), pp. 205-215.
- (9) Campos, A. (2014). *Participación ciudadana y Administración Local*. Tesis doctoral Universidad de Castilla-La Mancha.

- (10) Collado, A. (2018). *Las políticas públicas de participación ciudadana en Chile*. Revista Estudios de Políticas Públicas, 4 (1), 79-98.
- (11) Cordero, E. (2007). *El derecho urbanístico: los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos*. Revista de derecho (Valparaíso) 29 (2007), pp. 269-298.
- (12) Cordero, E. & Vargas, I. (2016). *Evaluación Ambiental Estratégica y Planificación Territorial. Análisis Ante Su Regulación Legal, Reglamentaria y La Jurisprudencia Administrativa*. Rev. chil. Derecho 2016, vol.43, n.3.
- (13) Cordero, L., Durán, V., Palacios, C., Rabi, V., Sanhueza, A., & Urquiza, A. (2017). *Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile*. Santiago: Espacio Público.
- (14) Cordero, L; Martínez, D. y Poduje, I. (2015). *Políticas Nacionales, territorios regionales: Propuestas para un ordenamiento territorial en energía*. Informe de políticas públicas N° 07. Espacio Público.
- (15) Costa, E. & Belemmi V. (2017). *¿Susurros al viento? Desempeño de la participación ciudadana en el SEIA*, en Revista de Derecho Ambiental Año V n° 8, diciembre de 2017, pp. 7-29.
- (16) Costa, E. (2020). *La participación ciudadana en materia ambiental: Un modelo deliberativo (Tesis doctoral)*. Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- (17) Costa, E. (2020). *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Colección Ensayos jurídicos, ediciones DER, Santiago de Chile, 1ª edición.
- (18) Costa E., & Burdiles, G. (2019). *El Derecho Humano al Medio Ambiente: Nuevos Avances en su Comprensión en América Latina y el Caribe*. Anuario de Derechos Humanos. Volumen15, n° 2, 189-212.

- (19) Espinosa, P. (2014). *El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como derecho social*. Revista de Derecho Público, (73), Págs. 171-192.
- (20) Fernández, J. y Holmes, F. (2016). *Derecho Urbanístico Chileno*. Tercera edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile.
- (21) Fernández, J. (2013). *La administración del Estado y las municipalidades en Chile*. Rev. IUS. 2013, vol.7, n.32
- (22) Figueroa Valdés, J. y Figueroa Velasco, P. (2016). *Urbanismo y Construcción*. Editorial Thomson Reuters.
- (23) Fuentealba, V. (2013). *Consideraciones en torno a la participación ciudadana desde la visión del emprendimiento estudiantil: informe de las “Jornadas de Participación Ciudadana”*. Revista de Estudios Ius Novum. N° 6, octubre 2013.
- (24) Gellona, C. y Ramos, J. (2015). *Análisis de la participación ciudadana en la gestión pública, en el marco de la Ley N° 20.500 en Chile (2011-2015). Estudio de caso: Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE)*. Tesis para optar al Título de Administrador Público. Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- (25) Gómez, D. (2008). *Normativa constitucional ambiental comparada de varios países sudamericanos*. Letras Verdes, Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales. Mes 05, año 2008.
- (26) Gudynas, E. (2009). *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*. Revista de estudios sociales, (32), 34-47.
- (27) Henríquez, O. (2020). *Las leyes de descentralización en Chile: eje del cambio de la intergubernamentalidad pasando de la jerarquía a la negociación*. RIEM, N° 21, año 11, enero-julio 2020, pp. 5-28.

- (28) Hervé, D. (2010). *Noción Y Elementos De La Justicia Ambiental: Directrices Para Su Aplicación En La Planificación Territorial Y En La Evaluación Ambiental Estratégica*. Rev. derecho (Valdivia) 2010, vol.23, n.1, pp.9-36.
- (29) Hervé, D. (2019). *El tratamiento constitucional de los recursos naturales en el contexto de la justicia ambiental*, en *La protección del medio ambiente: Reflexiones para una reforma constitucional*. pp. 125-157.
- (30) Hervé, D. e Insunza, X. (2019). *Análisis crítico del proyecto de ley que modifica el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)*. Fundación Friedrich Ebert. Análisis N° 8/2019.
- (31) Infante, P. (2016). *(In)justicia ambiental en Chile y principales mecanismos para mitigar la inequidad: planificación territorial y derechos de comunidades vulnerables*. Revista de Derecho Ambiental Año IV N° 6, pp. 143-163.
- (32) Insunza, X. y Uriarte, A. (2013). *La protección de garantías constitucionales y el insuficiente ordenamiento territorial en relación a proyectos energéticos y productivos*. Repositorio Universidad de Chile.
- (33) Jaria-Manzano, J. (2008). *El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006 en Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del convenio de Aarhus* (Barcelona: Atelier), pp. 119-148.
- (34) Jaria-Manzano, J. (2019). *Los principios del derecho ambiental: Concreciones, influencias y reconstrucción*. Revista Iut Et Praxis. pp. 403-432.
- (35) Lara, M. y Letelier, D. (2017). *Mecanismo de Participación Ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental Chileno*. Revista de Gestión Pública. Volumen VI, n° 2, Julio-Diciembre de 2017. pp. 283-314.
- (36) Madariaga, M. (2020). *Participación Ciudadana en el Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático*. Policy Brief N° 20. Disponible en: <http://leycambioclimatico.cl/>.

- (37) Medici, G. (2018). *El acuerdo Escazú: la implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe*. Revista Catalana de Dret Ambiental. Vol. IX Núm. 1
- (38) Méndez, P. (2020). *Ponencia: Regulación, racionalidad y consulta pública: una mirada a la elaboración de normas ambientales generales*. IX Jornadas de Derecho Ambiental “Derecho Ambiental en Chile y crisis climática”, 03 de julio de 2020.
- (39) Moraga, P. (2012). *Principio 10 y desarrollo eléctrico: participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 39, 2º Semestre, pp. 291-317.
- (40) Moraga, P. (2017). *La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno*. Revista Derecho del Estado nº 38, enero-junio 2017, pp. 177-198.
- (41) Muñoz, S. (2014). *El acceso a la Justicia Ambiental*. Revista de Derecho Ambiental Año VI, nº 6, diciembre de 2014, pp. 17-38.
- (42) OCDE. (2009). *Estudios Territoriales de la OCDE*. Chile.
- (43) ONU. (1993) *Informe sobre Desarrollo Humano 1993: Participación popular*.
- (44) Orellana, A., Mena, J., y Montes, M. (2016). *Plan de desarrollo comunal: ¿El instrumento rector de la gestión municipal en Chile?* Revista INVI, 31(87), 173-200
- (45) Pelfini, A. & Mena, R. (2017). *Oligarquización y extractivismo. Cerrojos a la democratización de la política ambiental en Chile*. Perfiles Latinoamericanos.
- (46) Quinteros, C. (2018). *¿Quién manda en el uso del territorio local? El persistente problema de las autonomías y delimitación de competencias de los gobiernos subnacionales en Chile*. Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública. Nº 31 (2018), pp. 43-75.
- (47) Rodríguez, G. A. (2009). *La participación en la gestión ambiental: un reto para el nuevo milenio*. Universidad del Rosario.

- (48) Romero, H. (2010). *La geografía de los riesgos y catástrofes y algunos de sus aportes para su inclusión en los planes de ordenamiento territorial*. Separata Revista Invi N° 68/ Mayo 2010/ Volumen N° 25; pp. 53-62
- (49) Ruiz-Tagle, P. (2014). *El presidencialismo chileno: evolución de sus atribuciones constitucionales y propuestas de reforma*. Revista de Derecho Público, (76), Págs. 229-247.
- (50) Ruiz-Tagle, P. (2016). *Cinco repúblicas y una tradición: constitucionalismo chileno comparado*. LOM Ediciones.
- (51) Ryan, D. (2001). *Democracia participativa, ambiente y sustentabilidad*, en “*Ecología de la información: escenarios y actores para la participación en asuntos ambientales*”, FLACSO/ Chile-Nueva Sociedad, 2001.
- (52) Sanhueza, A. (2019). “*La participación es clave para la gobernabilidad y el desarrollo sustentable*” en *La protección del medio ambiente: Reflexiones para una reforma constitucional*. pp.19-24.
- (53) Soto, F. (2019). *La democracia como forma de Estado: Análisis de los mecanismos de participación directa en la Constitución Suiza*. Revista de Estudios Constitucionales, N°2, noviembre de 2019, pp 373-402.
- (54) Soto, F. & Costa, E. (2019). *Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en materia ambiental*. Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 44, septiembre-diciembre de 2019, pp. 227-255.
- (55) Torres, V. (2013). *Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas*. CEPAL - Serie de Medio Ambiente y Desarrollo N° 151.
- (56) Vejar, R. (2008). *El procedimiento de dictación de normas de emisión y de calidad en Chile*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho.

- (57) Velásquez, JG. (1996). *El Derecho Procesal Fundamental*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. N° 97/1996. Universidad Pontificia Bolivariana. pp. 313-350.
- (58) Vial, C. (2014). *Las municipalidades y su papel en el contexto institucional en Chile*. En “Dialogo sobre la descentralización municipal en Argentina y Chile”, en el XI Congreso Chileno de Ciencia Política, organizado por la Asociación Chilena de Ciencia Política (ACCP). Santiago, 15 al 17 de octubre de 2014. Disponible en: <https://ichem.uautonoma.cl/wp-content/uploads/2014/10/Municipalidades-Chile-Camilo-Vial.pdf>.
- (59) Villarreal, M. *Participación ciudadana y políticas públicas*. Décimo Certamen de Ensayo Político, 31-48.
- (60) Volante, I. y Vergara, J. (2019). *Los principios del derecho ambiental*. Material de lectura curso de Derecho de Medio Ambiente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- (61) Zanzi, C. (2015). *Hacia una efectiva participación ciudadana en la gestión pública*. RED Red de Estudios para la profundización Democrática
- (62) Zeiss, E. (2018). *Participación ciudadana y la co-construcción de una política pública en cultura para Chile, período 2017-2022*. Doctoral dissertation, Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

Artículos citados

- (1) Badeiner, P.; Katz, P.; Larraín, S. & Uriarte, A. (2020). *El rol del Ministerio del Medio Ambiente en la ruta del desarrollo sostenible de Chile: una mirada retrospectiva y de futuro*. Disponible en <https://www.paiscircular.cl/agenda-2030/los-desafios-pendientes-y-oportunidades-del-ministerio-del-medio-ambiente-a-10-anos-de-su-creacion/>. Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2020.
- (2) Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Fortalecimiento de la Sociedad Civil (2017). *Informe Final: Estado de la participación ciudadana en Chile y propuestas de reformas a la Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública*. Disponible en: <https://www.goretarapaca.gov.cl/wp-content/uploads/2017/01/Informe-Final-de-la->

Comisi% C3% B3n-Nacional-de-Participaci% C3% B3n-Ciudadana-y-Fortalecimiento-de-la-Sociedad-Civil.pdf. Fecha de consulta: 03 de diciembre de 2020.

- (3) Corte IDH: *Opini3n Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la Rep3blica de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos, OC-23/17*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 15 Noviembre 2017, disponible en esta direcci3n: <https://www.refworld.org/es/docid/5ade36fe4.html>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2020
- (4) Divisi3n de Organizaciones Sociales, Ministerio Secretar3a General de Gobierno, Gobierno de Chile (2016). *Informe del Proceso de Consulta Participativa Ley N3 20.500 "Sobre Asociaciones y Participaci3n Ciudadana en la gesti3n P3blica"*. Disponible en: <https://dos.gob.cl/wp-content/uploads/2016/08/informe-consulta-20500.pdf>. Fecha de consulta: 03 de diciembre de 2020.
- (5) Escuela Internacional de Posgrado. (2019). *Gesti3n publica: todo lo que necesitas saber*. Disponible en: <https://eiposgrado.edu.pe/blog/que-es-la-gestion-publica/>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020.
- (6) Fima ONG. (2020). *La descentralizaci3n de la lucha ambiental: Todos/as podemos ser agentes de cambio*. Disponible en: <https://www.fima.cl/wordpress/2020/11/19/la-descentralizacion-de-la-lucha-ambiental-todxs-podemos-ser-agentes-de-cambio/>. Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2020.
- (7) Gobierno Regional del Maule. *Mecanismos de Participaci3n ciudadana*. Disponible en: <http://www.gobiernoregionaldelmaule.cl/transparencia/2010/ciudadana.html>. Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2020.
- (8) Gonzalez, C. (2017). *Chile entre los cinco pa3ses con m3s conflictos ambientales*. La Tercera, 21 de abril de 2017. Secci3n Hist3rico. <https://www.latercera.com/noticia/chile-los-cinco-paises-mas-conflictos-ambientales/>. Fecha de consulta: 18 de octubre de 2020.
- (9) Guajardo, G., Gonz3lez, C. y Garc3a E. *Diplomado en gesti3n estrat3gica de las finanzas p3blicas: un enfoque de procesos para la provisi3n de obras y servicios p3blicos*. Instituto

del Banco Mundial. Tecnológico de Monterrey. Disponible en: http://www.cca.org.mx/funcionarios/biblioteca/html/finanzas_publicas/documentos/1/caracteristicas_t1p4.pdf. Fecha de consulta: 02 de noviembre de 2020.

(10) Ministerio de Relaciones Exteriores. *Preguntas frecuentes: ¿Cuáles son las materias que aborda la Ley sobre asociaciones y Participación Ciudadana (20.500)?* Disponible en: <https://participacionciudadana.minrel.gob.cl/preguntas-frecuentes/consultas/2015-06-25/222817.html>. Fecha de consulta: 19 de noviembre de 2020.

(11) Servicio de Evaluación Ambiental. *Información de Proyectos Ingresados al SEIA*. Disponible en: <https://www.sea.gob.cl/documentacion/reportes/informacion-de-proyectos-ingresados-al-seia>. Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2020.

(12) Varela, E. *¿Qué es un Estado Unitario? Aquí se habla derecho*. Disponible en: https://www.google.com/search?q=que+significa+que+estado+sea+unitario&rlz=1C1CHBD_esCL916CL916&oq=que+significa+&aqs=chrome.1.69i57j69i59j0i457j0l5.4756j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Fecha de consulta: 30 de octubre de 2020.

Normativa Citada

Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

Constitucion Política de la Republica.

Historia de la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Jurisprudencia Citada

(1) Rol 28.195-2018, “*Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu/ Comité de Ministros*”, sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 16 de julio de 2020.

(2) Rol 59.782-2020, “*Comunidad Indígena Aswal Lajep/ Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental*”, sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 21 de septiembre de 2020.

(3) Rol 24.870-2018, “*Sociedad Química y Minera de Chile S.A./ Superintendencia del Medio Ambiente*”, sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 17 de diciembre de 2019.

(4) Rol 197-2019, “*Soto/Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental*”, sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 15 de mayo de 2019.

(5) Rol 12.567-2020, “*Toro/Parodi*”, sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 26 de agosto de 2020 y confirmada en Rol 104.488 en sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 17 de septiembre de 2020.

(6) Sentencia S/N/1988, recaída en el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, pronunciada por el Tribunal Constitucional con fecha 29 de febrero de 1998.