



La participación ciudadana en materia ambiental:

Un modelo deliberativo

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

Ezio Costa Cordella

Profesor guía: Francisco Soto Barrientos

AGRADECIMIENTOS

Le debo agradecimientos a muchas personas que me ayudaron en el camino de este trabajo, y espero no olvidar a demasiadas al hacer este recuento. Agradezco a mis colegas y amigos de la ONG FIMA, RegCom y OFREC, quienes han tenido que conversar conmigo los temas de esta tesis en más ocasiones de las que quisieran y me han apoyado en momentos difíciles. Agradezco a mis alumnos y a las personas que han estado en los talleres en que hablamos de estos temas, por hacer las preguntas y comentarios correctos, que me han provocado la reflexión que conduce este trabajo. Agradezco a la Universidad de Barcelona, la Universidad Rovira i Virgili, la London School of Economics and Political Science y al EURAC por haberme permitido el uso de sus instalaciones y material bibliográfico durante la investigación para esta tesis. Agradezco a las miles de personas anónimas en el mundo que comparten material bibliográfico por Internet, haciendo efectivamente posible cualquier investigación (la privatización del conocimiento y el sistema que lo permite es contrario al espíritu de quienes nos gusta aprender y enseñar; debemos combatirlo activamente). Agradezco a mis compañeras y compañeros de doctorado, con quienes sufrimos juntos oscuros períodos de este proceso de investigación. Agradezco a Patricia, Stefanella, Aurora y Victoria. Agradezco el apoyo de los FONDECYT Regulares N° 1170362, “Hacia una teoría de receptividad deliberativa en procesos constituyentes. Los diálogos ciudadanos en perspectiva comparada”, del profesor Francisco SOTO BARRIENTOS, y N° 1170767, “Análisis crítico al procedimiento de creación de Planes de Prevención y/o Descontaminación Ambiental: insuficiente participación ciudadana y ausencia de evaluación regulatoria”, del profesor Luis CORDE-RO VEGA, así como al programa “Desafíos Globales para la Democracia”,

del doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco el apoyo del Instituto Milenio para la Investigación de las Políticas Públicas y las Fallas de Mercado (MIPP) y al profesor Alejandro CORVALÁN. Agradezco, por último, a mi profesor guía Francisco SOTO, quien fue un aporte fundamental en este proceso.

ÍNDICE

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

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

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

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

ABREVIATURAS

APA	: Administrative Procedure Act
CEPAL	: Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
COREMA	: Comisión Regional de Medio Ambiente
DIA	: Declaraciones de Impacto Ambiental
DS	: Decreto Supremo
EAE	: Evaluación Ambiental Estratégica
ELAW	: Environmental Law Worldwide Alliance
EPA	: Agencia de Protección Ambiental
<i>et ál.</i>	: y otros
EURAC	: The European Academy Bozen/Bolzano
FIMA	: Fiscalía del Medio Ambiente
FONDECYT	: Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
LBGAE	: Ley de Bases Generales de la Administración del Estado
LJCA	: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOCM	: Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
LPAE	: Ley de Procedimiento Administrativo Española
MIPP	: Políticas Públicas y las Fallas de Mercado
NEPA	: National Environmental Protection Act (Ley Nacional de Política Ambiental)
OCDE	: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	: Organización Internacional del Trabajo
ONG	: organización no gubernamental
p. / pp.	: página / páginas

PAC	: Dirección General de Aguas
RCA	: Resolución de Calificación Ambiental
SEIA	: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SNIFA	: Sistema Nacional de Información Ambiental
UE	: Unión Europea
<i>v. gr:</i>	: por ejemplo

INTRODUCCIÓN

La participación ciudadana es un concepto sobre el que existe cierta disputa y que tanto en su uso coloquial como académico suele englobar una serie de actividades, niveles y conceptos. Usualmente este uso aglutinador del término no es explícito, provocando confusión en cuanto a sus límites y la posibilidad que tienen diversas instancias de tratarse como participación¹.

En efecto, una pregunta que subsiste en la literatura sobre participación ciudadana, y en particular sobre participación en materia ambiental, es aquella que trata de definir qué significa la participación. La impresión, en general, es que hay un consenso amplio sobre las bondades de la participación, pero no sobre su forma².

Como ha señalado CALLAHAN:

“Los términos, participación pública, participación ciudadana, participación política e involucramiento cívico son usados normalmente de manera intercambiable, pero cada uno refleja diferentes aspectos de la participación. La participación pública es el concepto más amplio e incluye la participación en actividades que involucran al público, los medios y otros grupos no gubernamentales. Participación ciudadana, como es definida por los académicos administrativistas, se refiere al rol del público en el proceso de toma de decisiones o su involucramiento en la provisión de servicios y la administración

1 Para el *Diccionario de la Real Academia Española*, participación es la acción de participar y esto último es “Dicho de una persona: Tomar parte en algo”. Disponible en línea: <www.rae.es>.

2 LEE, María (2014), p. 159.

de decisiones. La participación política en su sentido más estrecho, refleja el acto de votar o de contactar a representantes electos, o más ampliamente se refiere a involucrarse en campañas políticas y partidos políticos. Involucramiento cívico se refiere a participar en actividades comunitarias y grupos voluntarios, lo que puede tener muchas formas, desde participación individual en voluntariado, hasta involucramiento organizacional hasta participación electoral”³.

Como vemos, la participación puede, desde el punto de vista de la instancia en relación con la que actúa, ser confusa. La descripción que hace CALLAHAN resulta muy útil. En sus versiones más amplias, la participación ciudadana podría englobar hasta actividades como dar una opinión en una red social digital (como *Twitter* o *Facebook*), participar de una protesta o ser miembro activo de una iglesia; mientras que en su versión más reducida importa solo la emisión de los votos en las elecciones. Así, debemos entender que probablemente su concepto más razonable está en un punto entre esos dos extremos.

En una visión más jurídica, CASTELLÀ define participación de acuerdo a su sentido literal, para luego especificar que, en el ámbito del derecho público, participar significa “concurrir en el proceso de adopción de decisiones de los poderes públicos por parte de los ciudadanos”⁴. El mismo autor, sin embargo, reconoce que la diferenciación entre la participación política y la participación administrativa es compleja, y que por ello la Constitución española prefirió llamarla, genéricamente, participación en los asuntos públicos.

Si bien en general a la participación se la trata como una sola unidad y sin diferenciar el nivel en que opera, nos parece que desde el derecho es posible observar que cumple diversas funciones dentro y fuera del ordenamiento jurídico y que a propósito de esas funciones y la posición en la que se encuentran los diferentes mecanismos, puede diferenciarse el tipo de participación del que estemos hablando.

Para efectos de nuestro trabajo, nos interesan particularmente las expresiones de la participación ciudadana que son institucionalizadas, más allá de las diferentes formas de expresión ciudadana que pudieran agrupar-

3 CALLAHAN, Kathe (2006), pp. 150-151.

4 CASTELLÀ, Josep María (2001), p. 39.

se bajo el concepto amplio. Entendemos, en este sentido, que el derecho tiene entre sus funciones principales la de estabilizar las expectativas de los ciudadanos, el hecho de que exista una práctica institucionalizada de participación será la que nos marque la intención de lograr ese objetivo.

Como señala HABERMAS:

“El concepto de institucionalización se refiere directamente al comportamiento normativamente esperado, de suerte que los miembros de un colectivo social saben que comportamiento, cuando y en qué ocasiones, pueden exigir unos de otros. Pero también pueden institucionalizarse procedimientos que fijen conforme a qué reglas ha de discurrir una cooperación para hacer frente a determinadas tareas”⁵.

La institucionalización, señala el autor, debe existir “para que pueda quedar garantizada la pretensión de los ciudadanos de ejercer sus derechos de participación política”⁶.

La participación no institucionalizada, o participación social, es un rico espacio de estudio pero que excede las posibilidades de este trabajo. Tampoco se abordarán todos los tipos de participación institucionalizada, pues, a pesar de la importancia de cada uno de ellos, vemos que no necesariamente existen conexiones conceptuales entre ellos que ayuden a la comprensión de nuestro objeto de estudio.

Así, por ejemplo, la participación de los pueblos indígenas, que tiene un modelo propio y diferenciado de los que se estudian en este trabajo. En particular, el derecho que se ha reconocido a los pueblos originarios es el derecho a la consulta indígena, contenida en el Convenio 169 de la OIT, y que se manifiesta en un mecanismo específico, que tanto desde un punto de vista concreto como desde la abstracción que importa el derecho en sí mismo, difiere de la participación ciudadana como es conceptualizada y estudiada en el presente trabajo, acercándose más a la participación política, pero con un camino propio que no necesariamente se cruza con la participación en materia ambiental.

Se integrarán, de todas maneras, visiones diferentes sobre la participación, y sobre todo se atenderá a los estudios que miran cómo ella se ha

5 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), p. 245.

6 Ídem.

ido expandiendo y diferenciando. En este sentido, ZILLMANN, a propósito de la participación en materia de desarrollo y uso de recursos naturales, se detiene en el hecho de que la comprensión que se tiene hoy de la participación ciudadana es diferente a la que se tenía hasta hace algunas décadas. Mientras anteriormente el concepto aludía a la participación de las personas en el gobierno, especialmente eligiendo, siendo elegidos o haciendo *lobby*, actualmente tendría un significado expansivo⁷. De acuerdo al autor:

“[P]articipación ciudadana viene a significar, al menos, que los miembros del público tengan el derecho a hacerse de la información sobre los grandes desarrollos del gobierno y los desarrolladores, que tengan derecho a participar los procesos legislativos y administrativos que consideren la propiedad de un proyecto, y que tengan ‘acceso a la justicia’, lo que refleja la posibilidad de cuestionar un proyecto ante un juez independiente”⁸.

Estamos con ZILLMANN en esta idea. Aparentemente existe una expansión del concepto, que podría ser explicada desde el punto de vista de (i) la necesidad de inyectar más democracia a los sistemas representativos o a los Estados administrativos o reguladores, o (ii) como una manera de responder de manera artificial a la demanda por mayor participación, modificando instituciones existentes para llamarlas “participativas” sin que en realidad existan mayores niveles de participación que los previamente disponibles⁹.

Es relevante atender al hecho de que la discusión precedente sucede, generalmente, en un espacio diferente al de la participación ciudadana como derecho y como mecanismo. En ese sentido, se hará especialmente importante distinguir entre la participación política, participación en la gestión pública y participación administrativa, bajo el entendido que tanto la participación política como la participación en la gestión pública se manifiestan a través de mecanismos institucionales, como revisaremos más adelante. Por eso resulta importante hacer la distinción entre la discusión sobre los mecanismos y la específica sobre participación ciudadana, a pesar de que ambas se encuentran arraigadas en los desafíos actuales de la democracia. ALTMAN sintetiza estos desafíos, señalando:

7 ZILLMAN, Donald (2002), pp. 1-2.

8 ZILLMAN, Donald (2002), p. 2.

9 Esto probablemente amerite escribir un artículo específico sobre el asunto.

“[E]xiste un gran consenso sobre los desafíos contemporáneos de la democracia: altos niveles de desafección, desconfianza en los partidos políticos, y en general, animosidad en relación con el juego democrático. Adicionalmente, uno de los aspectos más peliagudos de nuestras democracias reside en la relación directa y cotidiana entre ciudadanos y Estados. De hecho, la advertencia de Duhn sobre la democracia representativa –reinar un día cada cuatro años tiene mucho aire a un placebo– es bastante ilustrativa del problema que aflige a las democracias actuales”¹⁰.

En efecto, la creciente importancia de la participación y el concepto de participación ciudadana propiamente tal pareciera, en algún sentido, vincularse con estos problemas. Particularmente, el problema que pareciera venir a afrontar sería la distancia entre quienes ejercen el poder –teóricamente representantes del pueblo– y el propio pueblo.

Los acontecimientos sucedidos en Chile entre octubre y diciembre de 2019, mientras se corregía una versión final de esta tesis, nos mostraron en Chile esta profunda ruptura. El pueblo quiere participar de la vida económica y política del país, pero los mecanismos institucionales que se les ofrecen están contruidos de manera vertical e impiden la efectiva participación y aún más la deliberación, que –como veremos– es un elemento central de la idea de participación en materia ambiental, pero que no se ve reflejada en la práctica.

Son estas complejidades, entre otras, las que nos hemos propuesto navegar en esta investigación, entendiendo que nuestro objeto principal de estudio es la participación ciudadana en materia ambiental, pero que entender su lógica implica necesariamente estudiar la participación ciudadana en general, y ver cómo es que esa lógica se representa en la normativa ambiental específica, si es que lo hace. Partimos de la hipótesis que la participación ciudadana en materia ambiental es una institución con características propias cuyo contenido es la deliberación. Por lo mismo, los primeros capítulos de este trabajo están dedicados al estudio de la participación política, en primer lugar, y de la deliberación, en segundo lugar.

La participación ciudadana en materia ambiental es una institución reconocida por la normativa internacional sobre medio ambiente y que está profundamente enraizada en la dogmática de la disciplina, cuestión que ha complejizado su entendimiento desde las categorías propias del dere-

10 ALTMAN, David (2013), p. 619.

cho público, particularmente la participación política, la participación en la gestión pública y la participación administrativa.

La especialidad de la participación ciudadana en materia ambiental se ve alimentada por su relación con el derecho a vivir en un medio ambiente sano, siendo los dos elementos centrales de la dogmática del derecho ambiental y, por lo tanto, estando a su vez conectados con algunas de las lógicas fundamentales del derecho ambiental, como la gestión de los riesgos, la justicia ambiental, la colaboración y el desarrollo sostenible.

Para poder poner a prueba la hipótesis, entonces, se hace un desarrollo teórico y normativo sobre el contenido de la participación ciudadana en general y de la participación ciudadana en materia ambiental en particular.

El presente trabajo recoge la elaboración que se ha hecho de la participación ciudadana institucionalizada, en los diferentes espacios que se ha reflexionado y que sirven para la conceptualización de la participación ciudadana en materia ambiental. En este sentido, la sola observación de las normas sobre participación resulta insuficiente para comprender su complejidad, de suerte que el desarrollo teórico que se emprende, sobre todo en los primeros capítulos de este trabajo, resulta fundamental.

Compartimos la idea de VIGO, en este sentido, en tanto estudiar el derecho solamente desde sus conceptos formales no alcanza para comprenderlo:

“[P]ues la realidad jurídica se nos muestra inescindiblemente contaminada por lo político, lo económico, lo axiológico, etc.; y, entonces, los intentos teóricos unidimensionales o reduccionistas por estudiar puramente el derecho, corren el riesgo de quedarse con algo riguroso pero que no aprehende propiamente aquello que le interesa conocer”¹¹.

La visión de la teoría política, representada en actores de diversas disciplinas (derecho, ciencias políticas, sociología), es la que construye la institución de la participación ciudadana.

Desde la teoría política, es claro que la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones es parte esencial de la democracia. El trabajo teórico que se produce en este nivel está relacionado principalmente con las formas que dan mejor pie a esa participación y con la relación que exis-

11 VIGO, Rodolfo (1987), p. 48.

te entre participación ciudadana y soberanía popular, entendiendo que la primera es a la vez un principio de la democracia y un derecho subjetivo, mientras la segunda es primordialmente un principio.

La teoría política sobre la participación ciudadana nos permitirá comprender el significado profundo de la misma y sus orígenes, para lo cual tendremos que abordar la relación que existe entre participación, los diferentes tipos de democracia y su relación con la manifestación de la voluntad popular. Dicho debate nos iluminará respecto de las lógicas con las que se rige lo que entenderemos como participación política.

La participación política es un derecho fundamental reconocido por el ordenamiento jurídico y que se manifiesta de distintas formas a través de los mecanismos de participación. El capítulo I explorará someramente esos mecanismos, junto con evidenciar cuál es la forma del derecho a la participación política. No se incorporará en este apartado la participación que podría darse en partidos políticos u organizaciones sindicales o de la sociedad civil, principalmente porque para nuestro objeto de estudio no son esas las instancias relevantes para efectos de la participación en materia ambiental.

En esta parte del trabajo, si bien se hace mención a diferentes tipos de democracia que han sido reconocidos por la doctrina, no se hace una revisión exhaustiva de los mismos, pues el interés en ellos tiene que ver con su relación con la participación ciudadana, principalmente, así como su potencial relación con el modelo deliberativo, que es el que interesa a este trabajo de manera central. Por lo mismo, se ahonda en él.

Como segunda parte del marco teórico general, el capítulo II se refiere a la deliberación. Esto, para efectos de entender cuáles son las lógicas principales con las que nos topamos cuando hablamos de deliberación, las condiciones de la deliberación y la receptividad deliberativa. Serán estas cuestiones en las que nos fijaremos de forma especial, para efectos luego de explorar la deliberación en materia ambiental, como ha sido estudiada por algunos autores del área, aunque sin conectarla aún con la forma en que jurídicamente podría darse lugar en materia ambiental.

En los capítulos siguientes, nos adentraremos en conceptos e instituciones que son más específicos y que constituyen manifestaciones de la participación ciudadana. Nos interesa entender qué es lo que se ha elaborado en relación con el concepto de participación en la gestión pública. En este sentido, la diferenciación que existe entre ella y la participación política

nos dará las primeras luces sobre las diferencias que pueden existir entre la participación política y aquella que se da en otros niveles. Enseguida, su conceptualización nos servirá para entender cuánto de la participación ambiental puede ser subsumido en sus categorías.

Se produce en este nivel, sin embargo, una nueva dificultad. La participación en la gestión pública como tal es un concepto que proviene de la Constitución española de 1978 y que ha sido tomado por la literatura hispanoamericana que estudia los fenómenos políticos, pero no necesariamente por la literatura propiamente jurídica, pues este tipo de participación no siempre tiene un correlato normativo propio. En el caso chileno, por ejemplo, si bien existen normas de participación ciudadana en la gestión pública, nos parece que estas son más bien agrupables bajo un concepto de participación ciudadana administrativa, donde el gran regulador es el procedimiento administrativo y al que se le añaden algunas otras herramientas que no tienen ni potencia normativa ni un uso político profundo.

La participación administrativa nos parece fundamental para la comprensión de la participación en materia ambiental, porque en la práctica jurídica chilena, es en ese esquema que se produce esta participación. La participación administrativa será analizada desde los paradigmas actuales del derecho administrativo, entendiéndolo que son ellos los que han ampliado los espacios de participación, independientemente de que la existencia del concepto de interesados y, por lo tanto, la apertura del procedimiento, sea una cuestión que viene de largo en el derecho administrativo. Por lo mismo, revisaremos la forma del Estado regulador, que es la forma por excelencia post-privatizaciones, y lo que la doctrina ha llamado “el nuevo derecho administrativo”, que recoge la misma realidad, acentuada por la globalización.

En este capítulo IV, revisaremos, además, de manera específica, cómo se ha incorporado a los terceros en los procedimientos administrativos de EE. UU. y de España, tomando en consideración la gran influencia de estos dos sistemas en el ordenamiento jurídico latinoamericano y especialmente en el ordenamiento jurídico chileno. Esa influencia se ve acentuada en materia de derecho administrativo, en el caso español, y de derecho ambiental, en el caso de Estados Unidos.

No se efectúa de manera exhaustiva un estudio comparado entre las formas de participación en el derecho administrativo de estos tres países,

pues no es un objetivo de este trabajo realizarlo, sino nutrirse de las formas en que la participación se realiza en los sistemas de referencia, teniendo en consideración la relación que existe entre ellos y el sistema chileno, por una parte, y entre el sistema de participación administrativa y la participación ambiental, por la otra.

Enseguida, en los capítulos V al VIII, analizaremos la construcción normativa de la participación ciudadana en materia ambiental. Esta revisión la haremos, primero que todo, entendiendo que el derecho ambiental es un derecho nuevo y que, por lo tanto, no solo no tiene categorías tan depuradas, sino que se encuentra en construcción desde sus bases, siendo dichas bases, por lo tanto, de gran importancia en el análisis. Veremos, en ese sentido, algunas bases esenciales del derecho ambiental, como son el derecho a vivir en un medio ambiente sano, la gestión de riesgos, la justicia ambiental y el desarrollo sustentable.

Se revisarán, en dicho apartado, aquellas áreas de tensión que producen que se desborden las categorías de la participación ciudadana administrativa o en la gestión pública, haciendo de la participación ambiental un espacio diferente, interesante y complejo. Fijaremos principalmente la mirada en la necesidad de que la participación ciudadana en materia ambiental sea deliberativa, cuestión que la diferencia de otros tipos de participación.

Con esto como guía, entenderemos cuál es la forma que se le ha dado al derecho a la participación en el ordenamiento, partiendo por la forma que se le otorga en el ordenamiento internacional que da pie a la existencia del derecho a la participación (Declaración de Río de 1992) y pasando, luego, por los grandes acuerdos internacionales que le han dado una concreción al mismo (Convenio de Aarhus y Acuerdo de Escazú). Los derechos nacionales han acogido el derecho a la participación en materia ambiental de distintas formas también, por lo que observaremos en el caso chileno cuáles han sido esas formas y cuál la discusión que ha llevado a ellas y/o que ellas han generado. En este sentido, nos interesa remarcar la evolución jurisprudencial que ha tenido también la comprensión de la participación en materia ambiental.

El penúltimo capítulo estará dedicado a buscar esas formas de deliberación en materia de participación ambiental, abordando las razones por las cuales la participación ciudadana en materia ambiental es una institución

deliberativa, a pesar de las dificultades que ha encontrado en la práctica del derecho. Finalizaremos con un breve capítulo de reflexiones finales, que pretende servir como cierre y recordar algunas de las cuestiones esenciales que fueron iluminadas durante el desarrollo del trabajo.

**CAPÍTULO I:
LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA**

1. INTRODUCCIÓN

El ideal democrático y su forma suponen la soberanía del pueblo y, por lo tanto, que las decisiones sobre la manera en que nos normamos y construimos sociedad recaigan sobre él. Así, no sería posible concebir la democracia sin participación ciudadana. Esta ha sido considerada consustancial a la idea de democracia y estrechamente unida al principio de soberanía popular.

Este último principio, como señala BÖCKENFÖRDE:

“[...] la de que el poder que ejerce el dominio político —el dominio de hombres sobre hombres— no es algo que esté simplemente dado o que haya de suponerse, sino que es algo que necesita ser deducido mediante una justificación (legitimación), y la de que esta legitimación solo puede partir del pueblo mismo y no de cualquier instancia ajena a este. La ordenación de la vida en común de un pueblo tiene que poder retrotraerse al reconocimiento de aquellos que viven bajo ella, tiene que ser expresión de la libertad y la autodeterminación del pueblo”¹².

La participación, como una de las condiciones básicas de la democracia, se relaciona en este nivel con el hecho de que sea el pueblo y sus ciudadanos quienes ejerzan el poder que detentan, de manera de configurar su realidad normativa. Así lo considera KELSEN, para quien la participación que los sometidos tengan en la creación de las normas es el punto central para trazar la diferencia entre las formas de Estado, que en su caso está entre los tipos ideales de autocracia y democracia¹³.

12 BÖCKENFÖRDE, Ernst (2000), p. 48.

13 KELSEN, Hans (2007), p. 213.

La importancia de la participación como condición de la democracia nos lleva a que una parte de la discusión dogmática en torno a ella esté centrada en el tipo de democracia y los modos en que la voluntad soberana se manifiesta, planteando el análisis desde un plano material en que cada hombre y mujer puede directamente ser parte de la toma de decisiones. En el centro de ese análisis está la problemática sobre la manera en que se ejercita la democracia y especialmente en la dicotomía entre democracia representativa y directa, como veremos más adelante.

En este nivel, de teoría política y teoría del derecho, la variable central es la determinación de los modos en los cuales puede conocerse (o crearse) la voluntad del pueblo. Sin perjuicio de ello y como veremos, también en este nivel debemos entender el derecho de los ciudadanos a ser partes en la formación de la referida voluntad.

Es importante aclarar una cosa en este punto, que se irá explicando a lo largo del presente trabajo: no toda decisión del poder constituido apela directamente a la voluntad del pueblo, ni como construcción teórica (representada), ni menos como realidad fáctica (de manera directa). Por el contrario, la legitimidad democrática supone que las decisiones pueden ser reconducidas a dicha voluntad, vale decir, que tienen una base en dicha voluntad, pero que luego son tomadas y ejecutadas en otras instancias del entramado institucional de las democracias modernas. Valga la aclaración anterior para todo tipo de modelo teórico o práctico de democracia, pues, incluso en el más puro de los estados de la democracia deliberativa, no se supone una formación de voluntad popular en cada una de las decisiones del Estado.

Siendo así, esta primera categoría de participación que analizamos, que es la participación política, es la única que realmente pretende ser portadora efectiva de la voluntad popular. En esta relación entre democracia y participación ciudadana, pareciera que uno de los temas más importantes es precisamente dilucidar las maneras en que se forma y manifiesta la voluntad del pueblo, por lo tanto, cómo es que se entiende manifestado el principio de soberanía popular sobre el cual se erige el sistema democrático.

A la base de dicha discusión, por supuesto, está la idea de pueblo.

Como señala RANCIERE:

“El pueblo que es el sujeto de la democracia, por tanto el sujeto matricial de la política, no es la colección de miembros de la comunidad o la clase laboriosa de la población. Es la parte suplementaria respecto de toda cuenta de las partes

de la población, que permite identificar con el todo de la comunidad la cuenta de los incontados¹⁴.

Para RANCIERE, la democracia es el reconocimiento de este sujeto y el rompimiento de la lógica del poder del más fuerte (por tradición u otras lógicas), siendo, entonces, que gobernará el *demos*, cuya única característica en común es no tener una característica en común¹⁵. Esta discusión sobre el pueblo como suma de voluntades o voluntad en sí misma es una de las claves de los tipos de democracia y los mecanismos de manifestación de la voluntad del pueblo, donde lo que se pone en discusión es la calidad de sujeto que tiene el pueblo y si dicha ficción es capaz de manifestar voluntad.

Por otra parte, de acuerdo a KELSEN:

“[E]sta idea en que una multitud de individuos forman una entidad unificada, parece ser una de las premisas fundamentales de la democracia. El pueblo, como una unidad es absolutamente esencial para la democracia, pues, teóricamente al menos, este no es solo –de hecho, no mucho– el objeto, como sí es el sujeto de la regla¹⁶.”

KELSEN reconoce la centralidad del pueblo para la idea de democracia, sin perjuicio de lo cual considera que la creencia de que este pueblo es efectivamente una reunión de personas, es una ingenuidad, pues el concepto solo tiene sentido si se le mira como ficción jurídica¹⁷.

SARTORI es crítico de la visión del pueblo como una unidad, pero, a nuestro juicio, su crítica es errada, al intentar ser contingente. La acepción del pueblo como una unidad indivisible, dice SARTORI, es la que ha llevado a la posibilidad de aplastamiento de las personas en los totalitarismos del siglo XX. Para el autor italiano, en cambio, como pueblo debiéramos considerar un principio mayoritario moderado, donde la mayoría prevalece sobre la minoría, pero en respeto de la minoría¹⁸.

El problema que exhibe, por lo tanto, no dice relación con la efectiva conceptualización del pueblo, sino con las reglas que regirán la vida de-

14 RANCIERE, Jacques (2006), p. 66.

15 RANCIERE, Jacques (2006), pp. 64-65.

16 KELSEN, Hans (2013), p. 35.

17 KELSEN, Hans (2013), pp. 36-37.

18 SARTORI, Giovanni (2008), pp. 29-30.

mocrática. Que la voluntad del pueblo como una unidad se manifieste de manera indivisible no significa ni debe significar aplastar los derechos individuales y entre ellos, como veremos, el propio derecho a ser parte de dicha voluntad. Para dilucidar esa voluntad se requerirá de mecanismos que son representados en los tipos de democracia que veremos más adelante.

2. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA

La participación, como concepto general, está en la base de la teoría democrática, pues supone la capacidad y deber de los individuos de involucrarse en los asuntos públicos en un nivel de toma de decisiones sobre lo colectivo, de forma de *ser parte* de la voluntad popular. La participación no es tratada en textual por la literatura sobre democracia, como un principio¹⁹, pero creemos que aun cuando no reciba dicho título, sí es concebida como tal.

La categorización de una norma como principio puede resultar equívoca en tanto ambigua, como reconocen CARBONELL y LETELIER. Por lo mismo, nos interesa utilizar las categorías propuestas por los propios autores para explicar la posición de la participación como un principio. Entendemos que opera como principio, tanto como una “norma implícita”, así como una “norma explícita con un amplio grado de generalidad, abstracción e indeterminación”²⁰.

DWORKIN considera que existe una tríada entre valores, principios y reglas donde cada uno cumple una función determinada pero cuya existencia es esencialmente conexas. Mientras el valor cumple la función de señalarnos un objetivo general que puede cumplirse por cualquier medio, la regla, por otra parte, nos señala una actividad que puede o no realizarse en concreto, y finalmente los principios tendrían una función intermediadora entre ambos, de suerte que señala un objetivo inicial que debe realizarse mediante unas determinadas acciones²¹. En un análisis simplificado, po-

19 Esto en general es así, salvo por la literatura de derecho ambiental que la trata como principio de esa área del derecho y por alguna literatura constitucional chilena que también da ese tratamiento a la participación.

20 CARBONELL, Flavia y LETELIER, Raúl (2011), pp. 155-183.

21 ZAGREBELSKY, Gustavo (2003), p. 621.

dríamos decir que, al mirar a la participación en ese esquema, el valor en cuestión sería la democracia, la que tiene entre sus principios el de participación y reglas sobre cómo se lleva a cabo, por ejemplo, en la regulación de las elecciones de representantes.

Desde la comprensión de ALEXY, en tanto, también podríamos entender la participación como principio y por lo tanto, como un mandato de optimización y que debe realizarse de la mejor manera posible²². El sistema democrático demanda y se basa en la idea de permitir y ampliar la participación, de suerte que existe una necesidad permanente de aumentarla y mejorarla a efectos de perfeccionar la legitimidad del propio sistema.

La participación como principio está fundamentalmente ligada a la democracia en sí misma, de la que es un presupuesto esencial. La participación además es una manifestación de la idea de igualdad pública, en tanto esta se rompería si se excluye a los ciudadanos de participar²³. En el mismo sentido y como señala SOMERVILLE, “de acuerdo a este principio, todos los miembros de una colectividad o asociación tienen un derecho igual y efectivo de participar en el proceso de toma de decisiones obligatorias de autoridad”²⁴.

En nuestro país, CONTESSE y LOVERA han reconocido también esta relación en el sentido de expresar que la democracia se basa en dos derechos: el autogobierno y la participación.

“Solo con una política inclusiva, en la que como pueblo somos invitados a tomar parte (decisiva) de ella, nos auto-gobernamos. Por medio de la participación compartimos, como colectividad, el poder de hacer que las cosas cambien, y solo ahí –y así– somos nuestros propios dueños”²⁵.

3. PARTICIPACIÓN Y SOBERANÍA POPULAR

La participación política, asociada a la idea de soberanía popular y a la idea de democracia, tiene una fuerza creadora única e insustituible. La

22 ALEXY, Robert (2000), pp. 294-304.

23 KAYE, Simon (2015), p. 34.

24 SOMERVILLE, Peter (2011), pp. 417-437.

25 CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo (2010), pp. 21-37.

disputa teórica, finalmente, es cómo se produce la participación y cuándo diferentes mecanismos son capaces de recoger la voluntad popular y, por lo tanto, capaces de ser tributarios de la soberanía popular.

Sobre este punto, es útil recordar las palabras de ROUSSEAU:

“Afirmo, pues, que no siendo la soberanía sino ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero no la voluntad”²⁶.

En la cita destaca el concepto del autor sobre cómo se debe manifestar la voluntad popular, pero nos interesa poner el acento en la primera afirmación, que señala que la soberanía no es otra cosa que el ejercicio de la voluntad popular. Vale decir, para ROUSSEAU, la soberanía sería la voluntad popular puesta en movimiento, la potencia que tiene la voluntad para ejercerse como poder y determinar las formas de una determinada realidad.

El rol del soberano en la obra de ROUSSEAU sería determinar la voluntad popular²⁷. Esa voluntad se determina mediante la asamblea, en la que participan los individuos. ROUSSEAU considera que los ciudadanos respecto de la voluntad soberana “son partícipes”, vale decir, que toman o constituyen una parte de la misma²⁸, cuestión que es relevante en cuanto, al mismo tiempo, el autor afirma que la soberanía es indivisible²⁹.

Si la soberanía popular es indivisible y los ciudadanos son partícipes de ella, entonces la participación está asociada a los sujetos individualmente considerados y no al colectivo social. El colectivo no es capaz de participar, pues no puede “ser parte”, ya que el colectivo es la totalidad. El pueblo, siendo la totalidad, jamás podría participar de una decisión demo-

26 ROUSSEAU, Jean Jacques (1993), p. 23.

27 WRAIGHT, Christopher (2008), p. 54.

28 ROUSSEAU, Jean Jacques (1993), p. 16.

29 ROUSSEAU, Jean Jacques (1993), pp. 24 y ss. En este acápite, sin embargo, la discusión que tiene Rousseau con sus contemporáneos dice relación con la posible existencia de división de poderes y si en las manifestaciones de esos poderes se da efectivamente un ejercicio de soberanía. El autor cree que no hay tal, sino que hay una manifestación que se produce en conformidad con la ley, pero que es esta la que representa un ejercicio de soberanía.

crática sin que se produzca un oxímoron. El pueblo siempre será el sujeto que finalmente toma la decisión, pero la conducción hacia su voluntad puede ocurrir por diversas vías.

Así, entonces, podemos trazar una línea de diferenciación entre participación y soberanía popular. La segunda está pensada en la entidad colectiva que llamamos pueblo, mientras que la participación está enfocada en cada uno de los individuos que constituyen esta asociación colectiva. Esta diferencia no solo conlleva una cuestión conceptual relevante que puede servirnos como herramienta para comprender mejor la participación, sino que además da un contenido específico diferente a la participación como principio en el sistema democrático y le da más sentido a la diferenciación entre los sistemas democráticos.

Mientras el principio de soberanía popular tiene por objetivo la reconducción de las decisiones de la autoridad hasta un punto en el cual ellas estén efectivamente autorizadas por el pueblo y, por lo tanto, puedan ser consideradas como manifestación de la voluntad del pueblo, el principio de participación buscaría maximizar las manifestaciones de voluntad individual que los sujetos que componen el pueblo pueden realizar en un determinado procedimiento³⁰.

Esta manera de ver el asunto hace más comprensibles problemas prácticos como el que sucede cuando una elección libre tiene una participación porcentualmente baja. El resultado es legítimo y podremos considerarlo producto de la voluntad popular, en la medida que los mecanismos y reglas que rodearon dicha elección hayan sido respetuosos del derecho a la participación y honraron el principio de participación.

Es por esto que la discusión entre los tipos de democracia es importante. Todas honran el principio de soberanía popular en el sentido de que

30 Es, sin embargo, llamativo que una buena parte de la literatura y práctica política relativa a la participación está asociada no a las voluntades individuales de los sujetos que forman parte del pueblo, sino que a colectivos más pequeños de personas organizados de diversas formas, desde clubes hasta comunidades de distintas clases y organizaciones de la sociedad civil en general. Pareciera que esto tiene que ver con que el concepto de participación es de corte más comunitarista que liberal, precisamente porque los autores liberales clásicos defendieron la manifestación de la voluntad colectiva a través de mecanismos representativos, los que en principio podríamos considerar más comunitaristas que liberales.

pretenden que las decisiones que se tomen mediante sus mecanismos sean decisiones que podamos considerar como manifestaciones de la voluntad popular. Sin embargo, solo en algunos de los casos existe una preocupación por dar un espacio al principio de participación, en el sentido de relevar el hecho de que la manifestación de esa voluntad tiene que ver con la posibilidad de que sean los individuos que efectivamente componen el pueblo aquellos que manifiesten su voluntad para formar la voluntad general.

4. DEMOCRACIA Y FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD POPULAR

Desde una comprensión abstracta de la manera en que se forma y manifiesta la voluntad popular, necesariamente esta se vincula con los mecanismos que las democracias instituyen para recogerla o formarla. La voluntad será exógena al proceso político cuando corresponda a la agregación de voluntades individuales previamente formadas. Por el contrario, la formación de la voluntad política del pueblo será endógena cuando se produce en el proceso de diálogo. La deliberación solo tendrá sentido en cuanto creamos que es posible la modificación de las convicciones y opciones de los ciudadanos mediante el diálogo.

Sobre esto, se le ha atribuido un carácter exógeno tanto a la democracia representativa como a la democracia directa, en la medida que ellas pueden ser vistas como agregación de preferencias individuales de carácter previo al proceso político³¹. Un proceso político adecuado, sin embargo, nos parece que no podría considerar una formación de voluntad exógena.

En un sistema representativo la voluntad popular se manifiesta a través de representantes, pero ella no necesariamente es exógena al sistema político. Lo anterior, pues dichos representantes podrían formarse su opinión en la deliberación y la manifestación final, traducida en la norma, será el resultado de esa deliberación. Por lo tanto, esa voluntad será más bien endógena y no necesariamente agregativa en términos liberales.

La supuesta exogeneidad de la representación está articulada desde una idea de ella como una relación agente-principal entre los representantes

31 MÁIZ, Ramón (2004), pp. 25-47.

electos y sus electores. Esta relación teórica, según URBINATI y WARREN, tendría entre sus fuentes principales las ideas de ROUSSEAU:

“[C]onfinó la representación en términos de delegación agente-principal, quitándole al representante cualquier rol en formar la voluntad política del pueblo. En jerga legal, Rosseau entendió la representación política como un mandato imperativo: el delegado opera bajo un contrato fiduciario que le permite al principal (los ciudadanos) para temporalmente darle a los agentes su poder para que tomen acciones específicas, pero no delega la voluntad para tomar decisiones, que es retenida por el principal”³².

Los autores no comparten esta visión de ROUSSEAU y, basándose en otras conceptualizaciones más actuales respecto de la representación, son frontales para descartarla. En este sentido señalan:

“En breve, debemos pensar en la democracia representativa no como una alternativa pragmática a algo que nosotros ciudadanos modernos ya no podemos tener, llamado democracia directa, sino como una manera intrínsecamente moderna de entrelazar participación, juicio político y la constitución de un *demo* capaz de autorregularse. Entendida de esta manera, las elecciones no son una alternativa a la deliberación y la participación, sino que estructura y constituye ambas”³³.

Profundizan los autores, luego, en que la relación que debe entenderse entre la democracia representativa y la deliberación es de afinidad, pues la primera permitiría la segunda³⁴.

Por otra parte, si quisiéramos entender que en la democracia directa la formación de la voluntad es exógena al proceso político, tendríamos que entender que la manera en que se formaría la voluntad popular en la democracia directa sería solo a través de sus mecanismos propios. ALTMAN, por ejemplo, conceptualiza la democracia directa precisamente en referencia a esos mecanismos mediante los cuales los ciudadanos manifiestan su voto sobre asuntos de forma directa³⁵. Este tipo de mecanismos democráticos son tratados por CAMERON y SHARPE como de “democracia plebiscitaria”, diferenciándolos de otros mecanismos participativos (los autores se fijan

32 URBINATI, Nadia y WARREN, Mark (2008), p. 391.

33 URBINATI, Nadia y WARREN, Mark (2008), p. 402.

34 Ídem.

35 ALTMAN, David (2017), p. 1208.

en la experiencia latinoamericana para ello), a los que califican de mecanismos de democracia participativa³⁶. En esa línea, los mecanismos de democracia directa tradicionales, como los referéndums y plebiscitos, sí tendrían esa característica de exogeneidad.

Pero incluso en los mecanismos de democracia directa podríamos decir que la voluntad se forma en el proceso. Así, por ejemplo, un referéndum podríamos entenderlo como un procedimiento en el que la manifestación de la voluntad popular está de todas maneras intermediada por el proceso en el que se crea el referéndum y se concretiza la pregunta y la disputa que debe resolverse³⁷.

En una línea similar, HABERMAS se desmarca de la supuesta dicotomía entre la agregación de preferencias y la existencia de una voluntad general. En este sentido el autor indica:

“La teoría del discurso cuenta con la intersubjetividad de orden superior que representan los procesos de entendimiento que se efectúan a través de los procedimientos democráticos o en la red de comunicación de los espacios públicos políticos”³⁸.

Para HABERMAS, siempre se producirá un momento de deliberación, independiente del sistema democrático imperante.

De esta forma, de acuerdo con HABERMAS, la formación de esa voluntad, que llamamos del pueblo, sería un proceso comunicativo relativamente autónomo, de suerte que ni es la agregación de preferencias ni tampoco es el descubrimiento de una voluntad colectiva, sino que es el resultado de un ejercicio colectivo de diálogo (que puede suceder tanto en una democracia representativa como en otros tipos de democracia).

No hay una manera unívoca de interpretar los modelos de democracia en lo que se refiere a la manifestación de la voluntad del pueblo y al carácter endógeno o exógeno de dicha voluntad. Lo anterior se vuelve especialmente complejo en el entendido de que puede existir una serie de arreglos institucionales intermedios que provoquen una mixtura entre las variedades de procesos de toma de decisiones.

36 CAMERON, Maxwell y SHARPE, Kenneth (2012), pp. 231-250.

37 LUCIANI, Massimo (2008), pp. 157-182. Para el autor, sin embargo, el referéndum no es propiamente un mecanismo de democracia directa.

38 HABERMAS, Jürgen y JIMÉNEZ, Manuel (1998), p. 375.

Nos parece que la visión correcta, entonces, es entender que la voluntad del pueblo no tiene ni un carácter endógeno ni un carácter exógeno *per se*, pues nos parece artificioso pretender que esta exista fuera de un proceso político, cuando este se está llevando a cabo a cada minuto. En lo central, además, esa voluntad no puede ser el resultado de la agregación de las voluntades personales de quienes componen una comunidad política, sino que necesariamente debe referirse a una voluntad general que está más allá de la suma de esas preferencias y que incluso tiene ciertas limitaciones.

La manera en que esta voluntad general se forma no es trivial, porque siendo ella el resultado de un proceso político, institucionalizado o no, existirán una serie de factores que mediarán entre las opiniones y preferencias de las personas que componen una comunidad y el resultado final de la voluntad general.

ELSTER es bastante claro en señalar, respecto de las opciones básicas de formación de voluntad, que:

“[C]uando un grupo de individuos iguales deben tomar una decisión en un asunto que les concierne a todos y en la que la distribución inicial de opiniones no alcanza al consenso, ellos pueden tomar tres direcciones diferentes: argumentar, negociar y votar. Creo que en las sociedades modernas esto es una lista exhaustiva. En tiempos anteriores las decisiones también podían alcanzarse mediante duelos, torneos u otros medios similares, pero estos no están en uso hoy en día. Los grupos pueden llegar a una decisión usando uno de esos tres procedimientos, dos de ellos en combinación o los tres”³⁹.

Las condiciones de toma de la decisión, antes de que se pase a la fase de utilización de un mecanismo de decisión, son la existencia de un grupo de individuos obligados a tomar una decisión que concierne a todos y la imposibilidad de llegar a un consenso. Antes de retar a duelo a mis adversarios, debiéramos entender quiénes son esos adversarios y cuál es nuestra disputa. Para ello, necesitamos que exista un proceso de comunicación en que nos hagamos saber mutuamente esas diferencias y las variables de las mismas. Ese proceso es político y, por lo tanto, de formación endógena de las preferencias, aunque pueda tomar formas más o menos deliberativas.

39 ELSTER, Jon (ed.) (1998), p. 5.

5. PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y TIPOS DE DEMOCRACIA

5.1. Democracia representativa o directa, una discusión de legitimidad

La discusión sobre la democracia directa y representativa está vinculada en sus inicios con la discusión que avanzó hacia el sufragio universal⁴⁰, así como a la formación de asociaciones políticas, lo que buscó la agregación de intereses para simplificar la manera en que se forma la voluntad colectiva⁴¹.

En una de las discusiones más interesantes de la democracia entre los grandes autores del derecho moderno, KELSEN consideraba que, en el tipo ideal de democracia, la participación directa y consensuada de los ciudadanos debería ser la regla, un tipo irrealizable pero que “en su pureza e integridad exigiría que el conjunto del orden estatal y cada una de sus normas en particular, fuera creada exclusivamente por el acuerdo unánime de todos”⁴². Vale decir, para KELSEN una participación directa en la creación de todas las normas, la cual además tuviera un proceso de acuerdo de carácter consensual, sería la manera más pura de democracia. Lo anterior, por supuesto, sería imposible de llevar a cabo, por cuestiones prácticas de las sociedades modernas.

El enfrentamiento de KELSEN en este sentido fue principalmente con SCHMITT, quien defendió de manera más directa a la democracia representativa. De acuerdo con su visión, uno de los elementos constitutivos del Estado burgués de derecho sería el juego entre los principios formales de identidad y representación. El primero de ellos correspondería principalmente al estatus y existencia de la unidad llamada *pueblo* entendida como una unidad política con una conformación política en especial. Esa unidad existe en un territorio determinado y tiene una magnitud (una existencia material) real, pero que se agotaría en un momento, lo que nos lleva al segundo principio: de representación. Este segundo principio se basaría en la idea de que, dado lo anterior, el pueblo nunca puede estar efectivamente reunido en asamblea, independientemente de las posibilidades materiales

40 SOTO, Francisco (2018), pp. 342-343.

41 BOBBIO, Norberto (1985), pp. 144-145.

42 KELSEN, Hans (2007), p. 215.

de dicha reunión. Así, entonces, siempre el pueblo debe ser representado por personas⁴³.

Estando ambos principios en balance, una idea radical de identidad significaría, entonces, eliminar la representación. La democracia directa (absoluta) sería así esa manifestación radical de identidad, que en la teoría de SCHMITT es imposible:

“En la realidad de la vida política no hay un Estado que pueda renunciar a todos los elementos estructurales del principio de la identidad, como no lo hay que pueda renunciar a todos los elementos estructurales de la representación”⁴⁴.

En la teoría de SCHMITT se da un particular balance entre los individuos y el pueblo. Por una parte, manifiesta que la reunión de todos los hombres adultos no significaría una efectiva reunión del pueblo, pues ahí estarían solo representados como asamblea, pero no como individuos. Por otra, cree que el voto secreto emitido en conciencia va a elegir a personas que sí representen al pueblo.

“Todo diputado se considera ‘representante de todo el pueblo’, es decir, representante en sentido público”⁴⁵.

Remata señalando:

“No hay, pues, ningún Estado sin representación, porque no hay ningún Estado sin forma política, y a la forma le corresponde esencialmente la representación de la unidad política. En todo estado ha de haber hombres que puedan decir *L’Etat c’est moi*”⁴⁶.

Esta visión de SCHMITT es seguida en parte por ATRIA, quien interpretando la representación apoya la idea de que ella no es un modelo a escala de la reunión de los ciudadanos, sino, por el contrario, un espacio donde los representantes deben ser portavoces de la voz del pueblo y, por lo tanto, buscar cuál es el mejor interés del mismo. Este interés, por lo tanto, no siempre coincidirá con el fin que es perseguido por las personas individualmente consideradas o agrupadas desde sus preferencias individuales⁴⁷.

43 SCHMITT, Carl (1982) p. 205.

44 SCHMITT, Carl (1982), p. 206.

45 Ídem.

46 SCHMITT, Carl (1982), p. 207.

47 ATRIA, Fernando (2016), pp. 424-432.

Finalmente, es interesante la visión existencial de la representación para SCHMITT: “La representación no es un fenómeno de carácter normativo, sino algo existencial. Representar es hacer perceptible”⁴⁸. Esto se repite más adelante en su teoría, como una visión que tiene elementos realistas, en cuanto el pueblo efectivamente no puede representarse a sí mismo por una imposibilidad espacial y temporal. Pero también tiene un elemento más metafísico, pues pareciera que para SCHMITT esa imposibilidad de representación propia tiene que ver con una existencia inmaterial que es esencial para el valor elevado del concepto de pueblo. En cierto sentido, el congreso representa al pueblo y los diputados y senadores son quienes portan su voz, así como la iglesia es la representante de Dios en la tierra y los sacerdotes portan su voz.

Sin embargo, la posición inicial de KELSEN, inclinada hacia la democracia directa, fue matizada en escritos posteriores, donde defiende de manera más enfática a la representación como canal de la democracia. Este cambio de postura es relevado por URBINATI e INVERNIZZI, en la introducción a un libro del propio KELSEN. De acuerdo con los mencionados autores, KELSEN considera a la representación como la única forma posible de construir una democracia, cuestión que viene reforzada en los Estados en la era industrial, dado que están fundados sobre la división del trabajo que requiere tener personas especializadas en la toma de decisiones. Los autores expresan que KELSEN ahondó en una crítica a la democracia directa, al señalar que esta, a gran escala, enmascararía problemas sociales en lugar de visibilizarlos, y propendería a la creación de élites que controlarían el sistema⁴⁹.

Para BOBBIO, en tanto, la historia de la democracia está vinculada a la de afirmación de los Estados representativos, y a principios del siglo XX, con una consolidación de la democracia representativa, ensayada primeramente por Inglaterra, en los distintos países de Europa. BOBBIO mira esta discusión como una cuestión de legitimidad de las normas, finalmente, donde la asociación política manifestada en la representación termina por convertirse en la manera de la democracia, dejando en segundo plano a mecanismos de democracia directa, que fueron defendidos principalmente a comienzos de siglo por los autores marxistas⁵⁰.

48 SCHMITT, Carl (1982), p. 209.

49 URBINATI, Nadia e INVERNIZZI, Carlo, en KELSEN, Hans (2013), p. 9.

50 BOBBIO, Norberto (1985), pp. 144-147.

Pero el autor italiano cree que la democracia como autogobierno del pueblo es un mito que siempre es desmentido por la historia. La democracia más bien tendría que ver con, en primer lugar, la legitimidad en la formación de la clase dirigente mediante la elección, la que debe repetirse de manera periódica, además de producirse una circulación de las élites⁵¹. Pero la complementariedad entre democracia directa y representativa, sin embargo, es vista por él como una cuestión sensata, en la medida que los mecanismos de democracia directa no signifiquen que los ciudadanos deban destinarse absolutamente a la decisión de los asuntos comunes⁵².

Como veremos a continuación, esa complementariedad parece ser la regla hoy en día, a pesar de que la discusión subsista.

5.2. Tipos de democracia

Desde el punto de vista de la participación política, el tratamiento del concepto se da muchas veces en conjunto con la discusión sobre los tipos de democracia y, en especial, junto con el dilema entre democracia representativa y democracia directa, enfocando entonces el análisis en los llamados mecanismos de democracia directa⁵³. Esta discusión tiene sentido al hablar de participación ciudadana, pues efectivamente el eje que se genera es el de definir cuál es la manera en que los ciudadanos se involucrarán en los asuntos de Estado.

Examinaremos los tipos de democracia que ha propuesto la doctrina y sus supuestas diferencias, para examinar cómo (si es que) ellas tienen alguna relación con el concepto que podamos tener de participación política. Si bien las primeras discusiones eran más bien dominadas por el eje representativo-directo, actualmente encontramos también otras formas de democracia en la discusión teórica. Examinaremos, por lo tanto, los modelos de democracia directa, representativa, inclusiva, participativa y deliberativa.

51 BOBBIO, Norberto (2009), pp. 20-22.

52 BOBBIO, Norberto (1987), pp. 32-33.

53 Así por ejemplo, Rojas Díaz y Colina dedican su libro al estudio de los mecanismos de democracia directa (referéndum, plebiscito, revocaciones de mandato, la iniciativa popular de ley, etc.). ROJAS DÍAZ, Alejandro y COLINA, Ricardo (2007). De manera similar a lo que hace SOTO BARRIENTOS, Francisco (2013).

En cada uno de los modelos de democracia es posible diferenciar una manera en que los ciudadanos se relacionan con los gobernantes, como primera cuestión, y luego también observar si las preferencias de los ciudadanos son exógenas al proceso político (son previas a él) o son endógenas al proceso político (se crean en el mismo).

A) Democracias representativa y directa como tipos de democracias

Como señalan PARRY *et ál.*:

“Existen dos grandes teorías de la democracia que tienen características bastante distintivas para la participación ciudadana. Los ancestros de la primera teoría pueden ser trazados hasta los antiguos griegos. Entre los últimos proponentes puede enumerarse a Rousseau, John Stuart Mill y el pensador del socialismo gremial, G.D.H. Cole. Para esta tradición de pensamiento el gobierno del pueblo implica la mayor participación ciudadana posible en la formación de las leyes y las políticas”⁵⁴.

La democracia directa es aquella que está asociada a la manifestación de la voluntad popular de manera directa por parte del pueblo, sin la intermediación de representantes. La participación del pueblo en la toma de las decisiones resulta, entonces, lo que es más trascendental para el modelo, que luego encuentra una serie de diferencias en las formas y profundidades en que se lleva a cabo.

El gran autor en esta línea de pensamiento es ROSSEAU, quien creía que la voluntad popular podía manifestarse solamente a través de la asamblea. Agregamos a esto que, en su modelo ideal de deliberación del pueblo, era uno en que los individuos no pudieran comunicarse entre sí en otras instancias, de manera de que no se produjeran asociaciones que pusieran sus intereses por sobre los intereses generales⁵⁵.

En palabras de PATEMAN:

“[Rousseau] pensaba que la situación ideal para la toma de decisiones era aquella en la cual no estaba presente ningún grupo organizado, sino sólo los individuos”⁵⁶.

54 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), p. 4.

55 ROUSSEAU, Jean Jacques (1993), pp. 26-27.

56 PATEMAN, Carole (2014), p. 52.

De acuerdo a la interpretación de PATEMAN, la participación tiene importancia porque es una manera de asegurar un buen gobierno, pero, más interesantemente, porque tiene un factor psicológico en los ciudadanos, siendo un proceso educativo en el que los ciudadanos entienden que existen opciones y miradas que son más amplias que las de su propio interés⁵⁷.

La visión de PATEMAN se enmarca en una dispersión sobre las formas de la democracia directa, que es notada por WELP, quien hace un recorrido por todas las formas de democracia directa existentes en la historia, que van desde la democracia griega clásica hasta los *soviets* originales, pasando por la Comuna de París. En ese recorrido, la autora nos muestra esta falta de unidad de las experiencias, además de su fracaso en distintas formas y su renacimiento en dos versiones, una tecnológica y otra de incorporación de herramientas dentro de la democracia representativa⁵⁸.

En la línea tecnológica, hay autores que consideran lo mismo, en tanto que las ideas de los antiguos griegos o de ROUSSEAU en el establecimiento de la democracia directa son imposibles, dada la dificultad de reunir al pueblo, pero creen que “el prospecto de la democracia directa puede estar cerca de ser revivido, a propósito de las nuevas tecnologías de la información, que permitirían una ‘máquina de votaciones’ que fuera instalada en cada casa”⁵⁹.

Finalmente, WELP da cuenta de algunas iniciativas en esta línea, como las de Podemos y el Partido Y en España, así como la propuesta de democracia líquida y de democracia 4.0, todas las que ven la posibilidad de que el pueblo se autogobierne con la ayuda de *softwares*⁶⁰.

En el otro lado del espectro estaría la democracia representativa, que es aquella en la que el ejercicio cotidiano del poder se ejercita a través de representantes electos, que es su principal característica. Este tipo de democracia se opondría a la primera en cuanto ella sería incapaz de desplegar el real ideario democrático. En ese sentido, hay quienes ven a la democracia representativa como una alternativa poco democrática, quienes la ven como una buena segunda opción, quienes la valoran por sí misma y quienes creen en la integración de ambos modelos.

57 PATEMAN, Carole (2014), p. 53.

58 WELP, Yanina (2018), pp. 27-32.

59 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), p. 4.

60 WELP, Yanina (2018), p. 32.

Como señala URBINATI, el hecho de que la representación sea su característica principal, la ha llevado a una áspera discusión donde incluso se ha calificado a la representación como un antónimo de la democracia. Para ella, sin embargo:

“La representación es un proceso completo de filtrado, redefinición y mediación para la formación y expresión de la voluntad política. Modela el objeto, el estilo y los procedimientos de la competencia y la acción política. Ayuda a despersonalizar las demandas y las opiniones, lo que a su vez permite que los ciudadanos las relacionen y las asocien, sin borrar el espíritu partisano, esencial para la competencia política libre, y sin oscureces la división mayoría/minoría”⁶¹.

Esto, sin perjuicio de que “[I]a representación activa un tipo de unificación política que puede ser definida ni en términos de un acuerdo contractual entre electores y electos, ni tampoco como como un sistema de competencia para nominar a los que se pronunciarán sobre el interés general de todos (técnicamente, la ley)”⁶². De acuerdo al concepto de la autora, la representación no puede desplazar el centro de la política desde los ciudadanos, por lo tanto, dicha representación debiera importar una comunicación constante entre representantes y sociedad civil⁶³.

Vale decir, para URBINATI la representación es la manera en que efectivamente se puede dar lugar a la democracia, entendiendo que, además, ella interactúa con otros dispositivos de distribución del poder y de la gobernanza, incluida la interacción permanente entre la esfera de la sociedad civil y la esfera de lo público, pero especialmente en la interacción con los representantes.

Los conceptos de democracia representativa en general incorporan elementos más allá de la representación, para darle la forma de un sistema político. Así, por ejemplo, en el concepto de WELP:

“En la democracia representativa, las elecciones periódicas, libres y competitivas de las autoridades son el mecanismo para la selección de quienes ejercerán el poder temporalmente, sometidos a unas restricciones basadas en las normas y equilibrios entre instituciones ejecutivas, judiciales y legislativas”⁶⁴.

61 URBINATI, Nadia (2018), p. 23.

62 URBINATI, Nadia (2006), p. 19.

63 URBINATI, Nadia (2006), p. 24.

64 WELP, Yanina (2018), p. 33.

Como vemos, el concepto considera no solo que la participación de los ciudadanos es mediante el voto y la elección de representantes, sino también que esos representantes electos tendrán limitaciones específicas en el ejercicio de su poder. Por eso, la democracia representativa es identificada con la democracia liberal (o burguesa), siendo que no solo se le reconoce por su dispositivo esencial que es la representación, sino también por la configuración completa de la repartición y organización del poder.

Unificando en un concepto algunas de las características fundamentales, CORREA y RUIZ TAGLE señalan:

“[L]a democracia representativa, también llamada constitucional, es un sistema político en el que gobierna la mayoría, asegurando al mismo tiempo el respeto de los derechos de las minorías, en el que el pueblo elige a sus representantes en procesos electorales, y en el que se promueve la participación; ello de acuerdo con un conjunto de principios y normas constitucionales que limitan y controlan la acción de los gobernantes y el interés común de los gobernados”⁶⁵.

En una definición como la anterior, existe prácticamente una coincidencia entre la idea de democracia representativa y la de Estado de derecho. La representación acá pasa prácticamente a un segundo plano, cediendo el protagonismo a los mecanismos de control.

En la misma línea, para BÖCKENFÖRDE no caben dudas sobre la necesidad de representación en la democracia. De hecho, él expresa:

“[L]a configuración concreta de la democracia no puede darse bajo la forma de la democracia directa o de la identidad, sino que está referida necesaria y primariamente a una estructura representativa, en la que luego podrán incorporarse elementos plebiscitarios como factores de equilibrio”⁶⁶.

BÖCKENFÖRDE deja abierta la puerta a los mecanismos de democracia directa, pero no a la democracia directa *per se*. Ello es lo que observamos en la mayoría de los autores, que se encuentran en algún punto intermedio del espectro. En esa línea, incluso hay quienes ven tanto a la representación y a la participación como los dos elementos esenciales de la democracia⁶⁷, incluso cuando simultáneamente consideren que la sola

65 CORREA, Sofía y RUIZ TAGLE, Pablo (2010), p. 82.

66 BÖCKENFÖRDE, Ernst (2000), p. 47.

67 TURPIN, Colin y TOMKINS, Adam (2007), p. 35.

representación es más bien una alternativa a la democracia que una forma de democracia⁶⁸.

Por ejemplo, uno de los grandes autores del lado de la democracia representativa, como es MILL, no deja de reconocer la potencialidad de las herramientas de la democracia directa, señalando:

“No hay ninguna dificultad en demostrar que la forma ideal de gobierno es aquella en que la soberanía, el poder supremo de control, pertenece, en última instancia a la masa reunida en comunidad; aquella en cada ciudadano no sólo tiene una voz en el ejercicio del poder supremo, pero también es llamado, a lo menos ocasionalmente, a tomar parte activa en el gobierno para el ejercicio de alguna función pública, local o general”⁶⁹.

La pretensión de sustitución de una democracia por la otra se basaría en una falsa elección trágica. En ello concordamos con el análisis de PLOTKE, quien, identificando participación con los mecanismos de democracia directa, señala:

“[M]i punto, nuevamente, es que el opuesto a representación no es participación: el opuesto a representación es exclusión. Y el opuesto a participación es abstención”⁷⁰.

En conclusión, tanto desde el punto de vista más político, como desde la discusión del derecho positivo y de la práctica de la democracia, pareciera que finalmente la dicotomía entre representación y democracia directa es menos extrema. Salvo quienes creen que la democracia representativa niega la democracia, en general existe consenso en que la democracia debe incorporar mecanismos de ambos sistemas, siendo la gran diferencia el énfasis a unos u otros.

En ese sentido, concordamos con SOTO y WELP, quienes no están de acuerdo en el tratamiento de estas ideas de democracia como ideologías enfrentadas. Los autores, siguiendo a MILL y a KELSEN, entre otros, consideran que del estudio comparado de los sistemas institucionales del mundo occidental pueden concluir que la mayoría de ellos ha incorporado mecanismos de democracia directa en algún sentido, sin que ello signifique

68 TURPIN, Colin y TOMKINS, Adam (2007), pp. 36-37.

69 MILL, John (1981), p. 31.

70 PLOTKE, David (1997), p. 25.

derruir la lógica representativa, sino que las complementan⁷¹. Lo anterior es importante, porque la complementariedad de los mecanismos marca las posibilidades de su incorporación y la existencia de objetivos asociados a dicha incorporación, sin que ello suponga un enfrentamiento radical de ideas en un plano político.

Más allá de esta complementariedad, LUCIANI incluso es crítico en considerar que mecanismos como los referéndum son de democracia directa. Para él, la democracia directa tiene una conceptualización tradicional, que es la única posible, y por ello su mecanismo solo puede ser la reunión en asamblea de los ciudadanos. Los ciudadanos deben estar físicamente juntos, constituyendo un cuerpo uniforme, para que pueda existir una decisión efectivamente de democracia directa. Hacerlo de manera dispersa, con voto secreto y sin la discusión propia de la asamblea, sería un mecanismo liberal que nada tiene que ver con la democracia directa⁷².

“[N]o sólo el referéndum no es una institución de democracia directa, sino que parece históricamente y lógicamente discordante con esta forma de gobierno”⁷³.

LUCIANI, finalmente, considera que el referéndum especialmente, y otros mecanismos supuestamente tradicionales de democracia directa, son en realidad propios de la democracia representativa o en el mejor de los casos un injerto dentro de un tronco que es representativo. Lo anterior le permite concluir que estos mecanismos serían solamente otra manifestación del principio de soberanía popular en un encuadre representativo⁷⁴.

La visión crítica de LUCIANI a estos mecanismos tiene una raíz histórica en el sentido de interpretar a los autores que han hablado de la democracia directa y que en general apelan a la reunión de los ciudadanos en asamblea, y tiene también una crítica actualizada al individualismo liberal y cómo este merma las instituciones democráticas colectivas. En la clave que se ha tratado anteriormente el asunto, nos parece que el problema de LUCIANI no es con el hecho de que haya una votación directa por parte de los ciudadanos para decidir el asunto y quizá tampoco con que ello conviva con

71 SOTO, Francisco y WELP, Yanina (2017), p. 34.

72 LUCIANI, Massimo (2008), pp. 157-182.

73 LUCIANI, Massimo (2008), p. 60.

74 LUCIANI, Massimo (2008), pp. 157-182.

un sistema representativo, sino que, principalmente, con la noción de que las preferencias son exógenas al proceso político. De alguna forma, LUCIANI considera parte de la democracia representativa a estos mecanismos, porque mantienen la misma lógica de aquel, en lugar de moverse hacia el asambleísmo.

A lo que nos enfrentamos, entonces, en la práctica, es a que, si bien la democracia representativa continúa siendo la norma, ha existido un aumento en el uso de mecanismos de democracia directa⁷⁵, cuestión que podría demostrar que en realidad entre estos dos modelos no existe una oposición total, sino que son perfectamente complementarios y han ido variando su justo equilibrio.

Así, una conceptualización moderna de la democracia directa podría ser como la de JOSI:

“[U]n tipo de sistema político que se caracteriza por enfatizar la provisión de mecanismos de participación política y de toma de decisiones, en los cuales los ciudadanos pueden votar y decidir cuestiones de interés público sin la interferencia de intermediarios que representen sus intereses”⁷⁶.

Hay un énfasis diferente y una mayor búsqueda de esas herramientas de voto sin intermediación, pero no una pretensión real de sustitución de la democracia representativa.

La democracia directa, o más bien los mecanismos de democracia directa, son parte de las democracias liberales contemporáneas. Por lo mismo, nos parece más razonable entender que están ahí para fortalecerlas, al permitir que, en sociedades complejas, la toma de decisiones se diversifique, relacionando de mejor manera el objeto de la decisión con la necesidad de un método de toma de dicha decisión.

a. La democracia inclusiva

Este modelo de democracia es el que tiene menor trabajo teórico a la actualidad, en vista principalmente de la novedad del concepto. Para MÁIZ, este tipo de democracia recoge elementos de las anteriores, pero con un marcado acento en una reconceptualización del poder, el que es visto tanto

75 ALTMAN, David (2017), p. 1223.

76 JOSI, Claudia (2016).

desde su variable institucional como de la acción colectiva⁷⁷. La democracia inclusiva, continúa MAÍZ:

“[S]e concreta, entre otros, en torno a cuatro ejes de reflexión y experimentación democrática: 1) la atención a los problemas del antagonismo en torno al poder político en los contextos de decisión democrática; 2) la necesidad de articular los niveles local estatal a efectos de participación, control y coordinación; 3) la gestión del pluralismo cultural y la representación de los grupos minoritarios; 4) la recuperación del poder que nace de la acción colectiva”⁷⁸.

Como vemos, esta conceptualización de la democracia introduce conceptos nuevos. En particular, introduce una variable espacial en relación con las comunidades afectadas por las decisiones. Sin embargo, la distinción más relevante que recoge el autor es que la democracia inclusiva, al intentar aprehender el conflicto político entendería que ciertas herramientas de participación no son propiamente ello, en cuanto no asimilan ese conflicto, sino que lo evitan. Así, entonces, observa una importante diferencia entre la participación política y la participación en políticas públicas, particularmente cuando esta última está diseñada para conseguir participación y conocimiento local en un contexto en que existen intereses dispares. Desde el punto de vista de la democracia inclusiva, ese tipo de procedimiento no sería adecuado para afrontar los conflictos de dominación y desigualdad que se encuentran en la base de esas relaciones sociales⁷⁹.

Por último y para el autor, el activismo político es uno de los elementos centrales para este tipo de democracia, cosa que no solo se centraría en “el diseño de nuevos mecanismos y ámbitos institucionales de participación y deliberación multinivel, sino que sitúa en su núcleo el problema de coordinación entre los actores tradicionales (partidos y sindicatos) y la emergencia de nuevos actores como movimientos sociales, asociaciones y organizaciones no gubernamentales”⁸⁰.

En estos últimos dos puntos consideramos que existe una confusión por parte del autor, puesto que mezcla la participación política con la participación en la gestión pública, a propósito de caracterizar la democracia inclu-

77 MAÍZ, Ramón (2004), pp. 42-43.

78 MAÍZ, Ramón (2004), p. 42.

79 Ídem.

80 MAÍZ, Ramón (2004), p. 43.

siva. Esto quizá es causado por el hecho de que el concepto de democracia inclusiva, como decíamos, es bastante novedoso y está muy vinculado al andar actual de la democracia y a las formas de participación existentes, sin que se haga un adecuado análisis de los diferentes niveles de esta.

El concepto desarrollado por el autor Takis FOTOPOULOS, intelectual griego, parte efectivamente de las crisis de las democracias occidentales (suponemos que está muy marcado por la crisis griega de comienzos del siglo XXI), y lo propone como alternativa. La tesis de FOTOPOULOS básicamente expresa que la forma actual de economía del crecimiento y la mercantilización, unida a la democracia representativa, son la causa de la crisis social, económica, política y ecológica. A la base del problema se encontraría el hecho de que los dispositivos institucionales antes señalados tienden a la concentración del poder⁸¹. Propone, por lo tanto, una modificación radical que importe la democratización de los cuatro espacios antes referidos, entendidos como partes del reino de lo público y, por lo tanto, espacios donde se requiere de democracia⁸².

Esta transformación radical es entendida como naciente de la propia participación de las personas, pero requiere de lo que el autor llama “comunidades confederadas”, pues entiende que es solo en lo comunitario donde realmente podrían darse dinámicas de democratización en todos sus niveles. Esas comunidades pequeñas tendrían sus propias reglas, policía y economía, organizándose con las demás en asambleas de representantes⁸³.

El proyecto de FOTOPOULOS es transformador y contiene elementos muy interesantes, tanto en términos generales como para efectos de este proyecto. Sin embargo y por motivos que solo podemos imaginar, no ha encontrado un eco suficiente en la comunidad internacional, ni siquiera a nivel académico⁸⁴.

Para nosotros, el interés en este proyecto radica en al menos dos variables: la primera tiene que ver con su diagnóstico sobre la acumulación

81 FOTOPOULOS, Takis (1997), pp. 140-156.

82 FOTOPOULOS, Takis (1997), pp. 206-207.

83 FOTOPOULOS, Takis (1997), pp. 2024-236.

84 En efecto, además de algunas pocas publicaciones que se refieren al concepto, solo existe una revista académica dedicada al asunto y es dirigida por el mismo autor, siendo que la mayoría de los artículos que se han publicado en la revista son de su propia autoría. Disponible en línea: <<http://www.inclusivedemocracy.org/journal/>>.

de poder que supone tanto la economía de mercado como la democracia representativa. La segunda guarda relación con la idea de democratización ecológica que incorpora este modelo de democracia, pues es en dicha idea que debemos observar si, y en qué condiciones, podría la participación ciudadana en materia ambiental jugar un rol. Sin embargo, su poco desarrollo y profundidad nos impide tomar mayores elementos para el tratamiento de los objetivos de este trabajo.

b. La democracia deliberativa

La democracia deliberativa incorpora la idea de que las preferencias de los actores son generadas dentro del proceso político, como consecuencia de ciertas condiciones que este proceso tiene. En especial, se refiere al hecho de que existe una comunicación entre los actores, en la que existen opciones amplias y abiertas, capaces de provocar transformaciones mutuas entre los ciudadanos y el gobierno, constituye una característica constitutiva de la democracia deliberativa⁸⁵.

De acuerdo con ELSTER, a pesar de que existan diferentes visiones sobre la democracia deliberativa y especialmente sobre qué cuenta como deliberación, se puede señalar que el fenómeno incluye una toma de decisiones colectivas con la presencia de todos quienes serán afectados, siendo además esta decisión adoptada a través de una argumentación ofrecida por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad⁸⁶.

COHEN, por su parte, considera que la democracia deliberativa es una antítesis de lo que llama democracia agregativa, observando ambas con el lente de la igualdad. En la democracia agregativa, tanto la democracia representativa como la directa serían de este tipo, la igualdad estaría dada en el hecho de que los intereses personales de todos los sujetos debieran tener un peso idéntico, a efectos de las elecciones colectivas que se hagan. En la democracia deliberativa, en cambio, la igualdad no tendría que ver con los intereses, sino que la decisión colectiva solo sería propiamente colectiva si es el producto de un arreglo institucional en que todos pueden participar como iguales a través de un razonamiento público y libre que concluya con

85 MÁIZ, Ramón (2004), pp. 37-38.

86 ELSTER, Jon (ed.) (1998), p. 8.

una decisión que los gobierne⁸⁷. La democracia deliberativa, agrega, es una forma de democracia que pone al razonamiento público en su centro, y que institucionalmente construye amarras para que el poder solo se ejerza a través del libre razonamiento entre iguales⁸⁸.

La tensión descrita por COHEN es recogida por DRYZEK, quien entiende que en principio la democracia liberal –agregativa en términos de COHEN– sería irreconciliable con la democracia deliberativa. Esto, señala, se debería a que la segunda, por definición, está abierta a conceptos que se logran mediante el proceso político, mientras que la primera busca la agregación y conciliación de preferencias que son previas al proceso político⁸⁹. Sin embargo, tanto COHEN como DRYZEK reconcilian en cierto nivel la manera en que las democracias liberales y la democracia deliberativa pueden convivir.

Ahora bien, la democracia deliberativa es discutiblemente un modelo de democracia que compite con los demás, como veremos en el capítulo que trata especialmente de la deliberación, nos parece que más bien este modelo de democracia apunta a la incorporación de lógicas deliberativas en los espacios de toma de decisiones públicas, que aumenten la deliberación, sin sustituir completamente a otro tipo de procedimiento para la toma de decisiones.

Exploraremos en profundidad estos conceptos y en el potencial de la deliberación en una sección siguiente.

c. La democracia participativa

De manera similar a la democracia deliberativa, nos parece que lo que alguna doctrina llama democracia participativa no es *per se* un tipo de democracia, sino que una visión de esta que busca incorporar mayores variables de participación. Incluso, en algunas visiones podríamos decir que la democracia participativa, como área de estudios, no difiere en realidad de la participación ciudadana como área de estudios, sino que son solo semánticas distintas de distintas tradiciones y disciplinas para nombrar un mismo fenómeno.

87 COHEN, Joshua (1998), pp. 185-231.

88 COHEN, Joshua (1998), p. 193.

89 DRYZEK, John (2000), p. 10.

La democracia participativa, señala SOTO, en concordancia con la doctrina italiana, sería:

“[...] el conjunto de instituciones que permite la intervención de sujetos, sean ciudadanos u organizaciones, en procedimientos administrativos, legislativos o parlamentarios de interés público, pese a que la decisión definitiva sea tomada finalmente por el órgano facultado para ello”⁹⁰.

Así, el autor entiende que la supuesta dicotomía entre los mecanismos de democracia directa y la representación no es tal, sino que perfectamente existe –y debe existir– una complementación entre ambas.

ALLEGRETTI, sin embargo, difiere de aquello, pues, creyendo que los mecanismos de participación a los que hace alusión SOTO son parte de la democracia representativa, circunscribe la democracia participativa a aquellas instancias en que las personas individuales u organizadas tienen una presencia autónoma que les permite guiar el proceso de participación. Descarta en este tipo de democracia, entonces, las interacciones entre instituciones de participación e instituciones representativas, pues, según su concepto, en estos casos la decisión siempre recaerá finamente en la voluntad de las instituciones representativas⁹¹.

Para ALLEGRETTI, la participación importa ciertos procedimientos que se enmarcan dentro de un sistema democrático determinado al efecto indica:

“La participación, como noción aplicada a la política y como una antigua exigencia de actuación plena requerida por la idea y la práctica de la democracia, es normalmente concebida al interior de las instituciones de elección por un lado y de la organización administrativa por otro –en esta segunda no se olvida, como elemento esencial de la primera en el modo de ser del estado moderno contemporáneo–: como calidad, eso es, presente o deseable de los componentes de la democracia que llamamos representativa”⁹².

Por lo tanto, en la escala de intensidad de la participación del propio ALLEGRETTI, los mecanismos de democracia participativa se sitúan en un nivel superior a la mera participación.

La posición de SOTO, finalmente, da cuenta de una realidad, que es el hecho de que las democracias representativas, y especialmente las lati-

90 SOTO BARRIENTOS, Francisco (2013), p. 25.

91 ALLEGRETTI, Umberto (2010), pp. 12-13.

92 ALLEGRETTI, Umberto (2010), p. 12.

noamericanas, han incorporado mecanismos que tradicionalmente se han llamado de democracia directa. La pregunta siguiente es: ¿cambia eso el sistema democrático? LUCIANI diría que no. A su juicio, en el mejor de los casos, podríamos hablar de una subclase de democracia representativa. Sin embargo, LUCIANI está refiriéndose, nuevamente, a los mecanismos clásicos de democracia directa y no a mecanismos de participación que hoy podríamos considerar como parte de la democracia participativa.

PARRY *et ál.*, que entienden que la democracia directa de hoy estaría en la posibilidad de tener una máquina de votaciones en cada casa, son, en cambio, cercanos a la posición de SOTO. Los autores dan cuenta de una serie de mecanismos existentes en la actualidad para influenciar a la opinión pública, que abarcan desde escribir cartas a los representantes hasta votar, pasando por acudir a las manifestaciones sociales. Luego señalan que “una democracia participativa moderna sería una en que los ciudadanos aprovechen al máximo estos mecanismos”⁹³. En esa visión, entonces, la participación dentro de la democracia representativa es una serie de mecanismos, no un cambio radical en el tipo de democracia.

En una línea intermedia estaría DELLA PORTA, según quien estamos observando la incorporación de mecanismos participativos frente a los problemas de la democracia representativa (liberal). La autora destaca que el “crecimiento de variadas y múltiples formas de participación política no convencional refleja el desarrollo de las concepciones de democracia participativa”⁹⁴. Esto respondería a la lógica de poner “fuertes límites al principio de delegación, que es visto como un instrumento de un poder oligárquico”⁹⁵, lo que sería base fundante de la democracia participativa. La visión de DELLA PORTA es que la participación es finalmente un mecanismo que permite mayores niveles de igualdad y que, por lo tanto, equilibra los poderes, cuestión que se hace más necesaria ante el estado en que se encuentran las democracias actuales⁹⁶.

Lo mencionado queda claro en ALLEGRETTI, en cuanto ve a la democracia participativa como una escala de intensidad siguiente a la participación

93 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), p. 4.

94 DELLA PORTA, Donatella, p. 47.

95 Ídem.

96 DELLA PORTA, Donatella, p. 49.

a solas. Asimismo, cuando explica la diferencia entre ambas, se refiere a la democracia deliberativa como un concepto muy cercano al de democracia participativa. La diferencia entre ambos estaría, a juicio del autor, en que la primera se preocupa más de los mecanismos, mientras que la segunda mira al cómo se dan esos procedimientos. Así señala:

“[C]omo diremos mejor, la democracia participativa encuentra en el momento deliberativo un elemento esencial, de la misma forma que la democracia deliberativa tiene un lugar privilegiado en los procedimientos participativos”⁹⁷.

Volveremos sobre este punto al tratar los mecanismos de participación.

En la misma lógica de continuidad de espectro, WELP considera que la democracia participativa sería una nueva versión de la democracia directa:

“Tras la caída del muro de Berlín, en 1989, el ideal de la democracia directa y/o la autogestión parecía relegado al pasado o a experiencias muy locales y minúsculas. En los años siguientes volvieron a florecer. Estos anhelos de cambios tienen sus bases en la crisis de la democracia representativa y en la expansión de las nuevas tecnologías. El movimiento de renovación viene de la mano de lo que se ha dado en llamar ‘democracia participativa’ en América Latina y se conoce como ‘innovación democrática’ en Europa. El énfasis no se pone necesariamente en reemplazar la democracia representativa sino en transformarla, incorporando mecanismos de control y participación ciudadana”⁹⁸.

Coincidimos en la idea de continuidad entre los tipos de democracia e incluso en la cercanía de la democracia directa y la participativa, entendiendo que de alguna manera ambas, en sus versiones actuales, son variaciones a la democracia representativa. El centro de análisis que ha terminado por diferenciarlas está en los mecanismos que cada una de ellas utiliza.

En el análisis actual de la democracia directa, esta se centra en las votaciones directas para definir asuntos públicos. La democracia participativa, en cambio, abarca una serie de mecanismos en los que puede darse una decisión directa por parte de los ciudadanos o un insumo por parte de los mismos. La democracia deliberativa, en tanto, se centra en un tipo especial de mecanismo, que es la deliberación. Esta será abordada en mayor detalle en el capítulo siguiente.

97 ALLEGRETTI, Umberto (2010), p. 17.

98 WELP, Yanina (2018), p. 31.

Mientras la participación ciudadana en materia ambiental podría estar inscrita en cualquiera de las tres tradiciones que hemos nombrado más arriba, y en algún sentido, al menos en la democracia participativa, no hay muchas dudas sobre su cabida, la hipótesis de este trabajo dice relación con que su esencia es más cercana a los mecanismos deliberativos, precisamente porque sí existe una preocupación por el tipo de participación que significa, siendo una institución que en ese sentido es menos flexible, pues pretende generar deliberación y no cualquier tipo de participación.

**CAPÍTULO II:
DELIBERACIÓN Y RECEPTIVIDAD**

1. INTRODUCCIÓN

Parte de la hipótesis de esta investigación dice relación con el contenido deliberativo de la participación ciudadana en materia ambiental.

Habiendo revisado las lógicas de la participación, se nos hace necesario observar cuáles serían, en abstracto, las lógicas de la deliberación. Estas se recogen en la teoría de la democracia deliberativa, que busca responder por la manera en que se toman las decisiones colectivas en el marco de la democracia.

Para la democracia deliberativa, la pregunta sobre cuáles son los fines de la democracia se responde señalando que la esta es un fin en sí misma. Esto, en cuanto la democracia y los discursos que se generan en la democracia son los que permiten la reflexión sobre los temas que interesan al colectivo. Vale decir que, en el modelo de la deliberación, la manera en que se llega a fijar cuáles son efectivamente los temas que interesan al colectivo es mediante el intercambio que se produce entre los individuos.

Nos interesa entender en este capítulo cuál es el contenido efectivo de la deliberación y, por lo tanto, de qué manera ella podría operar en la toma de decisiones ambientales, sobre todo cuando observamos que esas decisiones están incorporadas en estructuras democráticas que no siempre facilitan, posibilitan o alientan a la deliberación.

2. DELIBERACIÓN Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA

La democracia deliberativa, básicamente, como dice COHEN, “[e]s una asociación cuyos asuntos son gobernados por la deliberación pública de sus miembros”⁹⁹, cuestión que significa:

99 COHEN, Joshua (1997), p. 67.

“[L]a noción de la democracia deliberativa está basada en el ideal intuitivo de la asociación democrática en que la justificación de los términos y condiciones de la asociación se toman bajo argumentación y razonamiento público entre ciudadanos iguales. Los ciudadanos en dicho orden, comparten un compromiso con la resolución de problemas de elección colectiva a través del razonamiento público, y ven sus instituciones básicas como legítimas solo en cuanto ellas establecen el marco para la deliberación pública”¹⁰⁰.

Vale decir, la gran marca de la democracia deliberativa es el hecho de vincular la legitimidad de las decisiones de la democracia al hecho de que ellas se tomen en razón de la argumentación y razonamiento de las personas que componen una comunidad o sociedad y que son vistas y tratadas como iguales. Esta idea central marca una serie de características diferenciadoras de la democracia deliberativa.

Entre los diversos modelos de democracia, analizados de manera previa, dijimos que la democracia deliberativa tenía entre sus características principales el hecho de que considera que las preferencias de los actores se generan dentro del proceso político. En ese sentido, la democracia deliberativa cree que es este proceso el que permite la persuasión, y que la persuasión es la forma más justificable de poder político, pues responde de manera adecuada a la autonomía de las personas¹⁰¹.

La deliberación supone 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. Esta base conceptual es de la que se nutre la propia democracia en cierto sentido, pero también es una cuestión que se le reclama al sistema político, como buena práctica de toma de decisiones. La teoría deliberativa busca entender cómo se producen las decisiones colectivas y también determinar cómo es que ellas debieran producirse a efectos de generar un beneficio colectivo. URFALINO agregaría a esto que se quiere entender una manera de decidir colectivamente que no implique agregar preferencias¹⁰².

La necesidad de deliberación se basa, precisamente, en que las personas, si bien tenemos algunas preferencias de manera previa, en general

100 COHEN, Joshua (1997), p. 72.

101 GUTMANN, Amy (1993).

102 URFALINO, Philippe (2016), p. 39.

tenemos información y preferencias que son incompletas y conflictivas. Por lo tanto, se requiere de un trabajo de depuración mediante la presentación de alternativas y efectos de dichas alternativas para poder finalmente efectivamente fijarnos una opción¹⁰³.

La democracia deliberativa avanza en un sentido contrario de aquellas teorías que aplican las lógicas del mercado a la democracia y, por lo tanto, lo ven como un espacio en que las preferencias personales, producidas de manera descoordinada y personal, se agregan para dar como resultado a la voluntad de la comunidad¹⁰⁴. Como explica ELSTER, la deliberación pareciera tener dos premisas fundamentales que favorecen la discusión en la arena pública por sobre la toma de preferencias desagregadas. Por una parte, en un debate público hay ciertas razones que no son posibles de hacer (las de interés personal) y, por otra parte, debido a la necesidad de disminuir la disonancia cognitiva, las razones expresadas por las personas terminan modificando las razones originales. Siendo así, la voluntad general en la deliberación se construye en base a razonamientos que efectivamente son posibles de darse en relación con la voluntad general¹⁰⁵.

Para la teoría de la democracia deliberativa, el desarrollo de las democracias debe darse mediante la conversación y la reflexión, siendo que un proceso, que pudiera ser considerado como deliberativo, tendría como características mínimas la existencia de un procedimiento de discusión pública que importe un intercambio libre e igualitario de opiniones informadas y razonables, a la vez que la posibilidad de todos los interesados de incidir en la decisión¹⁰⁶. Una idea central es que las personas pueden ser *convencidas por la razón*, y, consecuentemente, si las normas o instituciones no van en el interés general, entonces las personas no podrán ser convencidas¹⁰⁷.

En efecto, en esta visión, la legitimidad democrática solo podría ser alcanzable en los casos en que existan los mecanismos suficientes para que la toma de la decisión en cuestión sea el resultado de una deliberación

103 MANIN, Bernard (1987), pp. 351-352.

104 ELSTER, Jon (1997).

105 ELSTER, Jon (1997), pp. 12-13.

106 TRETTEL, Martina (2017), p. 60.

107 CHAMBERS, Simone (1995), p. 236.

colectiva llevada a cabo entre sujetos iguales y libres¹⁰⁸. Es esa misma deliberación la que puede generar las preferencias, ya sea porque los argumentos de uno de los sujetos son más persuasivos, ya sea porque se presenta información nueva en la deliberación, en cuanto no es posible para ningún sujeto poder prever todas las alternativas y aristas de un problema público. El modelo deliberativo de la democracia asume un valor en el pluralismo y, por lo tanto, la existencia de un conflicto valórico y de intereses en la vida social¹⁰⁹.

La apertura en todo sentido (modos, temas, valores, sujetos) aparece como una de las características fundamentales de la democracia deliberativa, que la distancia de otras comprensiones de la democracia en las que también se resalta el valor del intercambio de ideas entre los sujetos. Dicha apertura significaría, entre otras cosas, el rompimiento de la hegemonía política y cultural que cualquier grupo pudiera tener por sobre la esfera pública, asegurando, entonces, una posibilidad real de distribución del poder entre los participantes.

En ese sentido, NINO argumenta a favor de una conceptualización de la democracia que no niegue su valor moral y que, por lo tanto, no pretenda que su funcionamiento va a dejar intactos los intereses y preferencias individuales¹¹⁰. El autor argumenta a favor de la democracia deliberativa contrastándola con otras conceptualizaciones y enfatizando que la integración que en este modelo se produce, entre política y moral, y sosteniendo que “una vez hechos ciertos reparos, se podría decir que la democracia es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales”¹¹¹.

Podríamos decir que esta es una de las pretensiones generales de la democracia deliberativa, que, construida sobre presupuestos de pluralismo y autonomía, confía de manera preponderante en la idea de que es el acto del diálogo el que posibilita la existencia de decisiones legítimas, jurídica y moralmente. Esa legitimidad está dada en parte porque el resultado que se alcance de las deliberaciones debería ser un resultado imparcial, además

108 BENHABIB, Seyla (1996), pp. 69-70.

109 BENHABIB, Seyla (1996), pp. 70-71.

110 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), p. 104.

111 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), p. 154.

de haber sido visado por todos los posibles afectados en el caso del consenso¹¹².

Adicionalmente, la democracia deliberativa se basa en una idea de colaboración por sobre la idea de competencia. En este sentido, contradice a las teorías que creen que los arreglos institucionales deben ser tomados mirando a las acciones posibles de sujetos racionales y auto-interesados. Por el contrario, ve en los arreglos institucionales colaborativos una manera de poder superar los dilemas del tipo del prisionero, donde la solución óptima requiere de un actuar coordinado y no de que cada actor tome su mejor alternativa individual¹¹³. La democracia deliberativa supone la posibilidad de que los sujetos cambien sus preferencias durante el proceso deliberativo y no pone el énfasis en las actuaciones estratégicas de los mismos¹¹⁴.

Idealmente, la visión colaborativa de la democracia deliberativa debería llevar a que las decisiones se tomaran por consenso, cuestión que, sin embargo en la práctica, se ve como muy compleja. El consenso como vía decisional es identificado principalmente con HABERMAS y COHEN entre los teóricos de la democracia deliberativa, pero es del caso que de todos modos ellos otorgan un valor central a las votaciones¹¹⁵.

Para DRYZEK, sin embargo, el consenso se representa al menos con un principio central de la deliberación y, por lo tanto, la búsqueda del consenso debería representar uno de los objetivos de la misma¹¹⁶. El problema de la búsqueda de consenso que detecta NINO, al menos, es el hecho de que existe un límite objetivo para la decisión democrática, que está constituido por el tiempo y la necesidad de tomar una decisión de modo de no perpetuar el *statu quo*. Para NINO, en efecto, “la democracia puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo”¹¹⁷.

Pero aun cuando el consenso no sea una necesidad de la deliberación, y ella, por lo tanto, pueda producirse sin buscarlo, no es menos cierto que la deliberación tiene una intención pacificadora en el sentido de intentar dis-

112 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), p. 166.

113 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), pp. 188-189.

114 DRYZEK, John (2002), p. 31.

115 DRYZEK, John (2002), p. 48.

116 DRYZEK, John (2002), pp. 49-50.

117 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), p. 167.

minuir los desacuerdos entre quienes deliberan y, en consecuencia, lograr decisiones que sean más aceptables para todos los involucrados. Esta búsqueda de la disminución de los conflictos está también asociada a la idea de mayor legitimidad de los resultados obtenidos por medio de la deliberación y en ese sentido nos interesa.

La defensa de la democracia deliberativa está también vinculada a la creencia de que ella supone una mejor democracia y, por lo tanto, a la conexión que la deliberación tiene con ciertos valores que se enmarcan en el set de valores democráticos. La búsqueda de esos valores es, sin embargo, especialmente compleja cuando vemos a la democracia en sí misma como valor. CHRISTIANO, por ejemplo, realiza esa conexión valórica, pero nos parece que finalmente termina solo haciendo un recuento funcional de la deliberación. Para él, los valores serían: 1. Los resultados de la deliberación, incluyendo: 1.1. La deliberación puede mejorar las normas porque los ciudadanos la entenderán mejor; 1.2. Se genera mayor justificación racional de las normas, y 1.3. La deliberación mejora la autonomía, moralidad y racionalidad de los ciudadanos; 2. El valor intrínseco de la deliberación, y 3. Su condición de justificación política para legitimar sus resultados¹¹⁸.

La funcionalidad de la deliberación interesa, pues aun cuando en las grandes teorías se pretenda que la democracia en su conjunto funcione de manera deliberativa, en la práctica nos parece más razonable observar la existencia de mecanismos de deliberación o mecanismos de democracia deliberativa, donde si bien no es el sistema completo el que contiene una lógica deliberativa, sí al menos se le considera de manera especial en los referidos mecanismos.

3. LA ESFERA PÚBLICA

La democracia deliberativa se ejercita, en parte importante, en la esfera de lo público. Por lo mismo, entenderla implica poder distinguir entre esta esfera y el Estado, entendiendo que incluso estas dos pueden estar en oposición¹¹⁹. Es la esfera de lo público la que sirve como telón para las ar-

118 CHRISTIANO, Thomas (1997), pp. 246-248.

119 DRYZEK, John (2002), p. 55.

gumentaciones, haciendo de estas un ejercicio no individual y agregativo, sino que colectivo y legítimo en sus propios términos.

La democracia deliberativa, en este sentido, se preocupará no solo de la comunicación intersubjetiva que se produce en la esfera pública, sino también de la transmisión de la opinión pública resultante de esa deliberación hacia la esfera del Estado¹²⁰.

La esfera pública y su comunicación con el Estado es fundamental para la formación de la voluntad popular, como expresa HABERMAS. No es necesario el pueblo reunido (real ni simbólicamente) para ejercerla, y tampoco esta se delega de manera ciega y total. En este sentido, señala HABERMAS:

“[E]sa soberanía popular, por anónima que sea la forma que ahora adopta, no ha hecho sino replegarse sobre (o traducirse en) los procedimientos democráticos y la implementación jurídica de los exigentes presupuestos comunicativos de esos procedimientos, a fin de hacerse valer como poder comunicativo. En rigor, este último sólo brota de las interacciones entre la ‘formación de la voluntad’ institucionalizada en términos de Estado de derecho, y los espacios públicos movilizadas culturalmente, que a su vez tienen su base en las asociaciones de una sociedad civil que guarda la misma distancia respecto del Estado que de la Economía”¹²¹.

Vale decir que la soberanía y la voluntad populares propiamente tales, en esta visión, se producen en la interacción entre la esfera de lo público (representada por espacios públicos en que participa la sociedad civil) y el Estado de derecho con sus instituciones.

En términos fácticos e históricos, HABERMAS reconoce una pretensión del Estado burgués de derecho de comienzos del siglo XIX, de generar una continuidad entre la esfera de la opinión pública y la manera en que se conforma la ley, de modo de dar vida a la posibilidad de coordinación de las personas y disolver las funciones del Estado¹²². La opinión pública, en ese Estado, se convierte en una ordenación de la actividad estatal, que, por una parte, tiene al principio de soberanía popular representado en el parlamento, y, por otra, tiene a los derechos subjetivos que le permiten representarse como opinión pública (libertad de expresión, reunión, opinión,

120 DRYZEK, John (2002), p. 56.

121 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), pp. 377-378.

122 HABERMAS, Jürgen (1994), pp. 115-118.

prensa y asociación), de forma que el propio reconocimiento de esos derechos subjetivos envuelve también una conexión con la voluntad popular y la posibilidad de razonar en torno a lo público¹²³.

Nos parece que HABERMAS es crítico de esta pretensión del Estado burgués y en especial en torno a la conexión inmediata entre lo privado y lo público, que tienta la creación de un espacio público de autorregulación con reglas de mercado, donde el propietario es en realidad el sujeto de derechos. Compartimos esa crítica en la forma antes dicha y agregamos a ello que una continuidad entre la esfera pública y el Estado también significaría coartar las posibilidades de deliberación, especialmente en lo que se relaciona con los temas de la deliberación y las posibilidades jurídicas de ellas. Mientras en el Estado las relaciones necesariamente estarán mediadas por el derecho, en la esfera pública se permite una mayor libertad de opciones, que necesariamente incluye la de modificar el derecho vigente.

4. LA RAZÓN PÚBLICA Y EL PRINCIPIO DE DISCURSO

Una de las cuestiones principales de las que la teoría deliberativa debe hacerse cargo es de cómo el intercambio comunicativo entre los sujetos pueda dar pie a una decisión legítima. El problema no es solo práctico, en términos de crear los procedimientos que puedan llevar la producción de la esfera pública hacia el Estado, sino que también existe una dificultad relacionada con la propia argumentación y cómo ella termina constituyendo la opinión pública.

De acuerdo con RAWLS, la manera en que una sociedad formula sus planes y pone prioridad a sus fines de manera de tomar decisiones es la razón pública. Esta sería característica de una sociedad democrática y el objeto del razonamiento sería el bien común:

“La Razón Pública es pública en tres sentidos: como la razón de los ciudadanos como tales, es la razón del público; su objeto es el bien común y cuestiones fundamentales de justicia; y su naturaleza y contenido es público, siendo dados por los ideales y principios expresados por el concepto social de justicia política y conducido de manera abierta a visiones en esa base”¹²⁴.

123 HABERMAS, Jürgen (1994), pp. 118-119.

124 RAWLS, John (1997), p. 95.

La razón pública funciona como un límite a las argumentaciones, discusiones y votos de los ciudadanos, quienes debieran honrarlo al momento de hacer dichas acciones, de forma que el discurso público que se forma en base al razonamiento público en la esfera pública tenga efectivamente entre sus características las que antes revisamos. Se opone en ese sentido a las razones que no son públicas, como pueden ser las que emergen de asociaciones de todo tipo, como iglesias, universidades, sociedades científicas y grupos profesionales¹²⁵.

El contenido de la razón pública, de acuerdo a RAWLS, sería principalmente un concepto político de justicia, el que contiene ciertos derechos y libertades fundamentales (liberales), las pone en una posición preponderante en relación con las pretensiones de bien común, y le asegura a todas las personas las condiciones para hacer efectivo el uso de sus libertades y oportunidades¹²⁶. A esto agrega, en otro trabajo, que la razonabilidad de los ciudadanos está basada en verse unos a otros como libres e iguales y ofrecerse mutuamente términos justos de cooperación social, aun cuando esos términos puedan empeorar la situación propia¹²⁷⁻¹²⁸.

Por otra parte, la manera en que HABERMAS aborda la cuestión de la comunicación entre los actores está organizada en torno a su teoría de la acción comunicativa. Esta teoría se opondría a la teoría de la razón práctica. Señala este autor:

“[L]a razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa. Esta racionalidad viene inscrita en el *telos* que representa el entendimiento intersubjetivo y constituye un *ensemble* de condiciones posibilitantes a la vez que restrictivas”¹²⁹.

125 RAWLS, John (1997), p. 99.

126 RAWLS, John (1997), p. 101.

127 RAWLS, John (1997), p. 132.

128 Nota Rawls, también más adelante, que la razón pública es más bien un ideal, pero que la idea general que quiere transmitir es el hecho de que los ciudadanos, en la esfera pública, argumenten y dialoguen con base en ideas básicas de justicia. RAWLS, John (1997), p. 134.

129 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), p. 65.

La acción comunicativa tiene una pretensión de validez, que es la de entendimiento entre los sujetos de dicha acción. Esto supone dos idealizaciones, la primera es que existe un lenguaje común que les permite entenderse y que tiene cierto contenido objetivo sobre el cual los sujetos pueden comprenderse mutuamente. La segunda idealización se refiere al ámbito intersubjetivo, que es el que en realidad otorga validez a los actos comunicativos, en el sentido de que los participantes del acto son capaces de extraer de él un significado común¹³⁰. Por lo demás, la acción comunicativa es una acción intrínsecamente colaborativa y en ese sentido se opone a la acción estratégica¹³¹.

Para dar lugar a lo anterior, HABERMAS introduce el “principio de discurso”, que, junto a la forma jurídica, son los que dan lugar al principio democrático. El principio de discurso está relacionado precisamente con la capacidad y necesidad de deliberación en torno a las que serán las disposiciones del derecho.

Como señala DURANGO:

“Este principio pretende dar cuenta de condiciones de simetría, en las cuales los ciudadanos puedan fundamentar, imparcialmente, las normas que intenten buscar el interés de todos por igual”¹³².

En la toma de decisiones colectivas y complejas, sobre todo aquellas que buscan responder a las preguntas sobre los fines sociales, el principio de discurso exige también que el tratamiento y la resolución de estas sea racional y fundado¹³³. Los discursos racionales pueden ser, en primer lugar, (i) sobre cuestiones pragmáticas, en cuyo caso “se busca los fines adecuados para la realización de sus metas. También esas metas pueden volverse problemáticas ellas mismas. Entonces ya no se trata de una elección de medios ‘racional con arreglo a fines’, sino de la ponderación de metas a la luz de valores aceptados”¹³⁴. Enseguida, esos discursos pueden versar (ii) sobre cuestiones ético-políticas, referidas a la discusión sobre qué vida se quiere vivir en co-

130 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), pp. 79-82.

131 CHAMBERS, Simone (1995), p. 237.

132 DURANGO, Gerardo (2006), p. 19. Disponible en línea: <<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/839>>.

133 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), p. 222.

134 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), p. 227.

mún y con qué ideales¹³⁵. Finalmente, pueden ser discursos sobre (iii) cuestiones morales, en los que se argumenta un deber ser que se universaliza.

Estos tres tipos de discursos estarían presentes en cualquier discusión en la esfera pública, debiendo ellos balancearse de acuerdo con las deliberaciones de los actores. Sin embargo, existe una condición pretendida sobre estos discursos, que es el hecho de que ellos se planteen por actores que tengan una actitud imparcial y respetuosa y que, por lo tanto, permitan la debida interacción entre los discursos¹³⁶.

Los diferentes tipos de discurso nos pueden llevar a diversos escenarios y formas de resolución, siendo que en una sociedad compleja no siempre podría llegarse a soluciones morales o éticas y podría ser necesario, entonces, *recurrir a la negociación*. La negociación, analizada a la luz del principio de discurso, no podría efectivamente respetar dicho principio, porque las partes están en posición de forzar o inducir, mediante promesas o amenazas, lo que importa romper la lógica de la deliberación. Para HABERMAS, la negociación desregulada nunca podría respetar el principio de discurso, pues este precisamente busca asegurar el consenso sin coerciones. Siendo así, los compromisos de la negociación no pueden sustituir a los acuerdos en base a discursos morales o éticos¹³⁷.

Luego, el derecho construido desde esa posibilidad de deliberación solo puede ser entendido como parte central de un sistema, donde existe una circularidad entre la creación del principio democrático y la generación del derecho legítimo, que se construyen cooriginalmente. Esto, porque es el principio de discurso el que puede dar lugar a las formas jurídicas, que son las que luego articularán la manera en que el principio de discurso se ejerce, para efectos de asegurar la autonomía política, “mediante la que la autonomía privada, que en un primer momento sólo queda puesta en términos abstractos, puede ser objeto de desarrollo y configuración jurídico”¹³⁸.

La construcción mutua de una y otra instancia de autonomía, que permiten el derecho, tiene como base fundamental criterios de igualdad y de comunicación, que son las condiciones básicas de la deliberación.

135 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), pp. 228-229.

136 CHAMBERS, Simone (1995), p. 239.

137 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), pp. 233-234.

138 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), p. 187.

Como explica NINO, una de las características fundamentales de la teoría de HABERMAS es el hecho de que el valor moral de los discursos es parte de una construcción colectiva y no individual, y es precisamente a través de la “búsqueda cooperativa de la verdad” que se puede llegar a postulados efectivamente imparciales¹³⁹.

En el mismo sentido, CHAMBERS argumenta que, en la obra de HABERMAS, la lógica del imperativo categórico para la búsqueda del valor moral es sustituida por la de la conversación ideal, siendo que la pregunta ya no es si el *maxim* es aplicable a todos los casos, sino si el *maxim* sería aceptable para todos¹⁴⁰.

Además, supone que hay una acción que no es violenta y que se desarrolla sobre un *mundo de vida*, que funciona como punto de referencia o telón sobre el cual se produce el referido acto.

HABERMAS explica:

“Durante la acción comunicativa el mundo de la vida nos envuelve en el modo de una certeza inmediata, desde la que vivimos y hablamos sin distancia respecto a ella. Esta presencia penetrante, a la vez que latente y desapercibida, del trasfondo de la acción comunicativa puede describirse como una forma intensificada y, sin embargo, deficiente de ‘saber’ y de poder”¹⁴¹.

5. LA ACCIÓN COMUNICATIVA, SOBERANÍA POPULAR Y DERECHO

La acción comunicativa es uno de los conceptos centrales de la teoría deliberativa de HABERMAS y, como vimos antes, esa acción está mediada en la deliberación democrática por el principio de discurso. En el análisis habermasiano, la soberanía popular y los derechos subjetivos son los grandes elementos que dan cuerpo al lenguaje en el que se basan los discursos que constituyen la acción comunicativa mediante la cual la sociedad construye su opinión pública, que es la que configura al derecho.

“La cooriginalidad de autonomía privada y autonomía pública muéstrase sólo cuando desciframos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura

139 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), p. 160.

140 CHAMBERS, Simone (1995), p. 233.

141 HABERMAS, Jürgen, *et ál.* (1998), p. 84.

de pensamiento que representa la ‘autolegislación’, figura conforme a la cual los destinatarios son a la vez los autores de sus derechos”¹⁴².

El autor vuelve sobre la soberanía popular para analizar cómo ese concepto, en relación con el concepto de derecho subjetivo, viene tratado en los que él considera los grandes autores de las visiones más individualistas y republicanas: KANT y ROSSEAU. Su crítica, a ambos por igual, es no tomar en cuenta suficientemente bien el diálogo que debiera producirse entre los dos principios para efectivamente producir una teoría del derecho moderno¹⁴³. En su visión:

“La conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre ha de radicar, pues, en el contenido normativo de un modo de ejercicio de la autonomía política, que no viene asegurado por la forma de leyes generales sino sólo por la forma de comunicación que representa la formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes”¹⁴⁴.

Como puede apreciarse, la vía que toma el autor es la de reconocimiento de un espacio que permita conectar estos dos principios que él ve como bases del derecho moderno. La forma en que esa conexión debiera o pudiera provocarse es a través de la comunicación y especialmente de la comunicación que se produce en la formación de la opinión pública¹⁴⁵. Son los discursos el lugar donde puede formarse la voluntad racional y, por lo tanto, la legitimidad del derecho sería un mecanismo comunicativo:

“Por tanto, la conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre consiste en que en el ‘sistema de derechos’ se recogen exactamente las condiciones bajo las que se pueden a su vez institucionalizarse jurídicamente las formas de comunicación necesarias para una producción de normas políticamente autónoma”¹⁴⁶.

Eso explicaría en parte la teoría del derecho del autor, donde discurre sobre cómo un sistema de derecho puede convertirse en un sistema que

142 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 169.

143 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), pp. 164-168.

144 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 168.

145 El concepto de opinión pública es de especial complejidad en términos de las traducciones de Habermas. Una buena explicación sobre ello aparece en el prólogo del libro *Historia y crítica de la opinión pública*, donde se explica que el término original es *Öffentlichkeit* y que ello viene traducido a veces como “opinión pública”, como “públicidad” o como “esfera pública”. HABERMAS, Jürgen (1994), pp. 115-119.

146 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 169.

haga valer de manera equilibrada la autonomía privada y la autonomía pública (los derechos subjetivos y la soberanía popular)¹⁴⁷. Es una búsqueda constante del equilibrio, que se repite en los diversos dispositivos que el autor levanta para intentar asegurarla en la toma de decisiones colectivas.

La teoría de la acción comunicativa de HABERMAS tendría una base precisamente en la creencia de que la deliberación permite evitar la hegemonía de una manera de comprender el mundo por sobre otra, como señala HEALY:

“La teoría de la acción comunicativa de Habermas aboga por formas de debate justas, libres y abiertas y por la comunicación como un medio de trascender la dominación de una forma de razonamiento sobre otras”¹⁴⁸.

CUCHUMBÉ y GIRALDO se refieren a los rasgos morales de la democracia deliberativa de HABERMAS, considerando:

“El respeto a los principios constitucionales y el seguimiento de los procedimientos institucionalizados de comunicación constituyen las claves morales que facilitarían la toma colectiva de decisiones y la inclusión del otro en el juego político, estas exigencias morales suponen igual participación y capacidad de uso público de la razón por parte de todos los actores sociales en una discusión sobre asuntos comunes”¹⁴⁹.

Estas condiciones serían las que legitiman los acuerdos y les darían fuerza vinculante, en la medida que las condiciones están precisamente al servicio de la toma de una decisión pública. Reconocen los autores que finalmente la conceptualización de la democracia deliberativa de HABERMAS contendría los principios ético-políticos más plausibles para justificar la democracia¹⁵⁰.

Como explica DOMÍNGUEZ:

“Para Habermas el núcleo normativo de la legitimidad se encuentra en las condiciones pragmáticas que permiten la comunicación entre los individuos dentro del proceso de legitimación. La tesis en este punto consiste en afirmar que el lenguaje tiene como telos (finalidad) interno el entendimiento. Además

147 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 184.

148 HEALY, Stephen (2003), p. 96.

149 CUCHUMBÉ, Jair y GIRALDO, Jhon (2013), pp. 141-159.

150 CUCHUMBÉ, Jair y GIRALDO, Jhon (2013), p. 156.

de la tesis anterior, se proponen otras dos complementarias: 1) en el concepto de entendimiento se encuentra implícita la idea de un acuerdo libre de coacción; y 2) el concepto de entendimiento presupone una noción amplia de racionalidad¹⁵¹.

6. CRÍTICAS A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Las críticas a los modelos deliberativos arrancan generalmente de verlos como modelos que no miran a la realidad material y que, por lo tanto, no toman en cuenta las falencias del mundo real para adoptar un modelo como el propuesto. En este sentido, por ejemplo, un grupo de críticas está apuntado en el sentido de que la desigualdad de ingresos y conocimientos dificulta la práctica¹⁵².

SHAPIRO señala que la pretensión de que la deliberación produce menores grados de conflictividad no es correcta, pues incluso en algunos casos aumenta esa posibilidad de discrepancia. Se basa para ello en afirmaciones de GUTMAN y THOMPSON, quienes, en un texto que defiende el ideal deliberativo, señalan como una excepción la posibilidad de deliberar en torno a temas que son moralmente defendidos con fanatismo. Desde el punto de vista de SHAPIRO, no es posible descartar la apelación a los fundamentos religiosos que los grupos pueden utilizar para dar cabida a sus opciones y, por lo tanto, es imposible descartarlos de la deliberación¹⁵³.

Nos parece que esta crítica confunde los planos de discusión y a la larga intenta hacer parecer a la deliberación como un instrumento esencialmente ingenuo. Parece cierto lo que comenta SHAPIRO, en términos de la real disposición de las personas frente a una discusión, pero, eso deja de lado que la deliberación para producirse tiene ciertas reglas mínimas y que, evidentemente, si alguien no sigue esas reglas, no puede ser admitido en el proceso. La deliberación es un proceso entre iguales y en la que la apelación a los valores debe ser justificada racionalmente. Tanto la definición sobre quiénes son los “iguales” como aquella sobre cuándo una acción comunicativa puede ser considerada como efectivamente apelante a la ra-

151 DOMÍNGUEZ, Héctor (2013), p. 311.

152 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), p. 202.

153 SHAPIRO, Ian (1999), pp. 29-32.

cionalidad requieren de ciertos acuerdos previos. Esos acuerdos pueden ser amplios acuerdos sociales (la separación del Estado y la Iglesia junto a la definición del Estado laico), o pueden ser acuerdos relativos a ciertos mecanismos e instancias específicas (en la evaluación de impacto ambiental se evalúan los efectos de los proyectos y no el valor o disvalor del sistema extractivista). Luego, quien participa de la deliberación debiera seguir esos acuerdos o reglas mínimas o, de lo contrario, está simplemente utilizando el espacio para llevar adelante su propia agenda, externa a la propia posibilidad de deliberación.

En el ejemplo del fanatismo religioso, supongamos que nos encontramos en un Estado laico y en un proceso de deliberación sobre las mejores técnicas de educación parvularia. SHAPIRO tiene razón que es muy probable que alguno de los participantes de la deliberación señale que, de acuerdo con su libro sagrado, la única crianza posible es la que realiza la madre, en la casa. También tiene razón en que es muy probable que esa creencia venga apasionadamente presentada y tienda a ser inflexible. Probablemente también tiene razón en que eso generará un conflicto entre los deliberantes.

Pero nos parece que todo lo anterior no solo no es causado por la deliberación, sino que, por el contrario, puede ser adecuadamente conducido en un proceso deliberativo. La posición de esa persona probablemente no sea razonable para los demás, y en cualquier caso la invitación es a respaldar racionalmente su opinión, cuestión que puede elegir o no hacer, independientemente de su fanatismo. La institucionalidad que rodea a la deliberación, por otra parte, debiera excluir a la persona si no tiene ninguna intención de colaboración ni de debate, más allá de la imposición absoluta de su idea por razones religiosas. La deliberación tiene, por supuesto, un límite en la tolerancia de las argumentaciones que no cumplen con las normas mínimas de convivencia, y la ingenuidad que se le atribuye es solo en el entendido de que debe ser absolutamente tolerante a cualquier rompimiento de reglas básicas.

WALZER, por su parte, centra su crítica en que la deliberación solo sería una de las maneras en que la política se manifiesta, pero hace un listado de otras actividades en las que claramente hay una manifestación política, pero presumiblemente no podrían caber dentro de un espacio totalmente deliberativo. Entre otras cosas, lista la formación política, las manifestaciones, el *lobby*, las campañas y votar. El autor cree que la deliberación

puede tener una parte en el escenario de las actividades políticas, pero que de ninguna forma puede sustituirlas completamente¹⁵⁴.

La crítica de WALZER parece no solamente atendible, sino que absolutamente razonable y compatible con el ideal deliberativo. Mientras efectivamente vemos que en algunas obras se pretende una especie de deliberación total, nos parece que ella es más bien una manifestación de un ideal utópico propio de este tipo de trabajos teóricos, en los que se describen esas situaciones excepcionales de manera de poder expresar las máximas sobre las cuales una determinada cuestión debiera asentarse. Así, entonces, no nos parece que la deliberación sea una herramienta ni un valor que efectivamente pueda sustituir todas las otras herramientas y valores políticos que constituyen la diversidad de la democracia. Pero ello no obsta a creer que introducir herramientas deliberativas mejoraría la calidad de la democracia.

MOUFFE se conecta críticamente con la deliberación haciendo un análisis de las dos corrientes principales que, según ella, pueden reconocerse en la literatura sobre el asunto; por una parte, RAWLS y sus seguidores y, por otra, HABERMAS y los suyos. Usando las críticas que entre ellos se han realizado, MOUFFE considera:

“Lo que esto revela es la imposibilidad de alcanzar aquello a lo que cada uno de ellos, independientemente de sus diferentes vías, realmente apunta, esto es, circunscribirse a un dominio que no sea sujeto de pluralismo valórico y donde el consenso sin exclusiones pueda ser establecido”¹⁵⁵.

La autora considera que esto lo hace cada uno de ellos mediante dispositivos diferentes, pero que tienen en común la pretensión de poner a la conceptualización liberal de la justicia como base incontestable de la deliberación. Eso tendría como consecuencia que el pluralismo solo podría darse en espacios privados¹⁵⁶.

El problema principal de MOUFFE, en todo caso, no tiene que ver con que se limite el pluralismo, sino con que ese límite sea puesto desde la moral o la racionalidad¹⁵⁷. Nos parece razonable su crítica cuando es di-

154 WALZER, Michael (1999), pp. 58-66.

155 MOUFFE, Chantal (2000), p. 91.

156 MOUFFE, Chantal (2000), p. 92.

157 MOUFFE, Chantal (2000), pp. 93-104. La autora defiende su postura de una democracia agonística, donde las disputas por el poder no son depuestas en búsqueda del consenso,

mencionada en ese sentido, pues coincidimos en que la aceptabilidad de una determinada postura en la deliberación no es algo que tenga posibilidades de ser vinculadas a conceptos más absolutos, sino que está más bien mediada por cuestiones institucionales y, por lo tanto, acuerdos. Como dijimos antes, lo aceptable o inaceptable en la deliberación debiera pasar por la consideración de racionalidad y esa racionalidad necesariamente está vinculada al contexto fáctico, cultural e institucional correspondiente, no siendo un concepto absoluto.

Por otra parte, hay críticas al modelo deliberativo desde las llamadas teorías de la elección social, que ven al juego democrático como un juego de intereses similar a un mercado, pero donde el poder es la mercancía. Desde este flanco y con la presunción de que los sujetos siempre actuarán de manera estratégica para maximizar sus utilidades, resulta evidente que un modelo colaborativo, como es la deliberación, no tiene posibilidad alguna de funcionar adecuadamente. Es del caso considerar que, para este tipo de visiones, es la misma democracia la que no tiene mucho sentido. En el extremo, es un mecanismo para sacar tiranos del poder de tanto en tanto¹⁵⁸.

Como bien nota MACKIE, en todo caso, la evidencia empírica sugiere que no es correcto asumir que las personas se comunican solo de manera autointeresada y buscando su mayor beneficio en perjuicio de los demás¹⁵⁹.

Por otra parte, la crítica desde la teoría de la elección social señala que la deliberación y su apertura significaría la incorporación de sujetos e ideas que han sido normalmente excluidas de la democracia, hasta hacerla colapsar, por romper lo que se ha entendido tradicionalmente como dimensión política de los conflictos¹⁶⁰. En esta línea, nos interesa observar las críticas

sino que compiten fuertemente, pero con la lealtad de considerar al adversario como tal y no como enemigo. Pero ello no obsta que reconozca que tiene que haber un consenso mínimo y principios básicos sobre los cuales se construye dicha disputa. Ella, en este sentido, solo agrega que ese consenso es conflictivo y que, por lo tanto, va a estar también en disputa. En eso se aleja de los valores más liberales y aparentemente más absolutos (en su visión) que prerrogarían Rawls, Habermas y sus respectivos seguidores.

158 DRYZEK, John (2002), p. 36, en referencia a autores de la escuela de la elección social.

159 MACKIE, Gerry (1998), p. 89.

160 DRYZEK, John (2002), p. 40.

que POSNER hace a la democracia deliberativa. Este concepto de democracia, para él, tiene un marcado sesgo filosófico, donde las cuestiones morales que están detrás de las argumentaciones deben expresarse precisamente en términos filosóficos, de modo que este tipo de democracia quiere “hacer de la política democrática una rama de la teoría política”¹⁶¹.

Observa que el pensamiento sobre la deliberación está centrado en talleres en una universidad, donde todos comparten un terreno común, pero que “[u]n pentecostal y un ateo, un pro-vida y un pro-opción, un pacifista y un ‘realista’ de la política exterior, o un cazador y un vegano, no van a llegar a un *modus vivendi* a través de la discusión, la discusión exagera sus diferencias al llevaros a una contienda abierta”¹⁶². En general, las críticas de POSNER se pueden leer como críticas contra los intelectuales y la teorización, al mismo tiempo que contra la democracia deliberativa, con la que los asocia. Pero, en su núcleo, son críticas sobre la distancia entre el ideal deliberativo y la realidad, con un lenguaje que desprecia a los intelectuales y académicos, especialmente liberales de izquierda. Es imposible no ver una intencionalidad política en la visión de POSNER, aunque requeriríamos de mayores conocimientos sobre la situación política de Estados Unidos en el momento en que escribió sus críticas para poder inferir contra quiénes las dirige.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible observar una crítica que se asemeja a las anteriores, especialmente a la de MOUFFE, en el sentido de ver en la teoría deliberativa un problema de aplicación y especialmente de absorción de las tensiones profundas entre los sujetos de una democracia. Nuevamente, nos parece que esto mira solo a la posibilidad de la deliberación como una cuestión absoluta. Las diferencias entre los sujetos y grupos en una democracia no se resuelven completamente ni con la democracia agregativa ni con la deliberativa, pero creemos que hay muchas mejores chances con este último modelo.

El agonismo se puede producir tanto en el modelo agregativo como en el deliberativo, pero en este último la obligación de dialogar nos permite al menos escuchar las razones que llevan a nuestro adversario a posicionarse desde una determinada postura, en lugar de simplemente suponerlo y

161 POSNER, Richard (2005), p. 133.

162 POSNER, Richard (2005), p. 135.

alejarse, que es parte de lo que la democracia agregativa contiene. Hay, en el fondo, un problema de visiones o más colaborativas o más competitivas de la vida en común, lejos de resolverse en las discusiones de los autores. Tan lejos como quizá en otras esferas de la vida. Pero de todas maneras tenemos que vivir juntos.

7. CONDICIONES DE LA DELIBERACIÓN

Democracia deliberativa y deliberación no son lo mismo. Sostenemos, en este sentido, que pueden existir mecanismos deliberativos, sin que necesariamente la democracia sea propiamente deliberativa. Si se analizan todos los elementos que en la teoría se asocian a una democracia deliberativa, es incluso más posible entender las críticas que se le realizan, pues, en efecto, aparece como una práctica muy poco probable de darse en realidad.

Es por ello que, en lo que a nosotros interesa, más que el tratamiento del sistema completo como deliberativo, queremos conocer cuándo determinados espacios lo son, tomando en cuenta que las bases de la deliberación son precisamente las que sirven de cimiento a la democracia deliberativa.

En este sentido, URFALINO describe los que serían los dos grandes modelos de deliberación: (i) el modelo de conversación, y (ii) el modelo de la oratoria. De acuerdo con este autor, la corriente predominante, y que hemos seguido hasta ahora, donde destacan autores como HABERMAS y ELSTER, es la corriente del modelo de la conversación, que tendría como características considerar la deliberación como un intercambio puro de argumentos que se contrasta con la negociación, especialmente en cuanto esta última es una búsqueda egoísta del propio beneficio¹⁶³.

El modelo conversacional de la deliberación tendría las características que ya hemos analizado: (i) discusión libre y abierta, (ii) igualdad de los participantes, y (iii) respeto por el mejor argumento, los que deben ser cooperativos, o en búsqueda de la victoria del punto de vista, sinceros y desprovistos de apelaciones emocionales. Mientras tanto, en el modelo de oratoria, existiría:

163 URFALINO, Philippe (2016), p. 40.

“1) Inscripción institucional que rige la selección de los participantes y de lo que puede ser dicho; 2) la asimetría entre oradores y oyentes (pocos hablan, muchos escuchan) y la desigualdad (las competencias en el arte oratorio son desigualmente distribuidas); 3) el afán de persuadir, que a) autoriza la apelación a las emociones, b) no supone sinceridad de los oradores, c) es claramente egoísta”¹⁶⁴.

Las críticas que URFALINO realiza al modelo conversatorio tienen que ver con que (i) no toma suficiente atención a las situaciones en las que se produce decisión colectiva; (ii) traza una línea demasiado rígida entre negociación y deliberación, y (iii) descarta los comportamientos adversariales (agonísticos) que son propios del actuar humano¹⁶⁵. Para él, finalmente, la única condición de la deliberación sería la existencia de una discusión que lleve a una decisión colectiva¹⁶⁶.

Las críticas, sin descartar la deliberación, ponen el acento en cuestiones propias de la teoría que la harían poco realista. Su preocupación nos parece centrada en la metodología de comprobación empírica en la sociología. Esa base de su preocupación nos parece que contribuye al debate y, en especial, contribuye a la pretensión de este trabajo, en orden a observar las condiciones de deliberación de la participación ciudadana. En este sentido, el autor revisado termina por reconocer la posibilidad de colaboración entre ambos modelos¹⁶⁷, cuestión que nosotros diríamos es el reconocimiento de que entre los dos modelos explicados puede haber un cierto continuo.

Así, en el modelo conversacional más idealista, se cumplirían todas las reglas que los autores más puros de la deliberación han descrito y que sabemos que en cierto sentido son ideales y por lo tanto inalcanzables. En el extremo opuesto del continuo estaría la condición única que URFALINO cree que constituye la deliberación: discusión que lleva a decisión colectiva.

Explorar el grado de deliberación de un determinado proceso constituye, por lo tanto, un ejercicio de estudio sobre cuáles de las características que la doctrina supone de la deliberación son cumplidas en dicho proceso. Supone, también, ver en qué medida esas características son cumplidas.

164 URFALINO, Philippe (2016), p. 42.

165 URFALINO, Philippe (2016), pp. 45-53.

166 URFALINO, Philippe (2016), p. 53.

167 URFALINO, Philippe (2016), pp. 54-55.

Como señala NINO, siendo que la deliberación quisiera alcanzar el mayor grado de imparcialidad, una de las condiciones de que ello ocurra es que los actores puedan compartir sus intereses. Esto supone que “la falta de imparcialidad no se debe a menudo a inclinaciones egoístas de los actores en el proceso social y político, sino a mera ignorancia acerca del contenido de los intereses de los demás”¹⁶⁸.

Dichos intereses, sin embargo, debieran ser compartidos justificando su legitimidad, de modo que sea un discurso no solamente informativo, sino apto para la discusión pública¹⁶⁹.

8. PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DELIBERACIÓN

Hay de alguna manera un contrasentido en pensar en la participación ciudadana institucionalizada como un espacio deliberativo, si es que esta reflexión se hace desde HABERMAS. Esto, porque nos parece que, desde el punto de vista del autor, los mecanismos de participación ciudadana podrían ser catalogados como *regulaciones normativas de interacciones estratégicas*, que son una alternativa tanto a la deliberación como a la disputa¹⁷⁰.

Recordemos que en la deliberación habermasiana los sujetos deben encontrarse en condiciones de cooperación que excluyen los comportamientos estratégicos, cuestión que en los mecanismos de participación ciudadana podríamos considerar que no se da. La facticidad de los procesos de participación indica que en ellos muchos de los participantes interactuarán con un objetivo estratégico y no puramente deliberativo, ya sea porque atienden a un interés particular en especial (función privada de la participación), porque están empujando una determinada política pública, porque tienen una visión del mundo determinada o porque quieren usar el proceso como base para un proceso político o jurídico distinto.

Estas regulaciones normativas de interacciones especiales, en el universo habermasiano, son espacios que se alejan de la deliberación porque en ellos conviven actores que enfrentan el juego desde una idea de cons-

168 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), p. 168.

169 NINO, Carlos y SABA, Roberto (1997), p. 171.

170 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 88.

trucción colaborativa y otros que lo hacen de manera estratégica. Según HABERMAS, para que dichos espacios funcionaran en términos de provocar integración social, tendrían que darse dos características regulatorias mutuamente excluyentes.

“Tales regulaciones tienen que representar, por un lado, restricciones fácticas que cambien de tal suerte la corona de datos, que el actor, en la actitud de alguien que actúa estratégicamente, se vea en la necesidad de efectuar en su comportamiento la adaptación que objetivamente se desea; por otro lado, esas reglas han de tener a la vez la capacidad de ‘integrar socialmente’, pues que imponen obligaciones a sus destinatarios, lo cual, según nuestros supuestos, sólo es posible sobre la base de pretensiones de validez normativas intersubjetivamente reconocidas”¹⁷¹.

Entonces, para que existiera efectivamente deliberación en uno de estos espacios, tendrían que sus regulaciones orientar al actor estratégico hacia los fines deseados por la regulación, a la vez que propiciar la integración social. Por último, la integración social a la que se refiere HABERMAS es la comprensión intersubjetiva que se produce entre los sujetos a propósito de la existencia de un mundo de vida en el que están integrados, cuestión que se ha vuelto más difícil en la medida que las sociedades se han complejizado, perdido el orden social y tienen actores cada vez más autónomos y estratégicos en su actuar¹⁷².

Todo lo anterior aplica, sin dudas, a la participación ciudadana institucionalizada, así como HABERMAS cree que es la base del derecho moderno. Sin perjuicio de esa conclusión del autor, nos parece importante resaltar que los espacios de participación compartirían estas características, pues eso nos muestra en parte por qué dichos espacios están cada vez más regulados y por qué son cada vez más importantes e interesantes para el derecho.

Enseguida, hay otra parte de la teoría habermasiana que creemos hay que destacar en esta sección. El autor, apoyado en la teoría de sistema, reflexiona que desde ese entendimiento el derecho pierde su centralidad en una sociedad policéntrica como la actual, de suerte que pasa a ser un subsistema más entre muchos otros subsistemas que sufren de *autopoiesis*, siendo incapaz de conectarse con los demás subsistemas para lograr

171 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 88.

172 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 89.

influenciarse mutuamente¹⁷³. Pero en el momento en que al autor escribe y que la mayoría de la teoría deliberativa florece¹⁷⁴, todavía se venían armando las presiones que desembocaron en la comprensión del Estado regulador, así como aquellas que dieron origen a la ampliación de la participación ciudadana en materia administrativa y ambiental.

La participación ciudadana puede ser, precisamente, un espacio de intermediación entre el subsistema del derecho y los otros subsistemas, pues a pesar de estar regulado por el propio derecho, da cabida a otras lógicas. En un procedimiento de participación ciudadana en que las personas puedan hacer sus observaciones de manera abierta y amplia, se producirá idealmente un traspaso desde los demás subsistemas sociales al subsistema del derecho, que deberá de alguna manera dialogar con esas lógicas.

El derecho, de todas formas, podría defenderse de esas lógicas como si fueran una infección, repeliéndolas. Una mala práctica de la participación ciudadana en este sentido consistiría en utilizar solamente las lógicas más formalistas del derecho para evaluar y responder las observaciones y aportes que se hagan desde fuera del subsistema. Eso, podríamos decir, constituiría una práctica no deliberativa.

Esta reflexión se distancia, pero se articula, de la visión de HABERMAS del derecho como un espacio que tiene una función bisagra entre un determinado sistema y el *mundo de la vida*. En esa visión, el derecho es el lenguaje que permite la codificación de los mensajes de los diferentes subsistemas, dándoles la posibilidad de comunicarse¹⁷⁵.

“El derecho funciona, por así decir, como un transformador, que es el que asegura que la red de comunicación social global sociointegradora no se rompa. Solo en el lenguaje del derecho pueden circular a lo ancho de toda la sociedad mensajes de contenido normativo. Sin la traducción al complejo código que el derecho representa, abierto por igual a sistema y mundo de la vida, esos mensajes chocarían con oídos sordos en aquellos ámbitos de acción regidos por medios sistémicos de regulación o control”¹⁷⁶.

173 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), pp. 111-113.

174 La versión original de *Facticidad y validez* es de 1992, y una parte importante de la teoría deliberativa se desarrolla durante los 90.

175 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), pp. 118-120.

176 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 120.

Se distancia y se articula, porque creemos que los procedimientos de participación ciudadana son un espacio híbrido en términos de su pertenencia al derecho. Le pertenecen al derecho en cuanto regulados por él, pero no le pertenecen completamente, pues en su ser real transcurren por los bordes de lo jurídico y le representan más bien un desafío permanente. ¿Qué cabe en un procedimiento de participación ciudadana? ¿Qué puede o debe tomarse en cuenta y con qué lenguaje?

La labor del derecho en esto, antes que articular, es traducir. Convertir en una cuestión jurídica algo formulado en otros términos. Eso debe hacerlo siempre, pero en la participación ciudadana la exigencia es mayor y simultánea a la propia experiencia del derecho. Quien comunica en el marco de un proceso de participación, por una parte, está experimentando el derecho a participar y, por otra, está exigiéndole al sistema que su preocupación sea traducida y sea acogida. Realizando un derecho y a la vez exigiendo la realización del mismo derecho.

La mala práctica a la que hacíamos referencia antes, la no-participación, consiste en negar esa traducción o en no darle cabida a la expresión ciudadana mediante su conversión en una expresión jurídica no equivalente o impertinente.

La participación administrativa, y en cierta medida la ambiental, tienen una tendencia a funcionar como bisagras oxidadas, por esta mala práctica. Lo hacen, por lo que HABERMAS diría que es una visión sistémica que mira más a sus propios intereses y empuja a los ciudadanos a posiciones periféricas y que él le atribuye tanto a la esfera de la administración como a la de la economía¹⁷⁷. Una buena manera de asegurar su propio espacio es impidiendo el ingreso de agentes, mediante una traducción no solo idiomática, sino que ideológica, de las expresiones ciudadanas. Esto se relaciona también con el principio de Estado de la regulación, expuesto por DE SOUSA SANTOS. Ese principio se basa en una relación vertical para con el ciudadano¹⁷⁸ y que, por lo entendido, así alimentaría una tendencia a repeler la lógica horizontal de la deliberación.

En lo jurídico se entrelazan los discursos con la forma, con el procedimiento. Incluso el propio derecho puede dar cuenta de cuáles son los dis-

177 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 144.

178 DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2009), pp. 31-32.

cursos esperables en una determinada área, para la producción y aplicación del propio derecho¹⁷⁹. Esto da cuenta de que la forma que tenga la institución que permita la participación ciudadana es relevante, pues permite y legitima una determinada gama de discursos, los que a su vez se convierten en fuente de legitimación del propio derecho.

Vale decir, el derecho, al señalar cuáles son las formas deseables de discurso, está acotando las posibilidades de influencia sobre sí mismo, pero a la vez abriéndolas. Si el derecho manifiesta que un discurso pragmático relacionado con el conocimiento del territorio, por ejemplo, es un discurso válido, entonces estará diciendo que es un discurso que puede influir en él. La modificación y creación del derecho serán posibles desde ese discurso, pues la legitimidad del derecho y del discurso están entrelazadas.

Por último, un mecanismo deliberativo de participación ciudadana no importa la deliberación entre quienes participan del mecanismo, sino que la deliberación entre ellos y la ley, representada en la autoridad. En un procedimiento institucionalizado de participación, quien está en posición de autoridad tiene un determinado mandato legal que cumplir y ciertos fines determinados que atender con su decisión, cuestión que está relativamente cerrada y dada por la efectiva manifestación de la voluntad popular, que es la ley. Pero al mismo tiempo, si tiene también el mandato de llevar adelante su obligación conjuntamente con un proceso de participación ciudadana, entonces lo que se está diciendo a la autoridad es que su mandato y las posibilidades de cumplir con el mismo deben dialogar con los resultados de la participación.

Ese diálogo es el que puede constituir la deliberación en esta escala, y esa deliberación, al estar condicionada por el espacio normativo en el que se produce, acepta un agonismo pluralista relativo, pero no arbitrario ni vinculado con conceptos absolutos. El acto de habla que se puede ejecutar en un espacio de participación de este tipo, debe venir en el lenguaje que se ha definido para él, pero su contenido puede ser relativamente plural. Estará contenido, de cualquier forma, en la lógica sistémica y la discusión sobre las formas que lo preceden y que se constituye en la norma que lo autoriza.

179 HABERMAS, Jürgen *et ál.* (1998), p. 247.

CAPÍTULO III:
DE LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

Como revisamos en secciones anteriores, la participación ciudadana tiene diversas dimensiones. Una de las matrices desde las que pueden diferenciarse esas dimensiones de ordenación puede ser aquella que define la participación según el nivel en que opera, donde la principal diferenciación que se ha hecho es entre participación política y participación administrativa o en la gestión pública. La literatura más jurídica se refiere a esta participación como “administrativa”, mientras que aquella más cercana a las ciencias políticas la trata como “en la gestión pública”.

Nos parece, sin embargo, que es posible diferenciar la participación en la gestión pública de la participación administrativa. Esto, a pesar de que, como señala CASTELLÀ, es más sencillo definir participación que hacer la diferencia efectiva entre participación política y administrativa, “puesto que muchas decisiones administrativas se convierten en políticas y afectan intereses y valores de la comunidad”¹⁸⁰. Esto nos muestra una realidad, que es el hecho de que, aunque hagamos diferencias para efectos de análisis, de todas maneras, las instancias de participación, independientemente del espacio jurídico en el que se integren, terminan teniendo una dimensión política.

Ahora bien, en el derecho español, la Constitución se refiere a la participación en los “asuntos públicos” y con ello engloba a los distintos tipos de participación. El tratamiento normativo y doctrinario español resulta muy importante para nosotros, pues la participación en los asuntos públicos no

180 CASTELLÀ, Josep María (2011), p. 39.

está reconocida en la mayoría de las constituciones latinoamericanas¹⁸¹ y de Europa Occidental.

En principio, al menos, la visión de CASTELLÀ nos sirve, entonces, para diferenciar. La participación política y la participación administrativa se diferencian principalmente por los distintos niveles en los que operan. Podríamos decir que la participación administrativa está más cercana al derecho administrativo, mientras que la participación política en sentido amplio como la entendimos en el capítulo anterior, estaría más cercana al derecho constitucional. La línea divisoria entre ellas es, por tanto, igual de difusa o concreta que entre esas dos ramas del derecho.

Ahora bien, en la mirada de CASTELLÀ no se integra la participación en la gestión pública, sino que haciendo una división más formalista desde un enfoque de derecho, se reconocen solo las categorías de participación política administrativa.

Para nuestro trabajo, en cambio, haremos una distinción adicional, en el sentido de tratar a la participación en la gestión pública y a la participación administrativa como cuestiones diferentes. Esta última será acotada a la participación que se permite en el procedimiento administrativo, mientras que la primera abarcará un número mayor de espacios e instancias, de acuerdo a las definiciones que se darán en los acápites siguientes.

En la siguiente sección trataremos en extenso la participación ciudadana en la gestión pública, mientras que la participación administrativa,

181 La Constitución ecuatoriana de 2008 sí reconoce el derecho a la participación. Lo hace expresamente en su artículo 61, número 3, como el “derecho a participar en los asuntos de interés público”, a lo que agrega con una nomenclatura distinta: “Artículo 23: Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales”. Finalmente agrega, en el artículo 278: “Para la consecución del buen vivir, a las personas y a las colectividades, y sus diversas formas organizativas, les corresponde: 1. Participar en todas las fases y espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles”.

Otras constituciones consideran el derecho a participar, pero en la clave de derecho fundamental político, ya revisado anteriormente y, por lo tanto, el derecho a elegir y ser elegido, principalmente, además de algunos otros mecanismos específicos (como referéndum), es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Perú.

aquella que es institucionalizada y tiene por objeto incidir en la toma de decisiones de la Administración, en conformidad a la ley, será tratada en profundidad en el capítulo siguiente.

2. EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA, UNA MIRADA POLITOLÓGICA

El estudio de la participación, como hemos dicho, se ha realizado mucho más desde las ciencias políticas y la sociología que desde el derecho. En este apartado revisamos especialmente cómo ha fluido la discusión politológica sobre la participación frente a la Administración, que en este espacio es llamada participación en gestión pública.

La mirada de las ciencias políticas se hace útil y necesaria en nuestro trabajo por varias razones. En primer lugar, porque es esta disciplina la que le ha dado mayor cabida al estudio de la misma y, por lo tanto, la que presumiblemente tiene estudios más acabados sobre su configuración conceptual y fáctica. Enseguida, porque la mirada politológica nos sirve para ilustrar los valores en que se inspiran las instituciones participativas y, siendo así, para comprender por qué su concreción en el derecho es relevante y cuáles son las aspiraciones que se tienen cuando se consagra.

Ahora bien, no necesariamente porque se haya estudiado más, se alcanzan niveles muy avanzados de certeza en su conceptualización, que aún es difusa y sobre todo se confunde en sus términos abstractos con sus manifestaciones concretas. Desde el análisis que se hace en términos jurídicos, la dificultad mayor radica, probablemente, en que la institucionalización o falta de ella no es un elemento a tener en consideración por los politólogos estudiados, cuestión que vale la pena tener en consideración.

Un primer ejemplo es el de PARRY *et ál.*, quienes en su estudio toman “una muy amplia definición de participación política como ‘tomar parte del proceso de formulación, aprobación y aplicación de las políticas públicas’”¹⁸². El propio concepto de políticas públicas remite a un cuerpo inexacto de disposiciones normativas, que para el derecho se hace difícil de abordar desde sus categorías.

182 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), p. 16.

Más compleja es la postura de BIRCH, para quien la defensa de la democracia siempre ha estado ligada a la defensa de la participación, pero “el concepto de participación política no está ni cercano en complejidad al de representación, no es actualmente discutible y puede ser fácilmente ilustrable con un ejemplo, en la forma de una lista de las actividades de participación abiertas a las personas en los estados democráticos modernos”¹⁸³.

A pesar de la supuesta simplicidad del concepto de participación, el autor no es capaz de dar una definición ni de explicar las características que tendría esa participación política, y reduce su análisis a señalar que la participación política es:

“[...] participar en el proceso de gobierno, y el caso por la participación política es esencialmente un caso por tener a suficientes ciudadanos individuales (distinguiéndolos de los funcionarios públicos y los políticos electos) para ser parte de un proceso en el que los líderes políticos son elegidos y/o las políticas de gobierno son forjadas e implementadas”¹⁸⁴.

Luego, lista once actividades de participación, donde la primera es votar en elecciones de representantes y la última las “varias formas de acción comunitaria, como las que se relacionan con vivienda o temas ambientales en la localidad”¹⁸⁵. Los mecanismos de participación, entonces, comenzarían con el voto y concluirían con una huerta comunitaria. Si bien podemos valorar todas esas actividades, lamentablemente su amplitud no nos sirve para darle un desarrollo conceptual más adecuado a la participación ciudadana.

PARÉS reconoce la falta de definición compartida del término, lo que extiende también al concepto de democracia participativa (a veces incluso usado como sinónimo)¹⁸⁶. No obstante, intenta un concepto genérico que la define como “todas aquellas prácticas políticas y sociales a través de las cuales la ciudadanía pretende incidir sobre alguna dimensión de aquello que es público”¹⁸⁷. Para el autor, lo central es la existencia de esa voluntad de incidencia, y las actividades que quedarían bajo el concepto de participación serían aquellas que tengan esa voluntad.

183 BIRCH, Anthony (1993), p. 81.

184 Ídem.

185 Ídem.

186 PARÉS, Marc (2009), p. 17.

187 Ídem.

Lo más interesante de la manera en que el autor aborda la participación, es que decide desvincularla de las actividades propias de la democracia representativa y enfocarse solo en aquellas de “democracia participativa o democracia radical”. A su modo de ver, esa participación sería la participación política, que no es lo mismo que la participación ciudadana¹⁸⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, PARÉS expresa la que es una de las clasificaciones más necesarias a la hora de estudiar la participación ciudadana: la participación institucionalizada y la no convencional, agrupando dentro de la primera a tres formas de la misma: (i) los órganos de participación, (ii) los procesos participativos y (iii) las políticas globalmente participadas¹⁸⁹. Todos los anteriores, diríamos, son mecanismos distintos dentro de lo que clasificamos como participación en la gestión pública, que es una participación institucionalizada y que opera en el nivel del derecho administrativo.

Entre nosotros, DE LA FUENTE, por su parte, también estudia los distintos niveles de participación, pero sin diferenciarlos. En efecto, en sus textos se refiere a la movilización como espacio de participación ciudadana y luego estudia los mecanismos de democracia directa, en los que incluye iniciativa popular de ley, plebiscitos y revocatorias de mandato¹⁹⁰. En ese sentido, podríamos decir que la propuesta de la autora es estudiar el fenómeno en todo su espectro, lo que, sin embargo, hace perder nitidez sobre las diferencias que deben existir entre las distintas manifestaciones del mismo y los espacios en que se produce.

En Chile, uno de quienes ha estudiado con mayor profundidad la participación es DE LA MAZA, quien señala:

“Es necesaria una señal política clara respecto a la necesidad de una democracia participativa o ciudadana. Expresada a través de canales institucionales de la gestión pública: autoridad social con peso propio y autonomía de vuelo; criterios de asignación de recursos públicos (tal como se hizo con la prioridad en pobreza) y fortalecimiento de la política de descentralización. Instrumentos de planificación territorial y participativa han demostrado eficacia en otros contextos (Brasil, Colombia) vinculados a ejecución y control ciudadano. También puede y debe innovarse en el sistema de los fondos concursables, hacia formas más estables que permitan planificar y orientar a mediano plazo la

188 PARÉS, Marc (2009), p. 18.

189 PARÉS, Marc (2009), pp. 18-19.

190 DE LA FUENTE, Gloria y MYLARNZ, Danae (2013), p. 17.

‘inversión en participación’. Pero la iniciativa no puede limitarse al ejecutivo, sino que debe volver a los partidos, a la política. Ninguna de estas opciones es meramente técnica, sino que forman parte de proyectos de democratización más profundos. Adicionalmente, en Chile este compromiso político se requiere porque en el horizonte está el cambio constitucional y no la mera evaluación técnica de la eficiencia de una u otra medida de la política social¹⁹¹.

De la lectura de DE LA MAZA, lo que encontramos es un relevamiento de la institucionalización de la participación, siendo que a través de la gestión pública se pueden crear las herramientas que dan cabida a la participación ciudadana, la cual sería a su vez uno de los atributos de la democracia en su versión participativa. En ese mismo sentido es que el autor cree que el espacio de la gestión pública –de la Administración– es un espacio limitado que no sería propiamente político. La participación sería un atributo de la democracia, que debe incorporarse en la gestión del ejecutivo y que luego debe rebasar ese límite y colarse en los partidos, para ahí volverse política.

El mismo autor desliza otra diferencia entre ambos tipos de participación en un trabajo posterior. La participación política propiamente tal se diferenciaría de la participación en la gestión pública en la medida que esta última actúa en un nivel de políticas públicas y no de política. Esta distinción estaría a su vez anclada en una conceptualización tradicional de las ciencias políticas, en el sentido de que el proceso político es el que define qué se hará, pero la implementación queda en manos de los técnicos y de los procesos de política pública. Este segundo espacio es aquel en el que actúa la participación en la gestión pública, siendo por lo tanto una redefinición de la gobernabilidad democrática¹⁹². Es la diferencia que en inglés se hace entre *politics* y *policy*. La participación en la gestión pública operaría en el segundo espacio.

El enfoque de la participación ciudadana en la gestión pública, como un fenómeno dentro de un proceso de gobierno o de creación normativa, de alguna manera extiende el ámbito de la legitimidad democrática. Esto, como observa DE LA MAZA, es un fenómeno particularmente cierto en lo que se refiere a las políticas públicas, que es el espacio desde donde toma cuerpo el concepto de participación ciudadana en la gestión pública¹⁹³.

191 DE LA MAZA, Gonzalo (2005), p. 18.

192 DE LA MAZA, Gonzalo (2011), p. 51.

193 DE LA MAZA Gonzalo (2011), p. 47.

La participación en la gestión pública tendría también como característica el hecho de que no se encuentra buscando solamente realizar el derecho a la participación en este nivel, sino que tiene otros objetivos relacionados con la mejor toma de decisiones estatales, incorporando saberes y preocupaciones. De acuerdo a DE LA MAZA:

“Característicamente en el caso de decisiones de política pública se busca el aporte de quienes poseen conocimientos científicos y técnicos pertinentes, así como de quienes están involucrados directamente como usuarios o destinatarios y, por cierto, de quienes ejercen responsabilidades políticas”¹⁹⁴.

La visión antes vista nos sirve para cerrar esta revisión conceptual general haciendo hincapié en el hecho de que la literatura sobre participación ciudadana en la gestión pública suele estar marcada por una visión funcionalista de la misma, la que vale la pena explorar en mayor profundidad, pues nos habla sobre el espacio que tiene la participación en la gestión pública y, en definitiva, cómo se relaciona, o no, con la deliberación y con la participación en materia ambiental.

3. ENFOQUE FUNCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN PÚBLICA

3.1. Funciones de la participación ciudadana en la gestión pública

Cuando hablemos de funciones de la participación, nos referiremos a aquellos objetivos que se le atribuyen al ejercicio del derecho en cuestión y que han sido especialmente tratados por la doctrina especializada. Son dichas funciones las que, teóricamente, la hacen deseable en un Estado de derecho.

En este sentido, la principal fuente en la que podemos encontrar las referidas funciones, es la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana, la que indica en sus artículos 3º, 4º y 5º, que: (i) la participación ciudadana es consustancial a la democracia, (ii) que sirve para reforzar la posición de los ciudadanos en la comunidad, (iii) que permite la expresión de intereses y con ello la mejora en la calidad de vida, (iv) que fomenta una cultura de

194 DE LA MAZA, Gonzalo (2011), p. 50.

cooperación y respeto a la diversidad, al favorecer la interacción, (v) que ayuda a lograr acuerdos, (vi) que aumenta la legitimidad y (vii) que aumenta la efectividad de las decisiones¹⁹⁵.

Mientras tanto, la OCDE le ha reconocido al menos las funciones de (i) mejorar las políticas públicas, tanto por la información que recoge la Administración de parte de los ciudadanos, como por el mayor conocimiento y propensión a cumplir de estos cuando han participado, (ii) mejora la confianza en las instituciones públicas, en cuanto la apertura de estas a la participación generaría una relación más fluida y a la larga mayor legitimidad, y 3) genera una democracia más fuerte, pues incentiva la transparencia de la Administración y una ciudadanía activa y comprometida con lo público¹⁹⁶.

Las razones funcionales para la participación ciudadana son, de acuerdo con CALLAHAN: (i) conocer que es lo que quiere la gente, (ii) incorporar conocimiento local a la toma de decisiones, (iii) mejorar la transparencia y la rendición de cuentas, y (iv) construir capital social y cultivar la confianza y el entendimiento entre los ciudadanos¹⁹⁷.

En la literatura española, CASTELLÀ considera que el derecho a la participación en el Estado social y democrático de Derecho tiene tres funciones diferenciadas. La primera sería articular modalidades de ejercicio de la democracia, en lo que se refiere a los asuntos públicos, complementando a las decisiones de los representantes y controlándolas. Una segunda sería una función defensiva, en el sentido de que una violación a los derechos de participación podría importar la activación de procesos jurisdiccionales. Por último, existiría una función prestacional en cuanto el Estado se ve obligado a poner a disposición de los ciudadanos los dispositivos suficientes y necesarios para que el derecho a la participación pueda manifestarse.

El mismo autor, al referirse específicamente a las finalidades que la participación puede tener en el procedimiento administrativo, identifica en primer lugar que la participación favorece la transparencia en la actuación

195 Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana. Disponible en línea: <http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/carta_iberoamericana_de_participaci%C3%B3n_ciudadana.pdf>.

196 OCDE (2006), p. 20.

197 CALLAHAN, Kathe (2006), pp. 157-158.

administrativa y propicia el control por parte de los ciudadanos. Enseguida, reconoce la posibilidad que esta da a los ciudadanos para colaborar con los órganos de la administración en la consecución del bien común, aportando pluralidad de intereses y visiones. Por último, se favorecería con la participación ciudadana que los ciudadanos se integren en la democracia de manera directa¹⁹⁸.

Por su parte, LARIOS reconoce como aporte de la participación ciudadana en la elaboración de leyes: (i) una intensificación de los principios de participación y pluralismo en el proceso legislativo; (ii) la obtención de mejor información por parte del congreso; (iii) la intensificación del principio de transparencia y publicidad; (iv) el aumento de la legitimidad, y (v) el aumento de la eficacia de las leyes¹⁹⁹.

Respecto de la participación en el *Rulemaking*, la administración del presidente de EE. UU., Barack Obama, creó una especie de comisión asesora para la evaluación de mejoras en la transparencia y la participación ciudadana en el proceso regulatorio. COGLIANESE *et ál.* resumen la experiencia explicando varias de las recomendaciones que dicha comisión dio y sintetizando también las funciones que a su juicio cumple la participación: (i) mejorar la comprensión de las agencias sobre los objetivos de la sociedad; (ii) crear regulación de mejor calidad; (iii) crear regulación más legítima mediante un proceso justo y, junto con la transparencia, ayudan a (iv) mejorar el control de las agencias, ya sea de parte de órganos electos o de los tribunales²⁰⁰⁻²⁰¹.

198 CASTELLÀ, Josep María (2011), pp. 147-148.

199 LARIOS, María Jesús (2003), pp. 302-312.

200 Es importante notar que una de las reflexiones de los autores en este artículo, que podemos presumir representativa de la comisión en cuestión, dice relación con declarar que la transparencia y la participación ciudadana no son fines en sí mismos, sino solo funcionales a otros fines y principalmente la legitimación de las regulaciones y la mantención de estándares democráticos. Nos parece que esa visión, que no compartimos, es muy propia de la participación en los procesos administrativos y que tiene que ver con la necesidad que han tenido los especialistas de entender desde sus categorías, la necesidad de incorporar a los ciudadanos en la toma de decisiones administrativas. En un marco que se ha preocupado principalmente de la legalidad y no de la legitimidad, y que está forjado sobre una idea a veces autoritaria de la Administración, la participación ciudadana es tratada con cierta deferencia por los autores en la medida que la ven inofensiva a las necesidades de eficiencia.

201 COGLIANESE, Cary *et ál.* (2008), p. 927.

Finalmente, en el escenario chileno, Camilo MIROSEVIC, analizando el aporte de la participación ciudadana en la gestión pública ha indicado que (i) mejora la eficacia de las políticas públicas y de la educación política; (ii) refuerza la solidaridad colectiva y el sentido del bien común; (iii) fomenta la asociación; (iv) permite el control social de los agentes de gobierno; (v) contribuye a la reducción de la carga del aparato público, y (vi) contribuye al cumplimiento voluntario del ordenamiento jurídico y a la legitimación de las decisiones públicas²⁰².

CORDERO, por su parte, considera que el procedimiento administrativo es un espacio de deliberación que complementa al sistema democrático representativo y en ese sentido releva el rol que cumple en él la participación ciudadana, la que llevaría a la legitimación de los actos, robustece la racionalidad administrativa, permite incorporar los intereses privados, disminuye los errores y permite el control judicial²⁰³.

En un trabajo anterior, junto a Victoria BELEMMI²⁰⁴, establecimos que la participación en la gestión pública tenía tres funciones principales. La primera función sería la propiamente pública, en la cual agrupamos aquellas que sirven principalmente al Estado y al cumplimiento de sus objetivos. Cuestiones como la reducción de la carga de trabajo, el aumento de la legitimidad y la obtención de información relevante estarán dentro de esta tipología.

Una segunda función es la función comunitaria. En esta agrupamos aquellas que tienen relación con el mejoramiento de los lazos de las comunidades, el fortalecimiento de la sociedad civil y la integración de los ciudadanos a la democracia. Estas dos primeras funciones están recogidas de manera más clara en la literatura citada anteriormente.

Enseguida, existiría una función que podemos denominar privada, y que tiene que ver con la posibilidad que tienen las personas de poner en conocimiento de los órganos del Estado sus propios problemas, preocupaciones e intereses, así como de utilizar la participación ciudadana como un

202 MIROSEVIC, Camilo (2011), p. 285.

203 CORDERO VEGA, Luis (2015), pp. 347-352.

204 La idea sobre la agrupación de funciones de la participación en la gestión pública ha sido expuesta en un artículo publicado por este autor durante el desarrollo del doctorado. COSTA, Ezio y BELEMMI, Victoria (2017), pp. 7-29.

canal de negociación. Esto es especialmente importante a nivel de proyectos sometidos a evaluación ambiental, donde existe un cuerpo conceptual que promueve la participación entendiéndola como este tipo de espacios de negociación. Esta es, por ejemplo, la lógica implícita en algunas nuevas iniciativas públicas, como son los “estándares de participación en el desarrollo de proyectos energéticos”, lanzados por el Ministerio de Energía en el año 2015 y sobre los que ha seguido trabajando el mismo organismo. La siguiente cita aclara la lógica privada detrás de dicha guía y nos sirve para ilustrar el punto.

“Cabe señalar que la PAC formal permite presentar el proyecto a la comunidad, recibir observaciones y responder a ellas en las Adendas, en un proceso que está reglamentado en términos de plazos y acciones posibles. En este sentido, en ciertas personas e instituciones existe la percepción que esta participación no se trata de una instancia de diálogo y negociación con la comunidad que permita construir de manera tan efectiva acuerdos que hagan viable socialmente el proyecto, como si lo hace la participación en etapas previas al SEIA que se promueve, entre otras instancias, por la presente guía de estándares”²⁰⁵.

Como señala el texto, la propia existencia de los estándares tiene que ver con una percepción de que los procesos formales de participación ciudadana no permitirían la negociación, dejando implícito el hecho de que dichas negociaciones debieran ser parte de los procesos de participación, cuestión que se hará interesante de analizar a efectos de entender cómo esto modifica la comprensión de la participación en la gestión pública y cómo esta opera a nivel de proyectos de inversión sometidos a evaluación ambiental.

Sin embargo, en un segundo análisis de la literatura sobre el tema, arribamos a la conclusión de que hay también una cuarta función, relacionada con el control del poder, principalmente de la Administración²⁰⁶.

Esto está muy relacionado con la tensión existente entre democracia y tecnocracia, siendo del caso que la manera en que la segunda honre a la primera es mediante el establecimiento de sistemas de *accountability*. La participación ciudadana juega un rol en dichos sistemas, siendo (i) un es-

205 Disponible en línea: <http://www.minenergia.cl/archivos_bajar/2016/Documentos/CompromisoDialogoEstandarParticipacion.pdf p.72>.

206 Esta idea fue desarrollada en un artículo publicado durante la investigación de este doctorado. COSTA, Ezio (2019).

pacio en el que la información pública tiene una función específica, (ii) una herramienta que juega a favor de los valores de la democracia, y (iii) otorgando la posición de interesados a los ciudadanos que participan del proceso, permitiéndoles luego accionar judicialmente en su caso.

Dentro de esta lógica del *accountability* es que también podríamos extender el ámbito de la participación ciudadana a las actividades que los ciudadanos realizan en busca del control de la actividad del Estado, lo que desde un punto de vista institucionalizado, típicamente puede traducirse en la litigación, como argumentamos específicamente en el caso de la defensa del interés público ambiental, en un artículo anteriormente publicado²⁰⁷.

3.2. Críticas a la participación ciudadana en la gestión pública

Podemos recoger críticas en al menos dos sentidos. El primero dice relación con las críticas que se formulan a las prácticas e instituciones de participación ciudadana existentes en la legislación y que miran a su perfeccionamiento. Estas son, por ejemplo, que los funcionarios públicos realizan los procesos de participación solo por cumplir o que no existe efectivamente una respuesta de los comentarios que emite el público.

Dichas críticas son las que mayormente es posible encontrar en la literatura sobre participación, y son abordables más bien desde lo que en políticas públicas se conoce como estándares de participación ciudadana.

Un segundo grupo de críticas, que es el que nos interesa, mira a la institución misma de la participación en la gestión pública, expresando razones sobre por qué no debería existir o no debiera hacerlo en la forma actual. Esas críticas están generalmente vinculadas a las funciones de la participación, en el sentido de negarlas o de considerar que hay una inadecuación entre las funciones y la herramienta genérica.

En este sentido, CASTELLÀ da cuenta de al menos dos de las críticas que se formulan a las funciones de la participación ciudadana en esta materia. La primera dice relación con el hecho de que las personas que participan de alguna manera desnaturalizarían su categoría de ciudadanos, para, en cambio, formar parte de los procedimientos de una manera que es más cercana

207 COSTA, Ezio (2019).

a sus profesiones u a otras categorías sociales. Por otra parte, nos recuerda la que debe ser la crítica más extendida a la participación ciudadana, que dice relación con la posibilidad de captura de esos espacios por grupos de presión o de interés²⁰⁸.

COGLIANESE recoge una crítica que es interesante, en relación al proceso en EE. UU. La participación ciudadana tiene costos, especialmente en términos de tiempo y disposición del trabajo de una agencia, cuestión que debe ser tomada en cuenta sobre todo para amplificar la variable cualitativa por sobre la cuantitativa al momento de realizar participación²⁰⁹.

En un estudio empírico en EE. UU., CUÉLLAR concluye que las críticas sobre la supuesta captura de los procesos, así como las relacionadas con que el proceso de participación es dominado por los expertos, serían infundadas. Si bien toma en consideración solo tres regulaciones de alto impacto, observa cómo en ellas hay una participación ciudadana amplia e inclusiva. En lo principal, califica de “democracia regulatoria” a los procesos de *notice and comments* como corolario o contracara del Estado regulador²¹⁰.

3.3. ¿Por qué participan los ciudadanos?

Más allá de que la participación en la gestión pública tenga funciones tanto de interés público como privado, y de que supongamos que las personas podrían participar de estos espacios motivados por ser ciudadanos que contribuyan de alguna manera a la consecución del interés público, la pregunta de las motivaciones de los ciudadanos para participar es esencial en el diseño de mecanismos que efectivamente motiven y promuevan la participación de las personas. Nos interesa destacar el estudio hecho por PARRY *et ál.*, en el que concluyen que las motivaciones para la participación pueden clasificarse en modelos (i) instrumentales, (ii) comunitarios, (iii) educativos y (iv) expresivos²¹¹.

El modelo instrumental está basado en una conceptualización de elección racional y supone, por lo tanto, que los participantes de un proceso

208 CASTELLÀ, Josep María (2011), pp. 80-81.

209 COGLIANESE, Cary *et ál.* (2008), p. 928.

210 CUÉLLAR, Mariano-Florentino (2005), p. 411.

211 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), p. 9.

de participación lo harán en la medida que maximice sus utilidades y minimice sus costos. El modelo no mira a los objetivos de la participación, que pueden ser egoístas o altruistas, sino a su racionalidad²¹². Si bien este modelo tiene variables que miran más a la perspectiva social de los actores y otras que son más cercanas a un análisis económico puro, en todos los casos la base es que el interés de participar de las personas termina siendo el resultado de un análisis costo/beneficio, donde el ciudadano participará en la medida que vea que el beneficio de hacerlo es mayor que el costo²¹³. Ese beneficio no tiene que necesariamente ser un beneficio económico ni directo. Nos parece perfectamente admisible que dentro de este modelo podamos entender que el ciudadano también contabilizará si el beneficio que puede obtener de una participación, es el de efectivamente influir en una decisión que le interesa. Vale decir, compartir de alguna manera el poder de quien toma la decisión.

En el segundo modelo que presentan los autores, el gran motivo para participar sería la preocupación de las personas por la comunidad en la que viven, su sentido de identidad y pertenencia. En ese sentido, la participación sería una manera de defender esa identidad por parte de las personas²¹⁴.

Enseguida, existe un acercamiento que interpreta la participación como una actividad educativa, en la que las personas se forman en términos políticos y cívicos. Respecto de este modelo, sin embargo, los autores reconocen que la educación suele ser más bien un efecto de la participación antes que una razón para participar²¹⁵.

Finalmente, el modelo expresivo observa que la participación se produce porque las personas quieren expresar sus opiniones y puntos de vista sobre un asunto, que sería una expresión de su identidad política, antes que querer efectivamente influenciar la decisión. Sería, entonces, esta una participación simbólica²¹⁶.

212 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), p. 9.

213 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), pp. 10-11.

214 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), pp. 12-13.

215 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), pp. 14-15.

216 PARRY, Geraint *et ál.* (1992), pp. 15-16.

3.4. Participación e incidencia

El efecto normalmente buscado de la participación ciudadana es la incidencia en la toma de decisiones, vale decir, ejercer una influencia sobre quién toma la decisión, de manera que ella refleje los intereses, preocupaciones y conocimientos que son entregados por quienes participan.

Desde el ideal deliberativo, esa incidencia es una base lógica y mínima de la participación ciudadana, pues entendemos que en el diálogo racional entre iguales se produce, precisamente, esa incidencia mutua, que termina con la toma de una decisión, que es endógena del proceso.

Sin embargo, el estudio más clásico sobre incidencia de la participación ciudadana parte de un paradigma conceptual diferente, más empírico, pues ve a la participación como un *input* en el proceso, que puede tener diferentes potencias. Para ARNSTEIN, la participación ciudadana puede tener objetivos muy distintos (por parte de la autoridad o de la norma), desde la mera manipulación por parte de quienes detentan el poder, hasta formas efectivas de democracia directa y control ciudadano. La autora definió una renombrada escala de participación ciudadana que básicamente considera los niveles de (i) manipulación, (ii) terapia, (iii) información, (iv) consulta, (v) colocación, (vi) asociación, (vii) poder delegado y (viii) control ciudadano²¹⁷. Asimismo, desde las organizaciones internacionales preocupadas por el tema, la CEPAL propone una distinción en cuatro niveles: informativo, consultivo, decisorio y cogestión²¹⁸.

Como vemos, en ambos casos existe una preocupación relacionada con los mecanismos de participación que está enfocada en su posibilidad de influir en la toma de decisiones, cuestión que se conecta con algunas de las funciones que se le otorgan a la participación ciudadana, pero que no alcanza a cubrir el espectro completo ni las diferentes variables que los mecanismos de participación deben considerar. Así, por ejemplo, como reconocen SOTO y WELP, ello ha olvidado la incidencia que pueden tener procesos no vinculantes cuando son deliberativos²¹⁹.

En lo referido a los niveles de incidencia, consideramos que los niveles definidos por los autores antes citados, si bien no reflexionan particular-

217 ARNSTEIN, Sherry (1969), pp. 216-224.

218 SANDOVAL, Carlos (2015).

219 SOTO, Francisco y WELP, Yanina (2017), p. 142.

mente sobre la deliberación, de alguna manera la integran en sus estadios superiores de control ciudadano y cogestión, respectivamente, pues entendemos que en esos estadios lo que se produciría entre la autoridad y los ciudadanos, para poder alcanzar esos resultados de incidencia, es una especie de deliberación.

Siguiendo a MILLER, los procesos podrían ser deliberativos cuando las preferencias deben ser resueltas en procesos de discusión no coercitiva, que tengan en consideración la posición del otro y en el que las preferencias iniciales se vayan transformando en cuestiones que sean aceptables para los demás²²⁰. Los participantes, dice MILLER, pueden o bien acordar una norma o bien acordar un procedimiento abstracto para llegar a un acuerdo²²¹.

Para calificar mecanismos democráticos como deliberativos, NINO construye una conceptualización tomando elementos de HABERMAS y de RAWLS. De ambos, la necesidad de imparcialidad en la deliberación moral; del primero, además, la interacción entre sujetos reales, y del segundo, el mecanismo de equilibrio reflexivo, los que luego mezcla para dar su propio acercamiento a la construcción de los conceptos morales²²². Entre las cuestiones interesantes en el planteamiento de NINO, está principalmente el hecho de que él le otorga un valor epistémico a la democracia, como un procedimiento mediante el cual se puede llegar a resultados que son más neutrales, aceptables por los miembros de la comunidad y que tienden a la justicia, siendo que en esto se apoya principalmente en la teoría de RAWLS²²³.

Lo anterior podría ser especialmente importante en materia ambiental. En este sentido, SMITH ha postulado que es posible analizar la deliberación en el discurso ambiental, a propósito de observar los diferentes tipos de pensamiento ambiental que se van presentando. Pero, además, para el autor es la democracia deliberativa la mejor manera con que las preocupaciones ambientales podrían ser incorporadas en las políticas públicas²²⁴.

220 MILLER, David (2003), p. 183.

221 MILLER, David (2003), p. 184.

222 NINO, Carlos (1997), pp. 154-165.

223 NINO, Carlos (1997), pp. 166-181.

224 SMITH, Graham (2003).

Otra potencial importancia de la deliberación en materia ambiental está relacionada con la que LEE y ABBOT caracterizan como una de las diferencias importantes de la participación en cuestiones ambientales, que es el hecho que se requiere de los ciudadanos no solo participar en la creación de las regulaciones, sino también en la solución concreta de los problemas ambientales²²⁵.

225 LEE, Maria y ABBOT, Carolyn (2003), p. 83.

CAPÍTULO IV:
FORMAS DE ESTADO, PARTICIPACIÓN
ADMINISTRATIVA Y LEGITIMIDAD

1. EL CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO DEL AUGE DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

Entendemos por participación administrativa aquella que se produce ante la Administración del Estado y que está institucionalizada, teniendo por objeto incidir en la toma de decisiones de la Administración, en conformidad a la ley. Aquella que es más evidentemente parte de esta categoría es la participación en el procedimiento administrativo, siendo, además, la que tiene un bagaje más rico y una conexión más evidente con la participación en materia ambiental, cuestión por la cual se analizará en especial en una sección de este capítulo.

En el derecho administrativo chileno, el tema ha sido escasamente tratado. Los grandes autores no lo han hecho parte de sus lecciones ni manuales²²⁶. Solo encontramos algunas menciones, particularmente a propósito de las disposiciones ambientales, que son objeto de estudio en una siguiente sección. Nos parece que esta falta de tratamiento del tema obedece principalmente a dos razones.

La primera es que la Ley de Procedimiento Administrativo de Chile (Ley N° 19.880) se refiere solo a los actos administrativos de carácter par-

226 En el caso de CORDERO VEGA, Luis (2015), el tema es tratado de alguna forma en relación con el procedimiento administrativo, pero no como una cuestión en sí misma. En VALDIVIA, José Miguel (2018), p. 47 y pp. 259-260, se dedica un párrafo al asunto señalando que la participación ciudadana es un medio auxiliar de control de la Administración y luego, a propósito de los interesados, para hacer un breve recuento de las instancias dispersas de participación en procedimientos administrativo. El tema, en tanto, no aparece tratado de manera especial por BERMÚDEZ, Jorge (2011), ni por SOTO KLOSS, Eduardo (2012).

ticular, pero no a los actos administrativos de carácter general, a diferencia de algunos de los modelos comparados. En el análisis que estamos realizando, la participación de los interesados en los actos de efecto particular no nos parece especialmente interesante, puesto que ella no obedece, en principio, a la lógica de la participación ciudadana propiamente tal, sino que más bien a una conceptualización clásica de defensa de un interés jurídico individual. Veremos más sobre el tema al estudiar los procedimientos administrativos.

Dicho lo anterior, no podemos obviar, sin embargo, que hay actos que caen en un área intermedia entre los de efecto particular y los de efecto general, por afectar bienes públicos de mayor trascendencia, pero no ser propiamente generales. Es el caso típico del derecho ambiental en la evaluación de impacto ambiental, donde hay un acto, la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), que desde el derecho administrativo aparece como de efectos particulares, pero que desde el derecho ambiental se entiende que puede tener un impacto sobre un bien protegido de carácter público o común.

La segunda razón de la falta de desarrollo de la materia es que la norma que introdujo el derecho a la participación ciudadana al derecho administrativo chileno no ha tenido una gran injerencia en aspectos prácticos, principalmente porque los mecanismos de participación de dicha ley (N° 20.500) no contemplan sanción alguna en caso de incumplimiento, de suerte que no se han creado incentivos para su aplicación efectiva y, por lo tanto, no ha sido de tanto interés para los autores.

Pero esta realidad de la literatura del derecho administrativo chileno no ha hecho completamente suya todavía dos tendencias que nos parecen fundamentales a la hora de entender por qué se han ido multiplicando los espacios de participación ciudadana, a las que nos abocaremos en este acápite.

Cabe hacer algunas observaciones que tienen un alcance global (o al menos occidental) sobre la manera en que la participación ciudadana se ha ido vinculando con el derecho administrativo, pues si bien desde un punto de vista estrictamente normativo podamos encontrar una tradición más o menos larga de procedimientos de participación, no es menos cierto que la comprensión de ellos se ha modificado y ampliado.

Primero revisaremos el tratamiento que principalmente la doctrina española ha dado a los nuevos desafíos del derecho administrativo, y luego

analizando el modelo del Estado regulador, que ha servido como base para la doctrina anglosajona en la comprensión de la nueva interrelación entre los poderes del Estado y en particular entre ellos y los ciudadanos.

1.1. El nuevo derecho administrativo

La modificación de la relación entre el Estado y la sociedad ha sido un tema central en el estudio reciente de ESTEVE PARDO. El autor hace un análisis sobre las diferencias entre los conceptos de Estado y sociedad en los modelos del Estado liberal y el Estado social, enfatizando que, si bien en el segundo modelo se pretendía una integración entre Estado y sociedad, este no se produjo y la sociedad mantuvo una alta y creciente capacidad de autorregulación y de dominio sobre los saberes²²⁷.

De acuerdo a ESTEVE PARDO, por ejemplo:

“[I]nicialmente, en el Estado Liberal, la seguridad era prácticamente, tal como tuvimos ocasión de destacar, el único título disponible por el Estado que justificaba su intervención en la sociedad, mediante la actividad de policía de seguridad. Ahora, el mantenimiento de la seguridad del denso tejido tecnológico en la sociedad postindustrial ya no remite a la actividad de policía administrativa, sino a otro tipo de actividad, de regulación y gestión de riesgos, realizada materialmente por sujetos privados”²²⁸.

El asumir esta realidad lleva al Estado a modificar algunas de sus instituciones y, por ejemplo, a crear agencias independientes, que, de acuerdo al autor, se plantean en posiciones equidistantes del Estado y de la sociedad, a efectos de mostrarse neutrales²²⁹. Desde el punto de vista de las actividades, esto significa también traspasar el control de los servicios públicos a los privados y poner las energías en la gestión de los riesgos²³⁰.

Lamenta el autor el hecho de que este proceso de traspaso de funciones y nueva distancia entre Estado y sociedad esté marcado por una supuesta capacidad de autorregulación de la sociedad, que en realidad marca una

227 ESTEVE PARDO, José (2013), pp. 34-79.

228 ESTEVE PARDO, José (2013), p. 83.

229 ESTEVE PARDO, José (2013), pp. 88-89.

230 ESTEVE PARDO, José (2013), pp. 94-105.

fragmentación social que pierde el interés general. “Se impone por el contrario la pluralidad desarticulada y dispersa de los intereses, no contrastados, de cada uno de los sistemas”²³¹, cuestión que además significa que “los espacios que deja el Estado al replegarse no los está ocupando así esa idealizada sociedad con sentido de lo social y lo colectivo, sino los sistemas sectoriales cuando están articulados, cuando no el individualismo más primario”²³².

Luego de revisar algunas de las maneras en que el Estado se defiende a sí mismo de esta amenaza que significaría su nueva relación con la sociedad, ESTEVE PARDO nos enumera los aspectos centrales en que la literatura estaría de acuerdo: (i) un extraordinario fortalecimiento de la sociedad; (ii) la pérdida de posición de dominio del Estado; (iii) el debilitamiento progresivo de la actividad pública, y (iv) el reto de engranar nuevamente la relación Estado-sociedad²³³. En ese escenario, el modelo de Estado regulador sería un *repliegue estratégico*²³⁴.

Finalmente, para ESTEVE PARDO, la estrategia seguida por el derecho sería la de extender algunas de las lógicas del derecho público a relaciones que típicamente estuvieron fuera de su ámbito de acción²³⁵. Es importante entender, en este sentido, que cuando el autor se refiere a un crecimiento de la sociedad en desmedro del Estado, está incluyendo dentro de la sociedad a todo tipo de fuerzas, incluidas aquellas del capital, de manera que parte de ese traspaso tiene su raíz en un aumento del poder de los grandes capitales.

Esta modificación tiene entre sus causas lo que BARNES llama la *disolución de las fronteras* provocada por el nuevo derecho administrativo. De acuerdo al autor, se verificaría una disolución de: (i) la barrera nacional y supranacional que hacía al derecho administrativo más centrado en el Estado, para pasar a un derecho administrativo que mira más al ámbito internacional y transnacional; (ii) la división entre lo público y lo privado para pasar a un estado de las cosas en que se entiende que debe haber coo-

231 ESTEVE PARDO, José (2013), p. 125.

232 ESTEVE PARDO, José (2013), p. 125

233 ESTEVE PARDO, José (2013), pp. 163-164.

234 ESTEVE PARDO, José (2013), pp. 175-181.

235 ESTEVE PARDO, José (2013), pp. 184-205.

peración entre las dos áreas, y (iii) las fases de creación e implementación del derecho, especialmente en cuanto el procedimiento administrativo ha pasado a ser más importante en la creación de derecho. Todo esto, según BARNES, lleva a que los modelos de gobernanza vengan a llenar los vacíos dejados por la ruptura de los bordes, siendo que estos modelos se mueven hacia un espacio colaborativo, de decisiones que se toman en red y que es poliárquico²³⁶.

Ese modelo de gobernanza y los procedimientos administrativos relacionados con él serían los que BARNES considera procedimientos *de tercera generación*. Explica el autor que los de primera generación son el procedimiento clásico en que la decisión se toma de manera similar a un juicio. Los de segunda generación serían de creación de normas con un acercamiento jerárquico, de arriba hacia abajo, y los de tercera generación, en cambio, serían procedimientos que

“[N]o sólo apuntan a la toma de decisiones individuales o regulatorias, sino también a resolver necesidades de política pública derivadas de los nuevos modelos de gobernanza, como la obtención e intercambio de información; deliberación entre los actores; consultas para la creación de agendas; procesos colaborativos entre reguladores, vale decir, supervisión cooperativa facilitando la convergencia de resultados y otorgando guía informal en cuestiones de implementación; monitoreo y revisión; políticas de transparencia; reconsideración periódica y actualización de las elecciones de política pública o de las condiciones de los permisos; identificación en etapas tempranas de efectos adversos no esperados de la implementación de planes y programas; evaluar los potenciales impactos de opciones de política pública; y otros similares. Estos procesos no son necesariamente decisionales en su naturaleza y ellos no se centran en el resultado, sino que en el proceso mismo”²³⁷.

Como se desprende del listado anterior, buena parte de esos nuevos desafíos están vinculados a la participación ciudadana. Esto, precisamente, porque una gobernanza nueva y más horizontal requerirá de los ciudadanos para funcionar. De hecho, el mismo BARNES cita como ejemplo de los procedimientos de tercera generación a la evaluación ambiental-estratégica europea, donde “el rol clave del procedimiento SEA está en la intensa participación del público y la cooperación interagencias en las

236 BARNES, Javier (2010), pp. 336-339.

237 BARNES, Javier (2010), p. 353.

fases de creación de la agenda, de la política pública, implementación y monitoreo²³⁸.

Es necesario formular algunas críticas a las visiones de ESTEVE PARDO y de BARNES.

En primer lugar, respecto de ESTEVE PARDO, a pesar de estar relativamente de acuerdo con la visión de una pérdida de poder del Estado a favor de la sociedad y con la crítica que se realiza a que la sociedad sea policéntrica, nos parece que el análisis olvida la existencia de balances también dentro de la sociedad, donde precisamente la participación ciudadana en su conceptualización más amplia juega un rol fundamental.

El autor lamenta, con justificada razón, pero sin hacerlo expreso, que parte importante del poder que el Estado pierde pase a manos del mercado o de quienes controlan el poder económico. Ellos tendrían la manija ahora para autorregularse y regular, por lo tanto, los sectores en los que se desenvuelven, pero no hace ningún eco del hecho de que existan otros sectores de balance o resistencia que pueden hacer frente a la realidad que describe. El libro que comentamos anteriormente es, por tanto, profundamente jerárquico en su conceptualización del mundo, cuestión que se desprende incluso de la propia descripción de las relaciones entre Estado y sociedad, donde se identifica de alguna manera a la sociedad con la unidad de sujetos que no son el Estado. La desilusión del autor por entender que la sociedad civil concebida por Adam SMITH y Karl MARX no es tal, sino que es un espacio más fragmentado, policéntrico y difícil de gobernar, parte de una base equivocada, que es precisamente la creencia de que esa sociedad puede existir en la realidad.

Lo anterior no obsta dos cosas. La primera, es que compartimos el temor del autor con el traspaso de funciones a los actores que controlan los mercados y sobre todo con la fragmentación excesiva de la sociedad, palpable, incluso, en problemas de convivencia cotidiana. La segunda, que creemos que el análisis sobre la modificación de las relaciones de las que se ocupa el derecho público nos debe llevar a repensar diversos espacios del mismo.

En relación a las ideas de BARNES, nos parecen una buena lectura del momento actual. Sin embargo, podemos hacer una crítica similar a la que

238 BARNES, Javier (2010), p. 354.

levantamos en relación con ESTEVE PARDO. Esta es, que al considerar la ruptura de la división público/privado, no se observe que en ese movimiento también se sucede una escisión entre los actores privados que son (i) los regulados y aquellos que no lo son, pero son (ii) usuarios, consumidores o comunidades afectadas a la vez por la regulación y por los regulados.

Recordemos, en este sentido, que DE SOUZA SANTOS cree que la expectativa de la modernidad está compuesta por la tensión entre emancipación y regulación, donde la regulación se compone de tres principios fundamentales: el Estado, el mercado y la comunidad.

“El principio de Estado encarna la obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado, obligación que se garantiza de distintas maneras según el tiempo y el espacio, a través de la coerción y la legitimidad [...]. El principio de mercado consiste en una obligación horizontal, mutuamente autointeresada, entre los agentes del mercado [...]. Finalmente, el principio de comunidad implica la obligación horizontal que relaciona entre sí a los individuos según criterios de pertenencia que no se refieren ni al Estado ni al Mercado”²³⁹.

Esa conceptualización de la modernidad estaría de alguna manera superada en estos momentos por la verticalidad que supone también el trato entre los usuarios y consumidores en los mercados y los grandes capitales transnacionales. El triángulo que se forma entre (i) los actores privados regulados, (ii) el Estado y (iii) los privados usuarios/comunidades/consumidores requiere de una configuración diferente del procedimiento administrativo también, para dar cabida a todos los intereses de manera más o menos igualitaria.

Esta asimetría es palpable en la discusión ambiental, como veremos más adelante, y en ella si se le trata de manera de intentar superarla. La configuración de espacios policéntricos o poliárquicos y horizontales, donde los actores deben cooperar para crear la regulación, si no es efectivamente cuidada e integra a los usuarios/comunidades/consumidores, se convierte en un espacio donde el interés público pierde terreno y posibilidades de realización.

239 DE SOUZA SANTOS, Boaventura (2009), pp. 31-32.

Esta última idea es compartida por aquella literatura que ha asociado este problema con la tecnocracia. Así, por ejemplo, HABERMAS, para quien “[c]uanto más aumenta la complejidad de la sociedad y los problemas de regular políticamente, menos parece ser posible salvaguardar la ambiciosa idea de la democracia”²⁴⁰. El mismo HABERMAS apela, sin embargo, a la comunicación y especialmente a la creación de redes de comunicación dentro del Estado para hacer frente a este problema.

1.2. La influencia del modelo del Estado regulador

Le tensión que se produce entre democracia y tecnocracia en la toma de decisiones de la Administración ha sido notada también por quienes estudian el modelo del Estado regulador. Este modelo de Estado responde en parte importante a los mismos desafíos que expresábamos con BARNES y que, en la historia económica, comienzan con la ola de privatizaciones y liberalizaciones de los años 1970 y 1980.

En Europa, esta modificación es advertida notablemente por MAJONE²⁴¹, quien reconoce la existencia de un Estado que ha mutado desde el llamado Estado positivo a uno nuevo que él llama Estado regulador. El Estado positivo sería aquel que, partiendo de las bases del Estado de bienestar o keynesiano, era planificador, productor directo de bienes y servicios y empleador. Esto varía con la privatización, liberalización y desregulación (o reforma regulatoria)²⁴², que dan al Estado en un rol nuevo, que está marcado por una serie de cambios en el modelo de gobernanza, como explica la tabla siguiente.

240 HABERMAS, Jürgen (2016), p. 57.

241 MAJONE, Giandomenico (1997).

242 Es una cuestión discutida en la literatura que “desregulación” sea la manera correcta de llamar al movimiento mediante el cual se cambió la regulación de los mercados de servicios públicos en los que el Estado actuaba por cuenta propia. Paradójicamente, como reconoce Majone, la desregulación llevó a la creación del Estado regulador, con una explosión de regulaciones nuevas, de tal forma que parecería más acertado llamar al movimiento la re-regulación o la reforma regulatoria, donde se modificaron las técnicas de regulación.

TABLA N° 1
DEL ESTADO POSITIVO AL ESTADO REGULADOR²⁴³

	Estado positivo	Estado regulador
Función principal	Redistribución, estabilización macroeconómica	Corrección de fallas de mercado
Instrumentos	Impuestos (o préstamos) y gasto	Creación de reglas
Arena principal de conflicto político	Asignación presupuestaria	Revisión y control de la creación de reglas
Institución característica	Parlamento, departamentos ministeriales, empresas del Estado, servicios de bienestar	Comités parlamentarios, agencias independientes, comisiones, tribunales
Actor clave	Partidos políticos, empleados públicos, grupos corporativos	Movimientos de un solo objetivo, reguladores, expertos, jueces
Estilo de políticas públicas	Discrecional	Reglado, legalista
Cultura de políticas públicas	Corporativista	Pluralista
Responsabilidad política	Directa	Indirecta

En lo que más nos interesa, debemos destacar que las instituciones características se identifican con aquellas que llevaban o llevan a cabo las funciones principales del Estado. Mientras en cuanto a los órganos hay una modificación que parece no ser muy relevante, pues se mantienen organismos del poder legislativo y ejecutivo (y en el Estado regulador se añade a los tribunales), sí es muy relevante el cambio de funciones que se produce, ya que mientras el parlamento llevaba adelante tareas por sí mismo en el Estado positivo, en el Estado regulador actuaría solo a través de los comités como fiscalizador de las acciones de las agencias regulatorias, las cuales, a diferencia de los departamentos ministeriales, suponen una importante independencia en relación con los políticos electos y una especificidad mayor en sus funciones.

243 MAJONE, Giandomenico (1997), p. 149.

Las características técnicas de las agencias reguladoras son, a su vez, las que hacen variar a los actores clave. Mientras en el Estado positivo los grandes grupos multi-tema, como partidos políticos y grupos corporativos, podían acaparar la agenda, en el Estado regulador la especificidad de los temas tiende a dejar a estos actores multi-tema un poco más al margen, dando lugar a los *movimientos de un solo objetivo* (por ejemplo: ambiental, feminista, educacional, etc.), expertos en las áreas que se regulan, reguladores y los jueces que controlan a los reguladores. Estos últimos, en el entendido de que el estilo para crear políticas públicas cambia de uno eminentemente discrecional a uno legalista, en que los reguladores tienen que cumplir con ciertas normas para crear la regulación²⁴⁴.

El establecimiento de procedimientos para crear regulación favorece además de buena manera a la nueva cultura de políticas públicas, que evoluciona desde una corporativista, donde los únicos interesados y participantes en el proceso eran los representantes organizados de una determinada industria, a un estilo pluralista. En este, generalmente también intervienen los grupos de interés o *movimientos de un solo tema*, como las ONG o las organizaciones de consumidores²⁴⁵, los que pueden influir en el procedimiento de creación de la regulación.

La independencia de las agencias reguladoras, sin embargo, modifica en parte el paradigma de la responsabilidad política, pues, al no ser políticos electos, no pueden ser removidos por las causales y en la manera en que aquellos de elección directa (o designación por parte de oficiales electos directamente) podrían serlo. En cambio, hay una responsabilidad indirecta, normalmente ejecutable en tribunales o ante los comités parlamentarios, como se dijo, encargados de controlar y fiscalizar a las agencias y el uso de sus poderes reguladores.

Por su parte, MORAN hace un análisis profundo sobre el surgimiento del Estado regulador. Para él, hay dos fuentes distintas para esta idea: una deriva de una experiencia nacional específica y, la otra, del avance global del capitalismo. En lo que se refiere a la primera, el Estado regulador esta-

244 Barnes diría en este punto que lo que tiene Majone en cuenta a la hora de hacer la tipificación del Estado regulador es un procedimiento administrativo de segunda generación, pues el de tercera pasa de lo legalista a lo flexible.

245 Los usuarios/comunidades/consumidores.

dounidense fue el primero y más característico, y comienza en 1890 con la Sherman Act, primer intento del Estado de regular los negocios, que habría tenido un carácter más bien simbólico.

Es a mediados del siglo XX, con el *New Deal*, que se construyeron las bases del Estado regulador actual, mediante el establecimiento de algunas instituciones clave, como la Security and Exchange Commission, a cargo de regular la Bolsa de Valores. El *New Deal* además habría creado la manera legalista de pensar en la regulación de los negocios, estableciendo la supremacía del derecho en el área y los procedimientos administrativos de creación de regulación, y aunque los críticos considerarían que fueron modificaciones en contra de la industria, la verdad es que este arreglo institucional habría tratado de estabilizar las relaciones entre el Estado y la industria de manera de legitimarlas.

El avance del Estado regulador se habría producido en los años 60 mediante la regulación social y ambiental (contaminación, riesgos del trabajo, normas contra la discriminación en el empleo, etc.). En ese Estado era generalizado el uso de las normas de comando y control como método para regular, cuestión que cambiaría desde los 80, con un cambio intelectual también en cuanto en la regulación se sustituyen (o conviven) abogados y economistas, y es el idioma de estos últimos el que toma el control, aunque se mantiene lo que el autor llama un *legalismo adversarial*²⁴⁶ entre el Estado y las industrias²⁴⁷.

Sobre el Estado regulador europeo, MORAN reconoce el valor del concepto esgrimido por MAJONE, ya explicado, resumiéndolo como el surgimiento de un Estado regulador europeo “que practica el gobierno de la economía mediante el establecimiento de reglas (como las directivas) consultadas con los intereses afectados”²⁴⁸. Añade el autor que el modelo europeo estaría más despolitizado que el estadounidense, lo que explicaría menos control por parte de los políticos electos y la difusión de las agen-

246 El concepto de legalismo adversarial es un concepto del autor Robert Kagan para describir el sistema estadounidense de creación de políticas públicas y que tiene como características principales ser contestable, en base legal por los interesados, la existencia de litigación activista e incertidumbre sustancial por el resultado que la litigación puede tener.

247 MORAN, Michael (2010), pp. 383-403.

248 MORAN, Michael (2010), p. 391.

cias regulatorias no mayoritarias, en un intento por hacerlo más amistoso con la industria²⁴⁹.

Analizando el concepto en general, BALDWIN *et ál.* consideran que el surgimiento del Estado regulador está relacionado con la internacionalización de los mercados tanto desde el punto de vista de la industria que busca cierto nivel de seguridad y armonía en diferentes países como desde el punto de vista de los Estados y la necesidad de crear compromisos creíbles para atraer o mantener la inversión. Habría, entonces, una presión para que la regulación estuviera *bien*²⁵⁰.

En este esquema, toma mucho sentido que se potencie la participación ciudadana, pues será un modo de generar una legitimidad que sería muy difícil generar de otra forma. De hecho, esta posibilidad de generar legitimidad es una de las funciones principales que se le atribuye a la participación ciudadana en la gestión pública, como veremos más adelante.

2. PARTICIPACIÓN Y LEGITIMIDAD

Tanto la literatura sobre participación política y democracia como aquella sobre deliberación, que analizamos en los primeros capítulos, tienen entre sus preocupaciones principales la de la legitimidad, pues es a ese destino que enfocan sus funciones procedimentales principales. Como vimos, una de las funciones principales que se le reconocen a la participación ciudadana en la gestión pública es la de dar mayor legitimidad a las decisiones de la Administración. Esta función constituye el cruce de la relación entre democracia y participación.

Generalmente se ha entendido que esa mayor legitimidad democrática puede ser producida por una participación más abierta y masiva. Pero cabe preguntarse, en primer lugar, si efectivamente es ese tipo de legitimidad la que se vería aumentada, y, por otra parte, si lo anterior es posible mediante la participación administrativa.

Sobre lo primero, es inequívoco que existen diferentes tipos de legitimidad, además de la legitimidad democrática. Parte de la propia existen-

249 Ídem.

250 BALDWIN, CAVE y LODGE, pp. 374-377.

cia del Estado regulador y de la manera en que se trata hoy la creación de normas y sus características tienen que ver con la configuración de sociedades diversas y postmodernas donde existen pocas estructuras preconcebidas y útiles y donde la flexibilidad es no solo una característica de la sociedad, sino también una cuestión valorable, en cuanto permite la vida en diversidad.

En la sociedad postmoderna o heterogénea, los valores no parecen unívocos e incluso la búsqueda de esos valores sólidos en los que cobijarse puede ser infructífera. Por lo mismo, conceptualizaciones naturalistas de legitimidad, donde ella es dada por su adecuación a una supuesta ley natural²⁵¹, son no solo lógicamente improbables, sino prácticamente imposibles. Como señala BAUMAN, vivimos en una era de *pluralismo de reglas*, de ambigüedad provocada por la multiplicidad de valores, de diversos niveles, que se topan y contradicen impidiendo o dificultando la certeza moral²⁵².

Avanzando en la lógica de las sociedades heterogéneas, BLACK trata la legitimidad como un concepto relacional y que varía, por lo tanto, según el grupo de referencia²⁵³. Para ella, la legitimidad y la manera en que las organizaciones las alcanzan depende del ambiente institucional en el que dichas organizaciones existen.

Siendo la legitimidad relacional, para BLACK esta puede existir como un hecho objetivo, pero necesariamente será una construcción social. Legitimidad sería “credibilidad social y aceptación, ‘Una percepción general o la presunción que la acción de una entidad es deseable y apropiada dentro del sistema social de valores, normas, creencias y definiciones’”²⁵⁴. Esa creencia, sin embargo, añade la autora, puede ser basada en una cuestión (i) pragmática cuando la persona perciba que la organización persigue fines que le convienen; (ii) moral cuando la persona crea que la acción de la organización es moralmente valiosa, o (iii) cognitiva cuando la persona acepte el actuar de la organización como necesario.

251 D'ORS, Álvaro (1979), pp. 41-53.

252 BAUMAN, Zygmunt (2009), pp. 3-5.

253 BLACK, Julia (2008), pp. 14-16. Disponible en línea: <<http://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/julia-black/Documents/black2.pdf>>.

254 BLACK, Julia (2008), p. 16. Disponible en línea: <<http://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/julia-black/Documents/black2.pdf>>

Pero “en corto, lo que constituye legitimidad para una parte del ambiente organizacional o de la comunidad de legitimidad, va a diferir de lo que constituye la legitimidad para otra”²⁵⁵. El problema que se plantea a propósito de esta aseveración es muy complejo, pues desnuda la imposibilidad de una decisión de erigirse como completamente legítima, siendo que en cualquier instancia ella podría, para alguna parte de la sociedad, estar construida sobre una base ilegítima. Luego, la pregunta finalista es si hay posibilidades de evitar esa situación o si, por el contrario, hay que asumirla como propia de la realidad en la que se desenvuelve actualmente el derecho y absorber de alguna manera el conflicto en cuestión.

En este sentido más neutral, FREEDMAN considera que la regulación está en permanente cuestionamiento, en clave de observar si las normas son parte de un ejercicio del poder estatal que vaya acorde a la ley y a los valores, tradiciones y costumbres de la nación²⁵⁶. El autor sigue expresamente al concepto de WEBER, poniendo el foco en el ejercicio de poder en lugar de ponerlo en la norma en sí. Es una visión que, a la larga, tiene que ver más bien con una comprobación de cómo funciona para los ciudadanos la legitimidad, en sociedades heterogéneas²⁵⁷.

Julia BLACK clasifica luego las demandas normativas de legitimidad en cuatro áreas fundamentales: (i) demandas constitucionales, que se refieren a la conformidad con la legalidad estricta y procedimental; (ii) demandas de justicia, relativas a los valores finales que defienden las regulaciones; (iii) demandas funcionales o de actuación, que miran a los resultados de la actividad del regulador, y (iv) demandas democráticas, enfocadas en cómo la actuación del regulador conversa con conceptos de democracia y gobernanza²⁵⁸.

Los procedimientos administrativos en los que se considera participación debieran dar cabida a todas esas demandas de legitimidad. La participación ciudadana dentro del procedimiento tendría que, en ese sentido, ser una de las instancias en las que se permita la consecución de la referida legitimidad. Ese énfasis en el proceso se repite desde veredas distintas.

255 BLACK, Julia (2008), p. 18. Disponible en línea: <<http://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/julia-black/Documents/black2.pdf>>.

256 FREEDMAN, James (2011), pp. 471-482.

257 WEBER, Max (2006).

258 BLACK, Julia (2008), p. 18. Disponible en línea: <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2008-02_Black.pdf>.

Pensando propiamente en el Estado regulador, MAJONE ya reconocía que este significaba al menos nuevos estándares de legitimidad, considerando que este Estado tendría pluralismo, difusión de poderes y delegación de funciones en instituciones no mayoritarias como las agencias independientes y las comisiones, cuestión que puede ser complicada, pues en una visión purista de la democracia representativa, el pueblo debiera tener un control político directo sobre las personas que toman las decisiones, cuestión que se encuentra limitada en el Estado regulador. La solución que plantea el autor a este dilema es lo que llama “legitimidad procedimental”, que implica que (i) las agencias sean creadas por las autoridades democráticamente elegidas y asimismo les sean definidas sus funciones y atribuciones; (ii) que los reguladores sean nombrados por oficiales electos; (iii) que la decisión regulatoria siga un procedimiento formal, normalmente con participación ciudadana de por medio, y (iv) que las decisiones de las agencias se encuentren debidamente motivadas y abiertas a la revisión judicial²⁵⁹. Para el autor, el problema normativo clave del Estado regulador es cómo hacer que las agencias independientes y la responsabilidad política democrática sean complementarias y se refuercen mutuamente²⁶⁰.

Por otro lado, en una visión mucho más abstracta, HABERMAS vuelve sobre el procedimiento:

“El Estado de derecho tenía por fin garantizar la autonomía privada y la igualdad jurídica de los ciudadanos. En cambio, la fundamentación del sistema de los derechos en términos de teoría del discurso deja clara la interna conexión entre autonomía privada y autonomía pública. Su pleno sentido normativo lo cobra el derecho no *per se* a través de su forma, tampoco por un contenido moral dado *a priori*, sino por un procedimiento de producción legislativa, que genera legitimidad”²⁶¹.

Sin dudas la participación colabora en esta comprensión procedimental de la legitimidad, pues incorpora a la decisión las preocupaciones de todos quienes quieran participar. Pero debemos poner el acento en cuanto a la cantidad de democracia que incorpora. Una decisión administrativa con un proceso de participación bien llevado será más democrática, en efecto, pero la participación en sí misma no es un proceso que lleve como

259 MAJONE, Giandomenico (1997), pp. 159-160.

260 MAJONE, Giandomenico (1997), p. 163.

261 HABERMAS, Jürgen (1998), p. 202.

resultado a la democracia, pues, como hemos repetido, los procesos de participación en la gestión pública no pueden ser considerados como una manifestación de la voluntad popular.

En el mejor de los casos, podemos creer que los procesos de participación ciudadana sirven para, precisamente, dar cabida a las legítimas diferencias que se producen en la sociedad a propósito de una determinada decisión de la Administración, en uso de su discrecionalidad y con guía en leyes que generalmente le darán mandatos abiertos que le permitan un ejercicio discrecional amplio. La participación ciudadana en estas instancias podrá ser vista, entonces, como un espacio para que la sociedad heterogénea y posmodernista, con valores no fácilmente articulables, se manifieste. Mejor aún, para que la sociedad heterogénea delibere sobre las opciones que tiene y logre un resultado cercano al consenso.

Lo anterior no hace a esta función menos importante, pero sí modifica en parte su contenido. Lo *democrático* de la legitimación mediante la participación ciudadana no está en que ella contenga la voluntad del pueblo o de la mayoría, sino que, por el contrario, está en que contenga las valoraciones que podrían ser minoritarias y que deben ser respetadas tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el punto de vista práctico.

Respecto de la segunda cuestión que nos planteábamos al principio, hay que hacer una importante aseveración: la participación ciudadana ayudará a aumentar la legitimidad de las decisiones que tome la Administración solo en la medida que dichos procesos de participación sean llevados de manera adecuada y, por lo tanto, en la medida que en el proceso se respete el contenido del derecho a la participación, vale decir, sus estándares.

BARNES lo apunta correctamente, aunque lo señala como un prospecto para el futuro. El autor cree que hay que adaptar el procedimiento administrativo en el sentido de potenciar “la legitimación que deriva de la participación en el procedimiento como manifestación del principio democrático y la legitimación que dimana de una intensa, real y efectiva participación en la búsqueda de la solución mejor, más allá de una audiencia o información pública formales”²⁶².

Como notamos, debe usarse una serie de adjetivos calificativos para poder explicar que la participación ciudadana mejora la legitimidad de las

262 BARNÉS, Javier (2006), p. 336.

decisiones. No es casual que así sea, sino que fruto de una práctica que confunde el derecho a la participación ciudadana, con los mecanismos en que ella se sustenta, cuando los mecanismos son en realidad solo los medios, de un contenido que muchas veces no alcanza a llegar.

SCHMITT-ASSMAN, por su parte, nota que el principio democrático en el derecho administrativo ha tenido una evolución, desde un concepto puro de mandato de legitimación eficaz. En el sentido estricto, la legitimidad democrática del actuar de la Administración estaría dado por: (i) la legitimidad material, derivada del cumplimiento de la ley de presupuestos y de su ley orgánica; (ii) la legitimación organizativa y personal, relacionada con la cadena de elección que remite hasta el pueblo a través del principio comisaria, y (iii) la legitimación institucional y funcional, referida a la posición orgánica de la agencia que toma la decisión²⁶³.

Puesto frente a la problemática de las agencias autónomas, que en general no cumplen con la legitimación organizativa y personal, señala SCHMIDT-ASSMANN que el Tribunal Federal Alemán resolvió en el sentido que la legitimidad puede alcanzarse si el legislador define adecuadamente las funciones y establece sistemas de control²⁶⁴. El autor nota una cuestión relevante para nosotros:

“La legitimación no se reduce ni circunscribe en el Derecho Administrativo a la forma de legitimación típica del Estado de Derecho –basada en el sistema parlamentario de gobierno–, sino que, antes al contrario, comprende un segundo impulso de naturaleza típicamente administrativa. En cuanto constituye una segunda forma de legitimación, la autonomía local plantea, sin embargo, un problema fundamental en punto al proceso democrático de toma de decisiones. Se trata, en efecto, de la tensión dialéctica que se genera entre la idea de democracia, de acuerdo con la cual los afectados han de participar en las decisiones, lo que obliga por su parte a que el contenido de estas sea capaz de sustraerse a los concretos intereses específicos que pueda haber en juego. En este sentido, la autonomía local constituye una suerte de ‘fórmula intermedia’, de síntesis dialéctica”²⁶⁵.

Las decisiones que toma la Administración, entonces, deben dar cuenta de esta síntesis dialéctica y servir a los intereses comunes, tomando en

263 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2006), p. 59.

264 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2006), p. 61.

265 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2006), p. 63.

cuenta los intereses particulares en juego. La participación ciudadana, si es abierta, por supuesto pondrá ambas cosas sobre la mesa. La legitimación democrática de la Administración debe actuar en todas las fases del procedimiento administrativo:

“Por otro lado, tanto la fase previa a la actuación administrativa, como su ulterior control, no son en modo alguno indiferentes al principio democrático, puesto que poseen desde luego también una clara dimensión democrática. Lo cual hace necesaria la reconstrucción, en el marco de la teoría de la acción administrativa, de dos elementos fundamentales, tales como la participación del público en general (y no sólo de los interesados) y la articulación de los intereses plurales y libres”²⁶⁶.

Cerramos con la idea anterior el círculo explicativo de la legitimidad. La participación ciudadana en la gestión pública es motor de legitimidad de las decisiones de la Administración, en tanto ella sea realizada, y, por lo tanto, en cuanto efectivamente dé lugar a la participación del público general (con los estándares adecuados), de manera de incorporar en la decisión la lógica pluralista de una sociedad heterogénea.

3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Entendiendo que la participación en el derecho administrativo proviene, en su lógica normativa, de la idea de la participación en la gestión pública, el presente capítulo se centra propiamente en las características de los mecanismos con los cuales se les ha dado lugar. El estudio de esos mecanismos de participación administrativa nos permitirá entender las formas con las que este derecho ha sido incluido en el derecho administrativo.

Es útil considerar que la relación del ciudadano con la Administración no ha sido una relación que se haya mantenido estable en el tiempo. Junto con los conceptos de nuevo derecho administrativo y de Estado regulador que analizamos anteriormente, la posición del ciudadano frente a la Administración ha variado.

De acuerdo a SCHMIDT-ASSMANN, se produce una disonancia entre la supremacía del individuo de las constituciones liberales y la relación de Administración-súbdito, que supone originalmente el derecho administrativo,

266 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2006), p. 71.

y es así como comienzan a configurarse una serie de diversas relaciones posibles entre la Administración y los ciudadanos. Ya el hecho de que seamos llamados ciudadanos pone a las personas en una posición más horizontal respecto de la Administración, la que, si bien tiene un poder relativo a su función, también se encuentra en posición de igualdad en algunas circunstancias²⁶⁷.

Una lógica similar recoge la Ley N° 20.500, sobre Participación Ciudadana, que en su mensaje señala:

“Una relación de cooperación Estado-individuo, piedra angular del principio participativo, trae como consecuencia una activa intervención de la sociedad civil en la elaboración de la voluntad estatal, esto es, un involucramiento superior de la ciudadanía en el diseño o elaboración de las decisiones públicas, superando el carácter recepticio, pasivo o de meros sujetos, que existe en un régimen de sujeción vertical de los individuos frente a la autoridad y carente de una ciudadanía organizada, activa y responsable”²⁶⁸.

Pero, sin embargo, esa igualdad circunstancial, que deriva en cuestiones como el principio de cooperación, no alcanza para configurar totalmente la relación entre la Administración y los ciudadanos. La Administración de todas maneras tendrá un poder/deber de realizar ciertas actuaciones y puede apoyarse para ello en medios coercitivos que le han sido otorgados por la comunidad política. Pero tampoco es esa sola circunstancia de poder la que definiría la relación de Administración y ciudadanos²⁶⁹.

Lo que finalmente sucedería, entonces, es que esta relación está mediada por la constante búsqueda de legitimación por parte de la Administración al actuar, siendo que esa legitimidad está configurada por la autorización legal de actuación, pero también por el respeto de los derechos individuales y, por lo tanto, por la “observancia los principios de racionalidad, moderación (o de justa proporción) y eficacia, entre otros...”²⁷⁰.

Así, entonces, la participación ciudadana en instancias administrativas tiene, desde el punto de vista de la Administración, al menos esa doble función que veníamos comentando: por una parte, sirve para legitimar su

267 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003), p. 22.

268 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.500, p. 6.

269 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003), pp. 19-22.

270 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003), p. 22.

actuación y, por otra, es un instrumento para dar cabida a derechos individuales de los ciudadanos, incluyendo entre ellos el propio derecho a la participación.

Siendo el procedimiento administrativo el gran espacio donde debería concurrir la ciudadanía, nos referiremos con especial profundidad a él, estudiándolo además desde dos configuraciones normativas que resultan paradigmáticas e importantes para el procedimiento chileno. En primer lugar, veremos la participación en el procedimiento español, que constituye un antecedente importante del procedimiento chileno. Enseguida, analizaremos también el procedimiento en Estados Unidos, tanto por su vinculación con el derecho chileno a través del procedimiento administrativo y de evaluación de impacto ambiental.

Hemos seleccionado la norma de España, por su relevancia en el ámbito del derecho continental, ya que fue la primera codificación del procedimiento administrativo, el año 1889, además de ser una de las normas que se tuvo en consideración cuando se creó el procedimiento administrativo chileno. Misma situación de originalidad sucede con la *Administrative Procedure Act* de Estados Unidos, de 1946²⁷¹, como primera ley de procedimiento administrativo en el derecho del *common law*. Ambas tradiciones han sido, por lo demás, de gran influencia en el derecho administrativo y ambiental chileno, siendo que, en el caso de la normativa estadounidense, ella sirve de base al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de dicho país, que luego sirvió de base para el SEIA (Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental) chileno.

Vale notar, en relación con ambos casos, que las normas que se estudian son las del gobierno nacional y federal, respectivamente, y que para efectos de este estudio no se consideran las variaciones que esas normas tienen a nivel de autonomías o estatal, respectivamente. Esto, sin perjuicio de que existen normas locales que, entendemos, han tenido un desarrollo mayor e incluso discusiones constitucionales importantes (v. gr., la norma de participación ciudadana de Cataluña). La exclusión obedece a los mismos motivos de la selección de dichas normas. La influencia en el derecho chileno es propia de las leyes que se estudian y no de sus variantes estatales o autonómicas, que, si bien pueden contener importantes disposiciones, su análisis escapa de la lógica del presente trabajo.

271 CRAIG, Paul *et ál.* (2017), p. 1.

Finalmente, revisaremos la realidad de la participación en el procedimiento administrativo chileno.

3.1. La participación ciudadana en el procedimiento administrativo español

A) El procedimiento administrativo en el derecho español

El procedimiento administrativo puede definirse como “sucesión de actuaciones ordenadas por el Derecho administrativo para la producción de actos resolutorios de la administración o reglamentos administrativos”²⁷². MUÑOZ MACHADO, sin embargo, distingue ese concepto, que será propio de los procedimientos que conducen a la dictación de actos de carácter particular, respecto de los procedimientos de creación de Reglamento, el que señala que es un procedimiento administrativo especial²⁷³. Considera el autor que el procedimiento administrativo, por un lado, debe garantizar los derechos de los ciudadanos y, por otro, es un requisito formal del actuar de la Administración²⁷⁴.

La concepción clásica del procedimiento administrativo dice relación con la necesidad de ordenar la manera en que llevan a cabo sus funciones las organizaciones complejas, como explica PALOMAR. En la configuración propiamente legal española, esto se traduciría en dos necesidades: cumplimiento de la ley y correcto funcionamiento. En lo que respecta a la legalidad, sería tanto en relación con el estatuto del organismo como en relación con los derechos de los ciudadanos²⁷⁵. Sin desconocer los desafíos que el procedimiento administrativo español enfrenta, PALOMAR considera un gran acierto el hecho de que la Constitución de España haya dado al Estado (y no a las autonomías) la potestad de configurar un procedimiento administrativo común (art. 149.1.18)²⁷⁶.

Como señala BARNES, “el procedimiento administrativo ha constituido el cauce natural para la formación de voluntad de la Administración

272 MUÑOZ MACHADO, Santiago (2005), p. 1975.

273 MUÑOZ MACHADO, Santiago (2005), p. 1976.

274 Ídem.

275 PALOMAR, Alberto (2011), pp. 23-25.

276 PALOMAR, Alberto (2011), p. 48.

Pública²⁷⁷. Esta afirmación será muy importante cuando hablemos de deliberación. Entre las críticas que esboza el autor a la comprensión clásica del procedimiento está el hecho de que se haya puesto más el acento en el cumplimiento de la legalidad de los actos que en el cumplimiento de los fines de los mismos. En ese sentido, da cuenta de que muchas veces el procedimiento no dialoga con el derecho sustantivo al cual debiera servir²⁷⁸.

La explicación histórica del modelo del procedimiento administrativo muestra una vinculación lógica con el proceso judicial, en el sentido de que lo que vendría a hacer es resolver sobre los intereses de los ciudadanos, aplicando para ello la ley, para llegar a un acto administrativo singular²⁷⁹. Entre las características que BARNÉS sintetiza como propias del procedimiento administrativo clásico, se encuentra la idea de que “[l]a comunicación ente el ciudadano y la Administración se encuentra definida en términos muy limitados (actos de instrucción) y un tanto ‘paternalista’ (el ciudadano persigue su propio interés; la Administración es la única competente para definir el interés general; el principio de oficialidad, etc.)”²⁸⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, CASTELLÀ reconoce en este procedimiento administrativo una triple función. La primera sería la de dar una solución objetiva y eficiente a las necesidades sociales que le han sido encargadas a un órgano de la Administración. Enseguida, el procedimiento buscaría garantizar los derechos y garantías de los administrados en la toma de decisiones. Lo más interesante es la tercera función que él le reconoce, que sería la “función participativa o democrática, de defensa de la colectividad, a través de la cual las organizaciones defensoras de intereses sociales hacen patentes sus puntos de vista sobre los asuntos que les incumben y posibilitan la intervención de los ciudadanos en la toma de decisiones por parte de las administraciones públicas”²⁸¹.

Esta última función, sin embargo, no es tan común de encontrar en la doctrina española, sino que son las primeras dos las que en general se reconocen. Ahora bien, ello lleva también a poner al procedimiento en cues-

277 BARNÉS, Javier (2006), p. 268.

278 BARNÉS, Javier (2006), pp. 263-341.

279 BARNÉS, Javier (2006), pp. 277-278.

280 BARNÉS, Javier (2006), p. 281.

281 CASTELLÀ, Josep María (2011), p. 366.

tión. Un desafío en este sentido, como observa BARNES, para el derecho administrativo español, se produciría a propósito del procedimiento de evaluación ambiental estratégica europea²⁸², en cuanto esta requiere participación y colaboración para establecer *un diálogo real público-privado* que transforme “los planes y programas en imágenes en movimiento, y no en fotos fijas, para ajustarse con flexibilidad ante las desviaciones que se detecten”²⁸³. Estos son problemas que no se producen, evidentemente, en la realidad jurídica de Chile.

El análisis de BARNES concluye que los fenómenos que nos obligan a repensar el procedimiento administrativo apuntan a una integración, entre otras cosas, mejorando el sistema de comunicación entre ciudadano y Administración.

“Esa concepción amplia e integradora del procedimiento pasa por un ‘modelo de comunicación’ que pueda sistematizar el flujo de información”²⁸⁴.

Adicionalmente, BARNES da cuenta de que el propio término procedimiento administrativo alberga una variedad de actuaciones que son difícilmente equiparables. Así, por ejemplo, la diferencia entre un procedimiento sancionatorio y uno de evaluación estratégica²⁸⁵.

Por su parte, el *Diccionario de Derecho Administrativo*, de MUÑOZ MACHADO, una obra muy comprensiva de la disciplina, no consigna la participación ciudadana ni las consultas públicas entre sus términos. Sí recoge el concepto de audiencia, que es comprensivo de una serie de actuaciones, pero solo desarrolla la audiencia del interesado. Este concepto, a su vez, sí viene explicado, señalando que el interesado en el procedimiento es:

“[A]quella persona física o jurídica que, con capacidad de obrar, promueve el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos; o que, sin haber iniciado el procedimiento, tiene derechos que puedan resultar afectados por la resolución y se personan en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”²⁸⁶.

282 Unión Europea, Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

283 BARNÉS, Javier (2006), p. 288.

284 BARNÉS, Javier (2006), p. 332.

285 BARNÉS, Javier (2006), pp. 295.296

286 MUÑOZ MACHADO, Santiago (2005), p. 1382.

Lo anterior, no obsta la existencia de dicha participación en general, pues, en efecto, en la Ley de Procedimiento Administrativo Española (LPAE) es reconocida como tal de manera posterior (2015) y, a propósito de la incorporación del artículo 133, referido a los principios de buena regulación y vinculado íntimamente con las lógicas de mejora regulatoria promovidas por la OCDE y la UE²⁸⁷. Vale decir, se le reconoce como participación cuando es referida a actos de carácter general.

Previo a dicha modificación, lo que primaba era la visión del interesado y sus derechos, existiendo disputas por su conceptualización y efectos de la misma. En este sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo Española mantiene la figura del interesado como aquella que aplica de manera general a los procedimientos administrativos y crea el procedimiento de participación ciudadana solo a propósito de los reglamentos y los proyectos de ley que emanen de los órganos de la Administración.

Vale decir, entonces, que para el derecho español hay una diferencia entre el ciudadano que participa como interesado en un acto administrativo de carácter particular con aquel que lo hace como ciudadano en un acto administrativo de carácter general.

B) Interesados y ciudadanos en el procedimiento administrativo español

La primera distinción que debemos hacer, para entender las diferencias que se producen entre las distintas personas que interactúan con la Administración en un procedimiento administrativo, es la distinción entre actos administrativos de carácter particular y actos administrativos de carácter general. Serán particulares aquellos que tengan efectos respecto de una o más personas determinadas o determinables, y generales (o reglamentos) los que tengan efectos respecto de la generalidad de las personas o de una cantidad indeterminable de ellas.

De la lectura de la Ley de Procedimiento Administrativo Española, queda claro que es esto lo que marca la diferencia entre quienes pueden ser parte en el procedimiento. Mientras en el procedimiento que lleva a actos de carácter general, se asegura la participación ciudadana (art. 133

287 El propio mensaje de la modificación legal de 2015 así lo expresa.

LPAE)²⁸⁸. Mientras tanto, en el caso de los actos de carácter particular, solamente se permite la participación de los interesados, quienes están definidos en el artículo 4 LPAE²⁸⁹.

288 “Artículo 133. Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos.

1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

2. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen.

Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella”.

289 “Artículo 4. Concepto de interesado.

1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

Es importante notar la diferencia entre ciudadano e interesado. Al primero, se le equipara con otras terminologías que serían igualmente omni-comprendivas, defendiendo especialmente (y de manera exageradamente conservadora) la de “administrado”, siendo una terminología que finalmente reúne a la totalidad de las personas. Al segundo término, el de interesados, lo dota de un contenido más preciso, como “la persona que, por poseer titularidad de una determinada situación jurídica, se halla legitimada para promover o intervenir en un determinado procedimiento administrativo, por su especial relación con el objeto mismo”²⁹⁰.

Lo más sencillo en este punto sería decir que en los procedimientos que llevan a actos de carácter particular no hay participación ciudadana, mientras que en los que llevan a actos de carácter general, sí la hay. Sin embargo, creemos que hacer esa sencilla distinción sería un error, pues entre los actos calificados como de carácter particular hay muchos que tienen una naturaleza al menos híbrida, como son las autorizaciones en el marco de los procedimientos de evaluación ambiental.

Esta aseveración reconduce inevitablemente al problema de la legitimación. El derecho administrativo español, al igual como ha pasado en otros derechos, ha tenido que absorber una tensión relativa a la interpretación de los intereses legítimos, cuestión que ha sido especialmente difícil en materia ambiental, por cuanto los actos calificados de carácter particular, en materia ambiental, caen en un área gris e intermedia de esta distinción binaria entre actos particulares y generales, a propósito de que si bien son clásicamente particulares, tienen un efecto sobre un bien jurídico colectivo como es el medio ambiente.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.

290 GARBERÍ, José (2007), pp. 681-683.

Pero el problema de la participación de los interesados es muy previo a los conflictos del nuevo derecho administrativo y también a la preocupación ambiental. En la normativa española de procedimiento administrativo, la más antigua del mundo, podemos encontrar el conflicto desde sus inicios. En efecto, de acuerdo a CIERCO, el Real Decreto de 14 de septiembre de 1872, que precedió a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1890, ya se exponía la necesidad de incorporar a los interesados en el procedimiento, a pesar de que ello no prosperaría completamente²⁹¹⁻²⁹².

Lo que sí prospera, es la incorporación del procedimiento de audiencia previa del interesado²⁹³, cuestión que se mantendría en el tiempo y pasaría de la ley de 1890 a la de 1958, aunque aumentando las posibilidades de los interesados. En esta última, sin embargo, contiene más normativa de nuestro interés, pues de acuerdo a CIERCO:

“[...] se inspira en la idea de colaboración de los ciudadanos en la gestión de los asuntos administrativos, lo cual se articula, fundamentalmente, a través de tres mecanismos: a) la creación de Oficinas de Información (160), así como de las Oficinas de Iniciativas y Reclamaciones (161); b) la previsión del trámite de información pública como cauce para incorporar el pulso de la opinión pública en los procedimientos considerados de especial interés participativo (art. 87); c) y, al fin, la audiencia corporativa en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales (art. 130)”²⁹⁴.

La norma actual relativa a los interesados es la de 1992, que sucede a la de 1958. Dicha norma incorpora como novedades respecto de los interesados, el hecho de que suprima la exigencia de interés directo, por una parte, y, por otra, la incorporación de los derechos colectivos²⁹⁵. Es con esta última modificación especialmente, que cambia también el carácter propio tradicional de los interesados como sujetos que velan por un interés individual y que, por lo tanto, operan en el procedimiento solo en base

291 CIERCO, César (2002), p. 87.

292 El Real Decreto de 14, de septiembre de 1872, señalaba entre sus motivos que “la buena administración antes se favorece que se perjudica con facilitar la publicidad en el expediente, la intervención de los interesados y el señalamiento de ciertas reglas generales que sean garantía de imparcialidad”.

293 CIERCO, César (2002), p. 92.

294 CIERCO, César (2002), pp. 112- 113.

295 CIERCO, César (2002), p. 147.

a la necesidad del Estado de velar por la protección de las garantías de las personas en el marco del procedimiento administrativo. No podemos no observar una sincronía temporal entre esta modificación y los desafíos que al derecho público le impuso la ola de liberalizaciones y privatizaciones, por una parte, y la preocupación por las cuestiones ambientales, por la otra.

CIERCO observa, además, que la incorporación de los derechos supra-individuales en el marco del interés para participar del procedimiento administrativo está relacionada con la Constitución española de 1978 y su visión de incorporar un Estado social y democrático auténtico, lo que entre otras cosas supondría esta preocupación especial por los derechos supra-individuales y su protección²⁹⁶.

En este escenario, los interesados pueden ser claramente diferenciados entre aquellos que tienen comprometido un derecho subjetivo y quienes, en cambio, portan un interés legítimo, siendo que los primeros tendrán una participación necesaria y los últimos solo eventual²⁹⁷. Ellos han sido llamados también interesados principales e interesados accesorios²⁹⁸.

La diferencia, sin embargo, terminará siendo más que nada formal en el sistema español, puesto que, como apunta BETANCOR, esa distinción tradicional “ha de considerarse definitivamente liquidada por la reciente LJCA. En consecuencia, todos aquellos que se encuentren en una relación determinada con el objeto del proceso de la que se deriven efectos jurídicos están legitimados de manera plena para pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposición susceptibles de impugnación, así como para pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas, la indemnización por daños y perjuicios cuando proceda”²⁹⁹. Sin embargo, el autor aclara que esa legitimación no es lo mismo que la que entrega la acción popular, puesto que en este caso se entrega a “cualquier ciudadano”.

296 CIERCO, César (2002), pp. 151-153.

297 CIERCO, César (2002), p. 175.

298 GONZÁLEZ, Jesús (2002), p. 152.

299 BETANCOR, Andrés, *et ál.* (2017), p. 245.

3.2. La participación ciudadana en el procedimiento administrativo estadounidense

La Administrative Procedure Act (APA) estadounidense nos interesa por varias razones divergentes. La primera es que es el procedimiento más antiguo del sistema del *common law*. La segunda dice relación con que ha sido un procedimiento que ha influido de manera directa en la manera en que se entiende esta institución y cómo se la ha reformado en el mundo. La tercera es que, en lo que se refiere a la participación ciudadana en materia ambiental, este procedimiento explica una de las influencias de las que se nutre, pues los sistemas de evaluación de impacto ambiental en el mundo provienen de su símil estadounidense. En este último sentido, la selección de esta norma por sobre la ley que específicamente se refiere al medio ambiente (National Environmental Protection Act o NEPA) dice relación con que el procedimiento de participación ciudadana que contiene la NEPA le ha sido trasplantado de la APA.

Además, cuando analizamos a BARNES al comienzo de este acápite, reservamos una de sus críticas para este momento:

“La Ley federal norteamericana de Procedimiento Administrativo representa, a título de ejemplo, el contrapunto de esa estrecha concepción legal del procedimiento en el panorama comparado”³⁰⁰.

Entre otras cosas, señala el autor:

[Porque] la ley distingue netamente entre procedimientos de elaboración de reglamentos (procedimientos formales, informales e híbridos), adornados con numerosas técnicas en beneficio de la participación pública, de un lado, y procedimientos de adopción de resoluciones singulares, de otro”³⁰¹.

PIERCE *et ál.* explican que el procedimiento administrativo se genera por una preocupación democrática sobre el actuar de las agencias reguladoras, que proviene del desafío que ellas significan para la separación de poderes. Dicha preocupación se remonta a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, pues previo a dicho período las agencias no eran actores importantes de la regulación³⁰². Entre los métodos de control de la doctri-

300 BARNÉS, Javier (2006), p. 284.

301 BARNÉS, Javier (2006), p. 285.

302 PIERCE, Richard *et ál.* (1999), pp. 30-31.

na estadounidense, señalan, está la limitación relacionada con el debido proceso, el que es requerido por la Constitución cuando una agencia lleva a cabo acciones que afectan de manera adversa la vida de las personas, la libertad o la propiedad³⁰³.

En lo referido a la participación, los autores explican que puede participarse como iniciador del procedimiento o solicitar la incorporación de un procedimiento ya iniciado. La participación podría darse en audiencias cuando exista la obligación de audiencia en el estatuto específico o podría ser el resultado de una “petición”.

“Las peticiones de este tipo están autorizadas tanto por la APA como por los estatutos habilitantes individuales. La APA requiere que ‘cada agencia dé a las personas interesadas el derecho a formular peticiones para la emisión, modificación o derogación de una regla’”³⁰⁴.

Esas y otras peticiones han sido reglamentadas por las agencias mediante su autoridad regulatoria, pues lo que la APA regula es solamente que se dé a los interesados, en los procesos de creación de reglas, la posibilidad de participar mediante la entrega de datos, visiones o argumentos, con o sin audiencia oral³⁰⁵.

El control de quienes pueden intervenir está dado por los términos que usan las agencias en sus regulaciones y tiene repercusiones en quienes luego tendrán legitimidad para llevar a juicio una decisión administrativa. En ese sentido, la jurisprudencia estadounidense, en el debate sobre los afectados y los interesados, ha entendido que estas categorías pueden darse en base económica o no económica y, por lo tanto, lo han interpretado con cierta amplitud³⁰⁶.

Ahora bien, es necesario de todas maneras hacer una distinción entre los procedimientos de adjudicación (como juzgamiento) y los de creación de reglas en la APA. El procedimiento de adjudicación, del §554, establece la participación de las partes interesadas en línea con la generalidad de los procedimientos administrativos mediante una audiencia. Se le da lugar, por lo tanto, al principio de *Audi Alteram Partem*.

303 PIERCE, Richard *et ál.* (1999), p. 68.

304 PIERCE, Richard *et ál.* (1999), p. 167.

305 PIERCE, Richard *et ál.* (1999), p. 168.

306 PIERCE, *et ál.* (1999), pp. 170-172.

Por otra parte, el procedimiento de creación de regulaciones o *Rule-making*, del §553, es un procedimiento que ha sido visto como ejemplar en términos de participación y de garantía de pluralidad de intereses. De acuerdo a DELLA CANANEA, existirían dos grandes modelos de participación en decisiones regulatorias de la Administración: aquel de raíz más continental que en principio no consideró los procedimientos regulatorios, sino que en el mejor de los casos extendió las categorías de interesados en algunos procedimientos, y, por otra parte, el que incorporó la APA donde el *notice and comments* es una regla general para dichos procedimientos³⁰⁷.

El procedimiento de *rulemaking* aplica al “proceso de formulación, modificación o derogación de una regla”³⁰⁸, mientras que una regla es definida como “acto de la agencia de aplicación general o particular y efectos futuros, diseñado para implementar, interpretar o prescribir normas o políticas o describir la organización, procedimiento o requisitos prácticos de una agencia”³⁰⁹. Como señala MAYTON, la creación del proceso de *rulemaking* está vinculado al gran traspaso de funciones que el Congreso de EE. UU. hizo hacia las agencias administrativas, de suerte que requirió imponerle un proceso cuasi-legislativo, diferenciándolo del procedimiento de adjudicación³¹⁰.

Estados Unidos fue el primer país en hacer ese traspaso de funciones de manera general, pero como revisamos anteriormente, hoy es una regla general en el Estado regulador, por lo que las razones que llevaron a este procedimiento más complejo están ahora presentes en más ordenamientos jurídicos nacionales. De acuerdo a MAYTON:

“Este procedimiento de *Rulemaking* apunta a proveer de codificación y publicidad al sistema de reglas de operación prospectiva, garantizando a los segmentos del público que sean afectados, el derecho a participar del desarrollo de la regulación”³¹¹.

La APA crea diferentes tipos de procedimientos de creación de normas, cada uno de los cuales tiene disposiciones diversas sobre la participación ciudadana. La doctrina estadounidense clasifica los procedimientos de *ru-*

307 DELLA CANANEA, Giacinto (2016), pp. 44-46.

308 US Administrative Procedure Act § 551 (5).

309 US Administrative Procedure § 551 (4).

310 MAYTON, William (1980), p. 105.

311 MAYTON, William (1980), p. 106.

lemaking en (i) formales, ii) informales, (iii) híbridos y (iv) negociados. Ahora bien, de dichos procedimientos, el de aplicación común y que a nosotros interesa mayormente es el informal. El resto requiere de la existencia de mandatos especiales a las agencias, siendo, por lo tanto, excepcionales para efectos de la APA y pudiendo, además, tener las más diversas configuraciones³¹².

En lo que respecta al proceso informal de *rulemaking*, entonces, que es el del § 553 de la APA, este contiene el llamado procedimiento de *notice and comments*, que consiste básicamente en la obligación de las agencias de notificar a los afectados directos por un proyecto de regulación o publicar un proyecto de regulación en el *Federal Register* (una especie de Diario Oficial) y, enseguida, dar la posibilidad a las personas de participar mediante el ingreso de información o argumentos. La norma contempla, además, la posibilidad de audiencias orales a discreción de la agencia³¹³.

Enseguida, la APA señala que la agencia que se encuentre tomando la decisión deberá considerar las cuestiones relevantes que se hayan presentado e incorporar en sus regulaciones una explicación general de las razones por las que se optó por ella. Si la norma cambia mucho en el procedimiento de participación, puede la agencia volver a publicarla y recomenzar. Las agencias deben, además, dar el derecho a las personas a pedir enmiendas, derogaciones o creación de regulaciones³¹⁴.

Teniendo en cuenta que la base de participación en el sistema estadounidense es el procedimiento de *notice and comments* de la APA, KERWIN señala que se produjo un aumento en los espacios de participación en los años ochenta, al tiempo que más regulación social y más organismos administrativos con capacidad regulatoria se crearon. Esto significó también un aumento de las normas de participación y movilización de recursos públicos para asegurarla³¹⁵.

Ahora bien, el procedimiento no ha estado exento de críticas, y el mismo KERWIN identifica a la participación como uno de los principales problemas del *rulemaking*, afirmando que esta es central para el proceso y que,

312 ROSENBLUM, David (2015), pp. 72-77.

313 US Administrative Procedure Act § 553 [c].

314 ROSENBLUM, David (2015), pp. 72-73.

315 KERWIN, Cornelius (1994), pp. 366-367.

sin embargo, se generan dudas tanto en relación con la oportunidad de la participación como con la naturaleza y formas de la misma³¹⁶. Continúa el autor señalando que la paradoja provocada por la arremetida legislativa de la Administración no ha tenido una solución real, pero que la incorporación de participación ciudadana en esos procesos ha tenido esa intención, otorgándole algo de legitimidad.

“La calidad de la participación ciudadana, por lo tanto, afecta al proceso de creación de reglas tanto en su dimensión abstracta como pragmática. Determina en buena medida la compatibilidad de la creación de reglas, los principios constitucionales fundamentales y los valores democráticos. Al mismo tiempo, provee de información vital que aumenta las posibilidades de que una regla efectivamente cumpla con el propósito que pretende”³¹⁷.

Hay al menos dos cosas interesantes que notar en la breve revisión anterior. Por una parte, el procedimiento estadounidense fue el primero en incorporar en sus lógicas la participación ciudadana, especialmente en los procedimientos regulatorios. El modelo de dicha participación, de *notice and comments*, es, por lo tanto, el modelo original de participación en procedimientos de regulación.

La segunda cosa importante, y que de alguna manera cierra la lógica con la que iniciamos esta sección, es la nota sobre el hecho de que la participación ciudadana aumentó en los años ochenta a medida que aumentaba el poder de las agencias reguladoras independientes. Hay una relación entre ambas que tiene que ver con la incorporación de una variable pretendidamente democrática en la toma de las decisiones de dichos organismos.

Lo anterior, sin perjuicio de que haya autores que ven en la participación ciudadana un problema que lleva a fallas de la regulación, por la falta de información de las personas y la posibilidad de presión de grupos de interés³¹⁸. Es del caso señalar en este punto que nos parece que esa postura frente a la participación ciudadana es una reproducción de las desconfianzas generales frente a la regulación e incluso frente a la democracia, siendo una visión especialmente alineada con la tecnocracia, como hemos señalado anteriormente.

316 KERWIN, Cornelius (1994), p. 354.

317 KERWIN, Cornelius (1994), p. 365.

318 SUNSTEIN, Cass (1991), p. 607.

3.3. La participación ciudadana en el procedimiento administrativo chileno

El procedimiento administrativo en Chile fue obviado como un tema relevante por la doctrina durante largo tiempo. El derecho administrativo chileno, nos señala CORDERO, se preocupaba más del acto administrativo y vinculaba el procedimiento administrativo principalmente al proceso contencioso administrativo³¹⁹. El procedimiento administrativo en Chile recién tomó forma en el siglo XXI, con un proyecto de ley enviado en el año 2000 y que terminó por convertirse en la Ley N° 19.880, dictada en 2003.

En dicha ley se incorporó un concepto amplio, que es el que sirve de base para la participación tanto de solicitantes de un acto administrativo como de terceros en la misma solicitud. Es el concepto de “interesados”, contenido en el artículo 21 de la Ley N° 19.880, que señala quiénes son las personas que pueden considerarse interesadas en el procedimiento, haciendo una conceptualización bastante amplia de los mismos³²⁰.

Es probablemente por esta conceptualización amplia, que no ha habido mayores disputas doctrinarias en relación con quienes pueden participar de un procedimiento en calidad de interesados, sin perjuicio de que existen críticas a esa amplitud³²¹.

Ahora bien, es difícil entender que la posibilidad de encontrarse en la calidad de interesado sea equivalente al derecho a la participación, existiendo varias razones para sustentar esta duda. En primer lugar, y como señala CORDERO, el procedimiento consagrado en la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, vino a dar cabida a una obli-

319 CORDERO VEGA, Luis (2015), pp. 318-321.

320 “Artículo 21. Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos;
2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte;
3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.

321 HELFMANN, Carolina (2016). Disponible en línea: <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904845&Path=/0D/CE/>>.

gación constitucional, pues le dio forma a la vía por la cual se dictan los actos administrativos y darles ciertas garantías mínimas a los ciudadanos en relación con ese procedimiento³²².

Entre esas garantías mínimas estaría la de hacerse parte como interesado en el procedimiento, la que CORDERO extrae del principio de *audi alternam partem*³²³. Esto significa que la posibilidad de hacerse parte en un procedimiento administrativo se encuentra enmarcada en la lógica adversarial propia de dicho principio que, siendo uno de los principios básicos del debido proceso, supone esta contradicción.

La mantención de una lógica de litigio civil en el procedimiento administrativo está también presente en el principio de contradictoriedad, incorporando al procedimiento administrativo una presión adversarial que no necesariamente le es propia. El procedimiento administrativo, en efecto, no es un litigio y, por lo tanto, podría seguir otros caminos para la incorporación de terceras partes. De acuerdo con BERMÚDEZ, el carácter no litigioso del procedimiento, en principio, se produce porque quienes intervienen no son personas sometiendo un asunto a la resolución de un tercero imparcial y porque quien decide no es imparcial, sino que está en búsqueda del bien común³²⁴.

CORDERO también reconoce lo anterior y expresa que los interesados cumplen un rol en el procedimiento que va más allá de su mera defensa:

“La participación de los interesados, más allá de toda función garantista, es una realidad que se revela como un medio de instrucción calificado. Esto implica que el procedimiento administrativo tiene una connotación dialéctica, o sea el contraste de ideas, posiciones, juicios y conocimientos con los particulares afectados. En otros términos, es posible afirmar que si el procedimiento administrativo sirve a los interesados, también los interesados sirven al procedimiento”³²⁵.

Concluye el autor, en este sentido, que el interesado en un procedimiento administrativo no es un litigante ni un contradictor, sino que es un colaborador de la Administración, y ahonda a la hora de mirar el interés público en el procedimiento, asegurando que este se encuentra en la confluencia entre el interés público hecho valer por el organismo público en el proce-

322 CORDERO VEGA, Luis (2015), pp. 325-330.

323 CORDERO VEGA, Luis (2015), pp. 333-334.

324 BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011), p. 177.

325 CORDERO VEGA, Luis (2015), pp. 341-342.

dimiento, y los intereses hechos valer por los ciudadanos o interesados en el mismo³²⁶. Finalmente, cree que esta lógica está amparada en el principio de participación del artículo 1º de la Constitución.

Sin embargo, existe una traba importante para poder comprender que efectivamente la participación de los interesados en el procedimiento administrativo chileno tendría esas características de ampliación del interés público e incorporación del principio de participación. Dicha traba es el hecho de que la norma no reconoce propiamente el derecho a participar, sino que a hacerse parte como interesado.

El mismo CORDERO reconoce esa distancia, cuando señala:

“[L]a exigencia del derecho o el interés para participar en el procedimiento administrativo implica que la intervención en el procedimiento requiere de sujetos cualificados que a lo menos tengan apariencia de buen derecho o interés, lo que significa que la calificación de interesados no implica una participación amplia en los procedimientos, sino sólo de aquellos en que concurren determinados elementos que cualifican su participación, es decir, que lo legitiman para intervenir”³²⁷.

Esta distancia entre la participación y la actuación como interesados se acentúa cuando vemos que en el procedimiento administrativo chileno no hay norma alguna que se relacione con la dictación de actos de carácter general, siendo que, si bien el procedimiento que se aplica en principio sería el mismo, no hay obligaciones especiales en la dictación de decretos y reglamentos, que lleven a la existencia de espacios de participación ciudadana propiamente tal.

Una visión más conciliadora entre la adversarialidad y la colaboración es la que nos parece que manifiesta VALDIVIA, para quien, si bien no existe un cuerpo ordenado que se refiera a la participación ciudadana en el derecho administrativo, la amplitud del concepto de interesado de la Ley N° 19.880 permitiría una especie de participación, aunque en su nivel más mínimo³²⁸.

Llama la atención que esto suceda en paralelo a la existencia de una ley de participación ciudadana, que supuestamente venía a dar cuerpo al derecho a la participación. Esto podría obedecer a un concepto diferente de

326 CORDERO VEGA, Luis (2015), p. 344.

327 CORDERO VEGA, Luis (2015), p. 385.

328 VALDIVIA, José Miguel (2018), pp. 259-260.

participación en la gestión pública que la ley en cuestión intentó empujar. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley N° 20.500, Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública incorpora el artículo 69 de la Ley N° 18.575, de Bases de la Administración del Estado, que reconoce la existencia del derecho a la participación. Luego, sin embargo, no hace modificaciones específicas en el procedimiento administrativo, como vimos.

La participación de los interesados, si bien abre la posibilidad a un número indeterminado de ciudadanos para hacerse parte de un procedimiento administrativo, los pone en dichos procedimientos como si fueran parte de un procedimiento contradictorio, no habiéndose considerado las formas en que pueden, por ejemplo, formular observaciones, sin tener que necesariamente apoyar o controvertir una presentación de un interesado directo, ni tampoco obligaciones para la Administración en ese sentido.

3.4. El ciudadano interesado

La pregunta que cabe formularse finalmente es si la participación del interesado puede catalogarse como participación ciudadana o no, a propósito de las diferencias que se marcan en los procedimientos administrativos español y estadounidense entre uno y otro, así como de la falta de especificidad en el procedimiento administrativo chileno.

Una primera respuesta proviene desde la idea del derecho subjetivo. Podríamos decir que la participación de los interesados, en cuanto portadores de derechos subjetivos, tiene una distancia importante con la participación ciudadana propiamente tal. Esta sección se dedica a evaluar esa posible distinción, partiendo del cuadro siguiente, que representa los casos posibles en el procedimiento español.

TABLA N° 2

CALIDAD JURÍDICA DEL INTERVINIENTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

	Porta un derecho subjetivo	Representa un interés legítimo individual	Representa un interés legítimo colectivo
Procedimiento de acto de carácter particular	Interesado principal	Interesado eventual individual	Interesado eventual colectivo
Procedimiento de acto de carácter general	Ciudadano	Ciudadano	Ciudadano

En todos los casos contenidos en el cuadro anterior, estamos frente a un sujeto que interviene en un procedimiento administrativo, intentado provocar o modificar una decisión por parte de la Administración. Además, en cada tipo de procedimiento los mecanismos mediante los cuales los sujetos intervendrán son aparentemente los mismos.

Resulta clave el concepto de interés legítimo y la distinción entre intereses individuales y colectivos. Como señala GONZÁLEZ, la interpretación de la jurisprudencia española sobre el interés legítimo ha sido en sentido amplio y se ha equiparado finalmente al beneficio. Habrá interés legítimo en la medida que el posible acto pueda generar un beneficio o un perjuicio actual³²⁹. Luego, siguiendo a la doctrina italiana, nos ilustra sobre la clasificación de intereses plurales, colectivos y difusos. Los primeros serán compartidos por dos o más personas. Los colectivos serían aquellos que pertenecen a un grupo determinado de personas y los difusos, los que:

“No pertenecen a una persona determinada ni a un grupo nítidamente delimitado de personas, sino a un grupo indeterminado o prácticamente de difícil o imposible determinación cuyos intereses tampoco se hallan vinculados por una relación jurídica concreta’ y ‘se refieren a un bien indivisible, en el sentido de que es insustituible de división de cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los intereses’”³³⁰.

GONZÁLEZ cree que no se requiere un supuesto legitimador especial en los casos de intereses difusos, por cuanto hay un interés en la defensa de la propia legalidad, y en caso de no aceptarse, siempre habrá un beneficio para alguien, posible de esgrimir como interés en otra categoría³³¹. Si bien la interpretación pragmática del autor nos parece correcta, la incorporación de la categoría evita discusiones con quienes intentan limitar la legitimidad amplia, de manera de consagrar su poder.

En lo que se refiere a los procedimientos de los que emanará un acto de efectos generales, en cambio, no se hace ninguna distinción y todos quienes concurren al procedimiento a efectuar sus presentaciones lo harán bajo el mismo rol de ciudadanos.

329 GONZÁLEZ, Jesús (2002), pp. 159-160.

330 GONZÁLEZ, Jesús (2002), p. 162. Las frases entre comillas se encuentran así en el texto original, aunque sin fuente citada.

331 GONZÁLEZ, Jesús (2002), p. 162.

La gran diferencia, entonces, entre las intervenciones de estos sujetos es la fuente desde la que obtienen su legitimación para actuar. Quien actúa en base a tener un derecho subjetivo que puede ser potencialmente afectado lo hace principalmente por el título que le otorga el derecho a la defensa y, por lo tanto, obtiene ese título en base a una visión del derecho público más garantista y liberal, que introdujo en los procedimientos administrativos la participación de terceros afectados en sus derechos de manera precisamente de garantizar que el actuar de la Administración no les significará perjuicios directos. Esto queda de manifiesto en la formulación de la participación de los interesados de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que contenía esa previsión de que la afectación debía ser directa.

En este sentido, CASTELLÀ, por ejemplo, al estudiar la participación ciudadana en el proceso administrativo, simplemente excluye aquella que obedece a derechos subjetivos.

“Con la rúbrica ‘derechos de participación en el procedimiento administrativo’ hacemos referencia a las diferentes formas, previstas por el ordenamiento jurídico, de intervención de los ciudadanos, individualmente o a través de organizaciones sociales, en alguna de las fases del procedimiento administrativo con el objetivo de defender los intereses sociales y no posiciones jurídicas subjetivas”³³²⁻³³³.

El mismo autor, al analizar pormenorizadamente las posibilidades de actuación de los ciudadanos ante la Administración, señala que no hay duda que la audiencia en procedimientos de creación de reglamentos es una institución que da cabida al derecho a la participación³³⁴, cuestión que no es tal en los casos de audiencias de personas interesadas en el procedimiento administrativo de adjudicación³³⁵.

Ahora bien, no hay que olvidar en este sentido que la doctrina española reconoce que el modelo del procedimiento administrativo es en inicio el procedimiento judicial, y, por lo tanto, de oposición y adjudicación. Los

332 CASTELLÀ, Josep María (2011), p. 353.

333 El único reparo que tenemos a este concepto de Castellà tiene que ver con la manifestación de intereses individuales. Nos parece que la participación ciudadana también da pie a dichos intereses y que en algunos casos pueden coincidir con posiciones jurídicas subjetivas.

334 CASTELLÀ, Josep María (2011), p. 460.

335 CASTELLÀ, Josep María (2011), p. 436.

derechos del interesado, entonces, serán los que provienen del debido proceso administrativo, con las consecuencias jurídicas que de ello se desprenden.

Este problema no es solamente del derecho español, sino que se replica en muchos ordenamientos de derecho continental. En ese sentido, un estudio comparado de DELLA CANANEA señala que la diferencia que se da tiene que ver con el reconocimiento del principio del *Audi Alteram Partem*, propio del procedimiento judicial y que fuera traspasado a principios del siglo XX al procedimiento administrativo de adjudicación (de creación de actos de carácter particular). Este principio, como parte de los que componen el debido proceso, está pensado para quienes tienen una afectación directa y particular en un asunto, propio de la adjudicación, pero no de la regulación³³⁶.

Por otra parte, quienes participan como interesados individuales o colectivos o como ciudadanos lo hacen habilitados por un estatuto jurídico distinto, que es el que hemos venido tratando. Es el derecho a la participación ciudadana el que les permite actuar en el procedimiento y es una visión de colaboración entre Estado y sociedad la que justifica esa intervención. Los ciudadanos o los interesados que participan son uno de los vehículos con el que los procedimientos adquieren legitimidad democrática, además de llevar a cabo una actuación que principalmente debiera decir relación con la consecución del bien común. Quien es titular de un derecho subjetivo, en cambio, estará más bien velando por la legalidad del acto en cuestión y poniendo en la balanza sus intereses individuales.

Lo anterior no significa que la intervención de unos u otros deba ser favorecida o perjudicada. Siendo sus títulos distintos, ambos tipos de sujetos van a incorporar variables diferentes en la decisión de la Administración, colaborando ambos desde su propio ámbito a que esa decisión cumpla con los objetivos fácticos de la misma y respete el derecho.

En este sentido, la distinción de los interesados y los ciudadanos no tiene mucho efecto, pues la Administración deberá considerarlos en su decisión, independientemente de la forma en que hayan sido reconocidos en el procedimiento. Como señala CIERCO, el interesado está revestido de facultades que aseguren que su participación sea efectiva y entre ellas apa-

336 DELLA CANANEA, Giacinto (2016), pp. 35-45.

rece como especialmente relevante que la Administración deba tomar en cuenta sus alegaciones, pruebas y cualquier otro elemento que introduzca en el procedimiento. El autor expresa, acertadamente:

“Sin la presencia de ese ‘broche’, la intervención de los sujetos afectados quedaría vacía de toda virtualidad, en la medida que la Administración podría resolver de espaldas por completo a las consideraciones efectuadas por aquéllos”³³⁷.

Desde el punto de vista de sus derechos en el procedimiento, habrá algunas sutiles pero importantes diferencias. En general, el interesado principal y el accesorio gozan de los mismos derechos durante el procedimiento. Sin embargo, la interpretación que haga el juez en relación con el respeto o no de esos derechos por parte de la Administración será diferente, porque el contenido del derecho que habilita a actuar a los sujetos es, a su vez, diferente. Así las cosas, al interesado principal deberá interpretarlo desde el set de derechos al debido proceso administrativo, mientras que al interesado accesorio debe hacerlo desde el propio derecho a la participación.

Esto último es especialmente importante una vez dictado el acto. En cualquier caso, la obligación de la Administración es la de considerar los elementos incorporados por los intervinientes en el procedimiento, cuestión que hará mediante la motivación del acto. Pero en caso de no hacerlo adecuadamente, el derecho de acción en contra de ese acto que nace para los interesados, aun cuando comparte muchas de sus características, se diferencia en que el interesado principal podrá reclamar no solo respecto del procedimiento, sino también del derecho subjetivo que resulte perjudicado.

Para el interesado accesorio en cambio, la ilegalidad procedimental estará muy alineada con la vulneración de su derecho, que puede no ser otro que el de participación³³⁸. Se confundiría así en un mismo hecho el acto que resulta contrario a derecho y la propia afectación del derecho a participar

Con todo, nos parece que, si bien el ciudadano que participa como interesado en un procedimiento administrativo está haciendo uso de su derecho a la participación ciudadana, una manera más adecuada de recoger ese derecho sería mediante el establecimiento de mecanismos específicos

337 CIERCO, César (2002), p. 224.

338 Dependiendo del interés que se encuentre representando, podría existir también una vulneración directa a otro derecho.

para la participación en los casos de actos de carácter general o de actos híbridos. En especial, porque en la participación en estos actos no se debiera estar a la configuración adversarial del principio de *Audi Alteram Partem*.

Lo que la comparación entre sistema nos muestra, principalmente, es esta diferencia. Mientras que en los procedimientos de adjudicación o que llevan a actos administrativos de carácter particular todos los sistemas contemplan normas muy similares, ello se distorsiona en las normas de carácter general por la falta de una normativa específica en el caso del procedimiento administrativo en Chile. Probablemente varios de los mecanismos que se establecen en los diversos instructivos presidenciales sobre participación podrían de manera informal llenar parte de ese vacío, pero es imposible considerar que con esos mecanismos se supera la falencia detectada.

3.5. Otros mecanismos de participación en el derecho administrativo chileno

Sin perjuicio de la posibilidad de los interesados de participar en los procedimientos administrativos, que creemos es la gran manifestación de participación ciudadana administrativa existente, y que se abordará a continuación, no podemos dejar de considerar también algunas disposiciones específicas de participación ciudadana en las normas chilenas.

La primera expresión de esto está en la Ley N° 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM), cuyos artículos 99 y siguientes regulan los plebiscitos comunales. Este instituto de participación permite a los ciudadanos con derecho a voto referirse a los temas que el alcalde, con acuerdo del Concejo, someta a su consideración, y que pueden ser, de acuerdo al artículo 99 de la Ley N° 18.695, en "...materias de administración local relativas a inversiones específicas de desarrollo comunal, a la aprobación o modificación del plan comunal de desarrollo, a la modificación del plan regulador o a otras de interés para la comunidad local, siempre que sean propias de la esfera de competencia municipal, de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos siguientes".

El plebiscito comunal fue introducido en la reforma constitucional de 1989. Este procedimiento es utilizado de manera apenas esporádica por las municipalidades, creemos que en parte por su costo monetario y en

parte porque, de acuerdo al artículo 102 de la misma ley, sus resultados son vinculantes cuando participa más del 50 % del padrón electoral. El plebiscito previsto en esta norma ha sido utilizado, a la fecha, solo en dos oportunidades³³⁹.

En efecto, en los últimos años las municipalidades han preferido llevar adelante métodos de participación no institucionalizados y que en la mayoría de las ocasiones no cumplen con los requisitos mínimos para considerar que efectivamente se está dando cabida al derecho a la participación. Ese método generalmente ha sido el de las consultas públicas, usualmente realizadas por medios electrónicos y asociadas a un voto.

Si bien no existe un catastro actualizado de las consultas hechas por este método (dada su informalidad), podemos recordar casos recientes, como la consulta comunal de ocho municipalidades para restringir el horario de circulación de los menores de edad³⁴⁰, la consulta de tres municipalidades sobre la instalación de una laguna cristalina en un parque³⁴¹, la consulta de una municipalidad sobre las medidas de un plan de prevención y descontaminación³⁴², la consulta de una municipalidad sobre el cambio de nombre de un cerro³⁴³ y la consulta municipal que a fines de 2019, en medio de un acentuado conflicto social, consultó por el cambio constitucional y también por cuestiones comunales relevantes de cada municipio³⁴⁴. Estas no son un objeto específico de estudio para el presente trabajo, pero se consignan para iluminar el uso de los mecanismos informales por parte de la Administración, en este caso comunal, y la escasa utilización del mecanismo legalmente previsto.

339 BRONFMAN, Alan (2007), p. 257.

340 Disponible en línea: <<https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/06/30/gano-el-si-se-impone-el-toque-de-queda-infantil-en-consulta-impulsada-por-lavin-que-tuvo-menos-de-10-de-participacion/>>.

341 Disponible en línea: <<https://ciperchile.cl/2018/10/23/consultas-ciudadanas-y-la-ilusion-de-participacion/>>.

342 Disponible en línea: <<http://www.elvacanudo.cl/noticia/sociedad/osorno-dijo-no-en-consulta-por-el-plan-de-descontaminacion-de-la-ciudad>>.

343 Disponible en línea: <<https://www.emol.com/noticias/nacional/2014/10/20/686035/consulta-ciudadana-en-santiago.html>>.

344 Disponible en línea: <<https://www.achm.cl/index.php/noticias/item/1374-asociacion-chilena-de-municipalidades-entrega-balance-general-de-la-consulta-ciudadana-municipal-2019>>.

Ahora bien, por el tipo de preguntas y el uso que se ha dado a la consulta, resulta discutible su incorporación como un mecanismo de participación en el derecho administrativo. En este sentido, si bien es cierto que este mecanismo ha tenido un margen de utilización amplio, no es menos cierto que su reconocimiento normativo supuestamente debiera estar en la LOCM. En efecto, el artículo 118 de la Constitución Política de la República establece en su inciso quinto que este mecanismo sería regulado por la ley, cuestión que no ha sucedido. Sin perjuicio de lo anterior, la Contraloría General de la República ha reconocido la facultad de los municipios en el sentido de que “no resulta procedente que los Municipios hagan uso de ese mecanismo de participación ciudadana, precisó que las entidades edilicias pueden establecer otras modalidades para hacer efectiva esa participación, como, por ejemplo, sondeos de opinión a través de encuestas locales”³⁴⁵.

Enseguida, en la misma LOCM, por modificación de la Ley N° 19.704, de 2002, se introdujo la obligación de que las municipalidades tuvieran una ordenanza con modalidades de participación. La mayoría de las disposiciones relativas a este tipo de participación, sin embargo, fueron modificadas por la Ley N° 20.500, que constituye el eje de la participación ciudadana en instancias administrativas en Chile. La ley en cuestión, promulgada en 2010 pero tramitada desde el 2004, vino a reconocer el derecho de participación en la gestión pública y a introducir mecanismos específicos para su realización.

En el comienzo de su tramitación, la Ley N° 20.500 era más bien una ley que daba cabida al derecho de asociación y que dentro de su lógica incorporaba el principio participativo, citando en ese sentido al artículo 1° de la Constitución y expresando:

“La participación ciudadana, como eje central de un régimen democrático moderno, concibe la relación entre el Estado y el individuo como una cooperación entre ambos y no como una relación vertical o de sumisión de los sujetos a la autoridad”³⁴⁶.

No obstante, el ejecutivo realizó prontamente, en 2006, una indicación sustitutiva que entre otras cosas añadió al proyecto las modificaciones a la

345 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 40.385-2014, en relación en el Dictamen N° 16.363-2001.

346 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.500, p. 6.

Ley N° 18.575, Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE), que finalmente concluyó con la incorporación de su actual título IV, que trata sobre la participación ciudadana y en el que se contienen una buena parte de los mecanismos de participación que introdujo la norma, además del reconocimiento expreso del derecho a la participación en la gestión pública.

La ley crea mecanismos de participación en relación con los órganos de la Administración en los artículos 70 y siguientes de la LBGAE. Los mecanismos son los de (i) cuenta pública participativa, (ii) consulta y (iii) establecimiento de consejos de la sociedad civil. Este último, en una versión un poco más reglada, se aplica también a las municipalidades en la LOCM. Por otra parte, el artículo 70 establece la obligación de los órganos de la Administración de establecer y actualizar sus modalidades de participación propia, y el artículo 71 ordena la mantención en conocimiento público de la información relevante relativa a su quehacer, información que debe ser oportuna, completa y ampliamente accesible.

Los mecanismos introducidos por la Ley N° 20.500 no contemplan una sanción por incumplimiento y han sido relevados políticamente de manera esporádica, sin que se haya logrado una implementación completa de la ley. Al año 2017, el Consejo Nacional de Participación Ciudadana evaluaba como un avance la institucionalización del derecho a la participación, sin perjuicio de que “la implementación de la ley 20.500 muestra debilidades e importantes incumplimientos de esta norma”³⁴⁷. Entre los incumplimientos, se listaba 129 municipios sin consejo de organizaciones de la sociedad civil y un 30 % de los ministerios y servicios sin consejos de la sociedad civil, además de observar que los mecanismos existentes tienen poca baja incidencia y efectividad³⁴⁸. Las razones principales que explican el incumplimiento serían la falta de sanciones asociadas a las normas, ausencia de financiamiento, escasa preparación de los funcionarios, desconfianza ciudadana y la carencia de facultades y vinculatoriedad de los mecanismos de participación³⁴⁹.

Sin perjuicio de que normativamente no se haya dado nuevos impulsos a la participación, políticamente sí ha tenido dichos impulsos, siendo del

347 Consejo Nacional de Participación, Informe Final, Chile, 2017, p. 29.

348 Ídem.

349 Consejo Nacional de Participación, Informe Final, Chile, 2017, pp. 29-31.

caso que en los gobiernos de Michelle Bachelet (2006-2010), Sebastián Piñera (2010-2014) y Michelle Bachelet (2014-2018) se crearon instructivos presidenciales para profundizar las normas de participación ciudadana. El primero de dichos instructivos fue el N° 8/2008, que precedió a la Ley N° 20.500 y que haciendo eco del hecho de que la ley de participación se encontraba en trámite, estableció que en el intertanto los organismos de la Administración debían establecer (i) normas de participación ciudadana; (ii) dar cuentas públicas anuales; (iii) establecer consejos de la sociedad civil, y (iv) poner en conocimiento público la información relevante de su competencia.

Los instructivos que le sucedieron fueron más profundos en su alcance, pero siguieron la misma lógica de detallar mecanismos de participación informales. El Instructivo N° 002/2011 vuelve a nombrar los mismos mecanismos de participación, pero le agrega otros, de carácter “informal”, que podrían ser utilizados por los organismos de la Administración. Ellos son los (i) cabildos ciudadanos, (ii) plataformas digitales participativas, (iii) diálogos participativos, (iv) escuelas de gestión pública para dirigentes sociales, (v) sistema integral de información y atención ciudadana, y (vi) Ley N° 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. Finalmente, el Instructivo N° 007/2014 se refiere a la implementación de la Ley N° 20.500 y toma una visión más normativa de la participación, en el sentido de que establece, como mecanismos coadyuvantes de la ley, la creación en los órganos de la Administración del Estado de (i) normas de participación ciudadana, (ii) unidad de participación ciudadana, (iii) consejos de la sociedad civil, (iv) cuenta pública participativa y (v) el registro de personas jurídicas sin fines de lucro. Añade como mecanismos las (i) audiencias públicas, (ii) presupuestos participativos, (iii) cabildos ciudadanos territoriales y sectoriales, (v) encuentros de diálogos participativos y (v) plataformas digitales participativas. El Instructivo N° 007/2014, sin embargo, sí tuvo una gran novedad, que fue el establecimiento del Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Fortalecimiento de la Sociedad Civil, sin perjuicio de que dicho consejo fuera luego creado con su propio decreto y no por virtud de este instructivo.

Finalmente, la Ley N° 20.958, de 2016, introdujo también la participación ciudadana en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, específicamente en el acápite que trata sobre la creación y modificación de

planes reguladores. Introdujo, en ese sentido, el artículo 28 ter, que establece que el procedimiento en cuestión deberá contar con audiencias públicas y con un plazo de treinta días para la formulación de observaciones. Este procedimiento específico no será analizado en detalle en el presente trabajo, pues entendemos que en sus lógicas de participación se encuentra principalmente subsumido bajo la participación en la gestión pública, ya revisada en el capítulo anterior³⁵⁰.

Tampoco consideramos dentro de los mecanismos propiamente tales la posibilidad de formar organizaciones que dan la Ley N° 16.880 y el propio Código Civil, puesto que, si bien comprendemos que ellas sirven a la participación de los ciudadanos en el devenir político de la sociedad, nos parece que caben más bien dentro del espectro del derecho de asociación que del derecho de participación, como lo hemos venido comprendiendo en este trabajo.

350 Decimos lo anterior sin perjuicio de que, en un trabajo específico sobre la materia, nos parecería trascendente hacer una conexión entre la participación en este espacio de modificación del medio ambiente construido con la participación en materia ambiental. En efecto, la conexión entre el derecho urbanístico y el derecho ambiental, que podría darse a propósito del concepto de derecho a la ciudad o de otros dispositivos similares, es un área a la que le queda mucho trabajo por avanzar. Este trabajo, sin embargo, no nos parece el lugar adecuado para ello.

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

2. PARTICIPACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

La preocupación por el medio ambiente en esos términos, junto con la creación de instituciones jurídicas que lo resguarden, es una cuestión que arranca en el último tercio del siglo XX. A nivel de política internacional, en efecto, el primer gran espacio donde las naciones se reúnen a discutir sobre la cuestión ambiental es en la Conferencia de Estocolmo de 1972, y la primera vez que se constitucionaliza el derecho a vivir en un medio ambiente sano es en Portugal, en 1976. Estocolmo 1972 fue una conferencia muy importante para sentar algunas de las bases de comprensión del derecho ambiental, pero los problemas políticos de la época (división norte-sur y bloque capitalista-socialista) impidieron que fuera el gran acuerdo que se pretendía que fuera. Ese espacio fue llenado recién un 1992, con la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río³⁵¹.

La participación en materia ambiental y su regulación han ido de la mano del vertiginoso protagonismo que tienen en las sociedades contemporáneas los problemas de contaminación. Estados Unidos y el Reino Unido fueron los primeros en establecer mecanismos de participación pública en materia ambiental, dando cuenta de una tendencia que se extendería posteriormente en todo el mundo³⁵². Desde la perspectiva legislativa comparada, los sistemas institucionales han transitado desde un reconocimiento de acceso a la información, la presentación de alegaciones y comentarios, a la articulación de mesas de negociación, cuyo acceso queda limitado a determinados grupos de presión como asociaciones empresariales u organizaciones no gubernamentales, hasta llegar a fórmulas más deliberativas y ciudadanas, donde establecen espacios de diálogos abiertos para la definición de decisiones públicas en materia de medio ambiente³⁵³.

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

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

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

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

flictos ambientales³⁵⁴, es en la Declaración de Río 2012 donde se fijan los actuales estándares participativos en materia ambiental. Así, más de 120 países han adoptado disposiciones legales que aseguran la participación ciudadana en las evaluaciones de planes de impacto ambiental³⁵⁵.

Esta fase de reconocimiento de la participación es la que FERRER denomina fase participativa y que constituye uno de los pasos en la construcción del derecho ambiental como disciplina, donde esencialmente se hace un reconocimiento a la construcción que el Estado y los ciudadanos deben hacer, de manera colaborativa, de las políticas públicas ambientales³⁵⁶.

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

En lo que nos interesa, en 1992 se acordó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que se erige como una especie de constitución del derecho ambiental y contiene los principios de la materia. Se construye sobre los principios existentes y con clara base en la Declaración de Estocolmo de 1972, pero es más inclusiva de los problemas y visiones políticas. Como luego sucede con la gran mayoría de los arreglos institucionales relacionados con el medio ambiente, esta Declaración se construye sobre el consenso y, por lo tanto, contiene ciertas tensiones, inespecificidades y contradicciones propias de ese consenso. En el caso de la Declaración de Río, como dice ELLIOTT, no se cambia el paradigma de desarrollo y relación con la naturaleza, pues se refuerzan las soberanías nacionales y se da pie a las dificultades de conciliar desarrollo y medio ambiente, en el concepto de desarrollo sustentable³⁵⁷.

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

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

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

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

Pero ese reconocimiento del desarrollo sustentable sería en sí mismo un cambio de paradigma en relación a la visión previa del crecimiento sin ningún contrapeso o límite. En efecto, el desarrollo sustentable hace su estreno en el mundo de las ideas en los años ochenta, a propósito del Informe Brundtland, popularizándose rápidamente³⁵⁸. Este paradigma, además, incorpora la participación y la democracia como una necesidad para lograr la sustentabilidad³⁵⁹.

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

Dentro de la lógica de la cuestión ambiental y en especial del derecho ambiental, la demanda por participación es uno de los pilares del movimiento ambientalista³⁶⁰ y eso se refleja en que esté siempre presente en las discusiones de política pública ambiental a nivel nacional e internacional. La piedra angular parecerá ser el Principio 10 de la Declaración de Río, pero además ello se ha traducido en la celebración del Convenio de Aarhus a nivel europeo, las “Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales” (o Directrices de Bali)³⁶¹ y el Acuerdo de Escazú a nivel latinoamericano³⁶² (CEPAL 2017).

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

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

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

361 Disponible en línea: <http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55240_DirectricesBaliAcceso_2010.pdf>.

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

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

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

3. MODELOS DE PARTICIPACIÓN AMBIENTAL

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

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

A propósito de la incorporación de la participación en la Declaración de Río de 1992³⁶³, existe una comprensión de ella como un principio en

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

materia ambiental. Esto, sin embargo, no obsta que la participación sea reconocida como un derecho, como hemos visto en capítulos anteriores, ni tampoco que se le identifique con los mecanismos que la ponen en práctica³⁶⁴.

En general, las regulaciones en materia de participación ambiental se han desarrollado como consecuencia del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 y que fue el que dio pie a la creación de provisiones específicas de acceso a la información, participación y acceso a la justicia en materia ambiental. La expansión y relevancia de este modelo se gráfica, por ejemplo, en el hecho de que el principal índice que mide la democracia en materia ambiental en el mundo lo haga desde, precisamente, esos tres indicadores³⁶⁵.

Ahora bien, el Principio 10 en sí mismo no conceptualiza el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia como derechos, sino que reclama la necesidad de que existan mecanismos que los recojan. En ese sentido, por ejemplo, MAHUERHOFER catastró la existencia de estos mecanismos a nivel global, sean o no reconocidos como derechos. El autor sí parte de la base de que la expansión de estos mecanismos tiene que ver con un trabajo que se ha construido sobre la base del Principio 10 de la Declaración de Río. Además, aboga por su reconocimiento mediante mecanismos legales obligatorios³⁶⁶.

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

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

365 Disponible en línea: <http://www.environmentaldemocracyindex.org/about/background_and_methodology>.

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

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

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

Esto supone una profundización de los elementos del Principio 10 y el inicio del modelo de democracia ambiental. En el Convenio de Aarhus, por primera vez se aborda el tema de la participación de manera organizada y considerando los pilares de acceso a la información, participación y acceso a la justicia³⁶⁷.

La lógica desde la que arranca este reconocimiento como derecho no es solamente ambiental, sino que también está relacionada con el hecho de que la Unión Europea considerara a la participación como uno de sus pilares y con la fuerza del paradigma del Estado regulador, en especial la pérdida de poder del legislador, en manos de la Administración³⁶⁸.

En el Convenio de Aarhus, la participación aparece como un derecho que puede ser ejercido en instancias de decisión de proyectos, planes, programas, políticas y elaboración o implementación de normas legales o reglamentarias (arts. 6º, 7º y 8º). No se explicita, sin embargo, su contenido, señalándose solamente que la participación “se tendrá en cuenta todo lo posible”. Eso sería un reconocimiento de discrecionalidad a la hora de considerar la participación por parte de los Estados³⁶⁹.

Como señalan PIGRAU y BORRÀS, un aporte fundamental del Convenio de Aarhus fue el de conectar los derechos humanos con los derechos ambientales, incorporando entonces un enfoque de derechos en esta relación entre tomadores de decisiones y ciudadanos³⁷⁰. En la misma línea, SICLARI considera que el Convenio de Aarhus superó la visión individualista sobre

367 CARBONARA, LORENZO (2012), p. 4.

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

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

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

el derecho ambiental, que considera presente en la Declaración de Río de 1992 para, en cambio, señalar de manera directa que el medio ambiente se protege a través de la democracia ambiental que suponen los derechos de acceso³⁷¹.

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

Como señala TORRES:

“[E]xiste consenso a nivel internacional de que la Convención de Aarhus, al ser vinculante, es el instrumento que más lejos ha llegado en cuanto a promover los derechos de acceso. Ha sido calificada como la iniciativa más ambiciosa en el terreno de la democracia ambiental que se haya emprendido jamás bajo los auspicios de las Naciones Unidas. A la fecha ninguna otra región ha avanzado en el desarrollo de un instrumento legal vinculante similar a la Convención de Aarhus”³⁷².

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

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

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

372 CEPAL (2013), p. 15.

nacional en materia de acceso a la información, participación ciudadana y acceso a la justicia en materia ambiental”, de 2010, y el Acuerdo de Escazú³⁷³.

LEE y ABBOTT analizan las motivaciones del Convenio de Aarhus, para notar que su objetivo final sería mejorar las condiciones de protección de la naturaleza, cuestión para la cual se apoya y confía en la participación de los ciudadanos, entendiendo que teóricamente dicha participación es la que logrará mejorar la protección del medio ambiente³⁷⁴.

Así las cosas, entre estos derechos procedimentales, sin duda, la participación ocupa el lugar central, siendo asistida por los otros dos, en el entendido de que es la participación la que en realidad ayuda a mejorar las decisiones y a superar el déficit democrático en materia ambiental³⁷⁵.

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

“[R]econocemos y subrayamos que los derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental son esenciales para la promoción del desarrollo sostenible, de la democracia y de un medio ambiente sano, y aportan múltiples beneficios tales como: contribuir a tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente; involucrar al público respecto de los problemas ambientales; aportar a la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión pública; y facilitar un cambio en los patrones de producción y consumo”³⁷⁶.

373 DARPÓ, Jan (2018), p. 383.

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

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

376 Disponible en línea: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/13&referer=/english/&Lang=S>.

La negociación concluyó con la firma del Acuerdo de Escazú.

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

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

Vale la pena detenerse en considerar cómo la negociación de un acuerdo internacional sobre participación en materia ambiental se enmarca inmediatamente en la lógica del Principio 10 de la Declaración de Río como modelo ideal de participación. En efecto, ni siquiera se hace mención a las lógicas de la participación en la gestión pública. La hegemonía del modelo de derechos de acceso viene refrendada, por ejemplo, en cuestiones como el estudio comparado de TORRES para CEPAL sobre democracia ambiental en Latinoamérica, que, al buscar las normas sobre participación en esta materia, también lo hace de inmediato desde el paradigma, siendo al final un estudio relativo al “Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe”³⁷⁷.

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

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

de China es descrito como de remedios administrativos, donde una agencia diferente de la que evalúa los proyectos debe dirimir los conflictos que se produzcan entre esta y una persona interesada que participa del procedimiento de participación³⁷⁸.

Una cuestión similar sucede en Japón, donde también se establece un sistema basado en los derechos de acceso, aunque con diferencias culturales evidentes. Esta diferencia es notada por OKUBO, quien refiriéndose a la regulación de la participación ciudadana en materia ambiental en Japón, si bien parte de la base de que su consagración ha tenido que ver con el Principio 10, de todas maneras hace un distingo entre la forma en que se ha consagrado en otros países (principalmente en Europa), a lo que llama un enfoque basado en derecho, y la manera en que se ha hecho en Japón, que identifica como un enfoque en base voluntaria³⁷⁹.

A mayor abundamiento, la difusión del modelo de los derechos de acceso a llegado a constitucionalizarse. Este proceso, como reconocen MAY y DALY, obedecería a un ánimo de permitir un ulterior avance de la protección del medio ambiente³⁸⁰. En particular, la participación en cuestiones ambientales estaba al 2015 en las constituciones de Brasil, Colombia, Ecuador, Eritrea, Etiopía, Finlandia, Francia, Islandia, Kosovo, Polonia, Tailandia y Zambia³⁸¹.

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

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

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

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

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

3.2. La participación ambiental como participación administrativa

Ahora bien, aun cuando el Principio 10 y su modelo sea hegemónico en Europa y Latinoamérica, este no es el único modelo que es posible detectar. En primer lugar, para el derecho ambiental internacional, el principio de participación no parece ser de mayor trascendencia, y así, revisados los principales manuales de la materia, este principio no se encuentra tratado, mientras que otros, como el de prevención, precaución y desarrollo sostenible, son explorados en todos ellos³⁸².

Asimismo, en el derecho estadounidense tampoco pareciera que la participación sea abordada como un principio del derecho ambiental, ni tampoco como un tema central de la garantía a un medio ambiente sano. Así, por ejemplo, reputados manuales de derecho ambiental de dicho país no la consideran dentro de los temas principales a tratar, ni abordan la participación como una cuestión especial³⁸³. En algunas excepciones, se aborda la participación ciudadana, pero como un mecanismo dentro de otros procedimientos de la National Environmental Protection Act (NEPA), y sin darle una especial relevancia, ni menos tratarla como derecho³⁸⁴.

Eso explica que, por ejemplo, RICHARDSON y RAZZAQUE, profesores canadienses de derecho ambiental, a la hora de explicar la participación ciudadana en materia ambiental hagan una breve mención a que las constituciones suelen tener derechos ambientales pero no estándares (una forma de entender el derecho a la participación en materia ambiental), pero luego expliquen la evolución de la institución desde el derecho administrativo estadounidense, entendiendo la participación ciudadana en materia ambiental como una evolución de aquella incorporada en la APA³⁸⁵.

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

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

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

384 RODGERS, William (1994).

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

manera en que la trata es haciendo variadas conexiones con sus funciones, especialmente con aquellas relacionadas con la mejora de la decisión del organismo público, su legitimidad y efectividad potencial³⁸⁶. Pareciera, entonces, que, desde el ámbito estadounidense, la participación ambiental se parece más a la participación en instancias administrativas.

Por su parte, la Environmental Law Worldwide Alliance (ELAW) realizó un extenso análisis comparado de la participación ciudadana en materia ambiental en Estados Unidos, Canadá y México. En lo que a nosotros interesa, dicho estudio explica cómo la participación ciudadana en EE. UU. en materia ambiental se diferencia claramente si estamos ante procesos asociados a regulaciones o a proyectos. En cuanto a las regulaciones, la norma proviene en primera instancia de la ley de procedimiento administrativo, que impone la necesidad de “notificar y comentar” a los potenciales interesados cuándo se va a modificar una regulación en general, incluidas las regulaciones ambientales. Luego, cada ley con alcances ambientales ha considerado a su vez una manera particular de llevar adelante participación ciudadana cuando se estén dictando otras regulaciones del área en que la ley aplica (*v. gr.*, la Ley de Aire Limpio, la Ley de Agua Limpia y la Ley de Control de Sustancias Tóxicas). Por último, la Ley Nacional de Políticas Ambientales, que regula la evaluación ambiental de proyectos, reconoce de manera más específica la participación ciudadana y los modos en que esta debe llevarse a cabo en dicho procedimiento. Esto no altera de forma significativa la comprensión de la participación como un mecanismo y un paso dentro del procedimiento³⁸⁷.

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

386 Disponible en línea: <https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-09/documents/intro_08.pdf>.

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

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

3.3. El modelo del principio de cooperación

Hay una tercera manera en que se ha entendido la participación ciudadana en materia ambiental, que de alguna manera navega entre las dos anteriores. Esta es la del principio de cooperación. Principalmente en el derecho alemán, y luego en algunas construcciones doctrinarias inspiradas en el derecho alemán, el principio de cooperación abarca una serie de interacciones público-privadas en materia ambiental, entre las que se cuenta la participación ciudadana. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia del principio de cooperación internacional, en diversos tratados en materia ambiental, incluyendo especialmente la Declaración de Río. En esa formulación, la cooperación se refiere a una cuestión mucho más amplia de cooperación entre todos los Estados y todas las personas para lograr el desarrollo sostenible, erradicar la pobreza, conservar el ecosistema y generar conocimiento científico³⁸⁸.

En la manera que lo tratamos acá, se refiere a aquellos autores que, siguiendo la nomenclatura alemana, se refieren a la participación ciudadana en materia ambiental como parte integrante del principio de cooperación. El principio de cooperación en la doctrina alemana se referiría a la necesidad de consultar a todos los afectados por una determinada decisión en materia ambiental, intentando lograr acuerdos, levantar mayor información y aumentar la protección del medio ambiente. Este principio mostraría, incluso, una preferencia por la posibilidad de acuerdos antes que la aplicación de la ley³⁸⁹.

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

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

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

ambiental y, por otro lado, una vertiente social que importa la participación del conjunto de la sociedad para llevar a cabo las políticas ambientales³⁹⁰.

La vertiente institucional está menos relacionada con el presente trabajo, por lo que no la comentaremos mayormente. En lo que se refiere a la vertiente social, en cambio, JARIA parte en su análisis desde la visión de que el derecho ambiental debe principalmente lidiar con los riesgos y que en la construcción del estándar de riesgo se requiere de un nivel alto de democracia, el que podría lograrse mediante la democracia participativa, que complete de legitimidad democrática las decisiones que toma la Administración del Estado³⁹¹.

Expresa JARIA:

“La democracia en materia ambiental y, particularmente, en su faceta participativa en relación con las decisiones concretas de la Administración, no es sólo una garantía de eficacia de las medidas tomadas, sino también una vía para asegurar que, efectivamente, responden al consenso social y no se escamotea a los interesados el poder incidir en decisiones que, a su vez, afectan al riesgo que deben afrontar, utilizando un supuesto conocimiento experto”³⁹².

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

“En definitiva, los destinatarios de las decisiones concretas y de las normas devienen parte en el procedo de su elaboración”³⁹³.

Esta posibilidad de hacerse parte iría de alguna manera borrando los límites de la esfera de lo público como una esfera autónoma. Ello, dice JARIA, sin perjuicio de que la decisión debe también considerar a las generaciones futuras, cuestión que es un mandato del desarrollo sustentable y que se realiza a través del principio precautorio³⁹⁴.

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

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

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

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

394 Ídem.

En el derecho chileno, comparte esta formación en el principio de cooperación BERMÚDEZ, quien lista el principio de cooperación como uno de los que informa el derecho ambiental, y sin perjuicio de reconocer su raíz alemana, lo hace en desmedro del principio de participación, la que considera que está dentro de las actividades posibles de la cooperación³⁹⁵.

BERMÚDEZ exhibe, asimismo, la limitación del principio de cooperación en relación con la participación ciudadana, pues en su comprensión de la misma, es una participación en los procedimientos administrativos y se limita a los mecanismos que la propia Ley de Bases del Medio Ambiente establece, a lo que solo agrega los mecanismos de la ley de acceso a la información pública, entendiendo que el acceso a la información es base para la participación ciudadana (como veremos más adelante). Por otra parte, se hace un énfasis en la posibilidad de sustituir decisiones de la administración por acuerdos público-privados³⁹⁶.

Nos parece que el planteamiento general del principio de cooperación, si bien interesante, se aleja de la realidad jurídica de la mayoría de los países de Latinoamérica y especialmente de Chile. Es conocida la tradición alemana del corporativismo como lógica para la construcción de políticas públicas, y probablemente por ello es que se hace hincapié en este principio en el derecho de dicho país, pero el tratamiento que le dan los autores a la participación ciudadana como herramienta dentro de la lógica de la cooperación³⁹⁷ nos parece que es insuficiente en responder a los desafíos de la participación en nuestra realidad.

3.4. El modelo de gobernanza ambiental

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

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

396 BERMÚDEZ, Jorge (2014), p. 53.

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

Así, por ejemplo, se señala que el estudio de la gobernanza ambiental combina los enfoques de la investigación socio-ambiental con la investigación del desarrollo, mezclando, por lo tanto, la interacción entre medio ambiente y cambio social, por una parte, con la manera en que la sociedad se organiza a sí misma en torno a estos cambios, por la otra. La gobernanza ambiental como campo de estudio se basa en diferentes escuelas de pensamiento de las ciencias políticas, pero finalmente busca entender cómo cambian los comportamientos sociales respecto de los recursos naturales en la red de arreglos formales e informales que se producen entre los diferentes tipos de actores y en diferentes rangos y niveles³⁹⁸.

De la misma manera, la gobernanza ambiental estudia los arreglos de política pública que se producen en una multiplicidad de centros de poder dentro de los Estados, así como también en los organismos internacionales o multinacionales, entendiendo que parte de las preguntas que debiera responder la gobernanza se encuentran en esos espacios. Por último, la gobernanza ambiental intenta lidiar con los problemas ambientales persistentes³⁹⁹.

Por supuesto, para la gobernanza ambiental los mecanismos institucionales de participación ciudadana son una de las cuestiones centrales de su estudio, siendo que incluso consideran la existencia de una gobernanza ambiental participativa, que se opone a los modelos de gobernanza basada en el mercado y gobernanza Estado-comunidad⁴⁰⁰. Los modelos con mayor participación ciudadana son vistos, además, como aquellos que han ido adquiriendo más legitimidad, de modo tal que incluso de parte de las élites se aboga por una mayor participación de los grupos marginados, de manera de lograr más legitimidad⁴⁰¹.

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

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

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

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

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

de todo tipo: empresas, ciudadanos, movimientos, gremios y grupos de presión. Al mismo tiempo, intenta entender las relaciones intraestatales⁴⁰².

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

4. CONCLUSIONES

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

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

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

402 HOGEL, Karl *et ál.* (2012), pp. 6-7.

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

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

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

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

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

“La naturaleza pública del derecho ambiental tiene relación con que está lidiando con un interés colectivo. Esto ha llevado a la expectativa de que la toma de decisiones ambientales debería llevar aparejado algún sistema de participación ciudadana”⁴⁰⁴.

404 FISHER, Elizabeth *et ál.* (2013), p. 264.

Así, por ejemplo, sucedió en el derecho administrativo inglés, donde esto no tenía mucha importancia históricamente, pero que la creación, revisión y establecimiento de límites de las obligaciones de participación ciudadana tomaron relevancia en los últimos diez años, especialmente a propósito de las directivas ambientales de la Unión Europea, las que desafiaron algunas conceptualizaciones básicas del derecho administrativo inglés⁴⁰⁵.

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

En específico sobre la relación entre el derecho público y la participación ciudadana, los autores consideran que hay tres cuestiones esenciales. Primero que los derechos relacionados con la participación y la consulta se han entendido tradicionalmente como derechos procedimentales, de modo que la jurisprudencia en general los ha discutido desde las fallas en el procedimiento o la falta de motivación⁴⁰⁶. Enseguida, un segundo punto que observan es que el derecho a la participación y la consulta varía considerablemente según cual sea el estatuto normativo que se esté aplicando u observando, de suerte que no existe una normativa general o una expresión global del derecho que permita comprenderlo de manera más acabada, siendo en parte importante apoyado en la jurisprudencia y las políticas públicas. La única excepción de esto sería la evaluación de impacto ambiental, donde sí se expresa de manera más concreta el derecho a la participación ciudadana⁴⁰⁷.

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

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

407 Ídem.

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

La tercera cuestión que las autoras notan en la relación entre derecho público y derecho ambiental es que suele haber un desacuerdo sobre si un procedimiento de participación en particular es adecuado o no, lo que estaría relacionado en parte con la excesiva comprensión procedimental del derecho, siendo que en realidad también puede tener una comprensión sustantiva⁴⁰⁸.

BALLESTEROS-PINILLA, en una línea similar, parte de la base de que, si bien la participación ciudadana es un elemento clave en el paradigma del Estado regulador, la intensidad de esta participación es mayor en materia ambiental por dos razones fundamentales. La primera es que la participación sirve como contrapeso al poder económico y político, sirviendo como garantía del funcionamiento democrático en un área donde la falta de conocimiento de la Administración, la deja a merced de la información aportada por los interesados. En segundo lugar, porque en esta área la Administración y sus intereses suelen estar alineados con la agresión al bien jurídico protegido en el derecho ambiental⁴⁰⁹.

JARIA, partiendo de una base lógica similar, cree que las cuestiones ambientales son un escenario propicio para la incorporación de participación, a propósito de “[l]a confluencia de intereses diferentes en relación con el modelo de desarrollo y sus efectos en el entorno físico en el que se desarrolla la vida social convierten a estos procesos de toma de decisión en expresiones evidentes del pluralismo social”⁴¹⁰. En ese escenario la Admi-

408 Ídem.

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

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

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

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

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

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

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

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

411 Ídem.

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

2. TENSIONES DE LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

2.1. Gestión de riesgos

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

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

“El derecho al Medio Ambiente es un Derecho de regulación y gestión de riesgos que se explica y encuentra su sentido en ese modelo de sociedad posmoderna en la que estamos instalados y que se ha dado en llamar la sociedad del riesgo”⁴¹².

En este sentido se ha señalado que una de las labores principales que cumple el derecho ambiental es la de determinar cuáles son los riesgos que resultan aceptables y gestionarlos en su convivencia con las personas, cuestión que realiza la Administración mediante sus distintas funciones. El derecho ambiental, señala ROJAS, debe “articular fórmulas de decisión sobre los riesgos que se admiten, así como lo de los que se rechazan, lo que supone obviamente una valoración del riesgo, y, en segundo lugar, gestionar los riesgos que se admiten y con los cuales vamos a convivir, lo que se realiza a través de distintas áreas, como el control, el seguimiento, la reducción mediante mejoras tecnológicas. Y en esta tarea todos –autoridades públicas, empresas privadas, ciudadanía organizada y prestadoras de distintos servicios– deben participar”⁴¹³.

412 ESTEVE PARDO, José (2014), p. 14.

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

La conceptualización del derecho ambiental como un derecho que debe lidiar principalmente con los riesgos, tiene una historia que se vincula con la idea de la sociedad del riesgo, acuñada por el sociólogo Ulrich BECK. De acuerdo con este autor, el hecho de que los procesos de la modernidad hayan sido facilitados por los sistemas políticos, administrativos y económicos, ha significado que se subestimen los riesgos y con ello que se produzca una insatisfacción por parte de las personas en relación con la gestión de estos. A propósito de ese fenómeno, se ha forzado la creación de nuevos espacios más descentralizados, inclusivos y flexibles para tomar decisiones⁴¹⁴.

Las nuevas estructuras son de aquellas que se alejan de alguna manera de la hegemonía de la técnica en la toma de decisiones e intenta un diálogo en que las preferencias de los ciudadanos tienen un rol preponderante. Superan, por lo tanto, uno de los problemas que identifica ROSANVALLON en relación con la sociedad del riesgo, como es la obligación de las personas de poner su confianza en los especialistas para la solución de problemas sociales⁴¹⁵.

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

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

414 BECK, Ulrich (2002).

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

Como señala JARIA:

“Las decisiones que se proyectan sobre el medio ambiente, las decisiones, en definitiva, que determinan el uso legítimo de los recursos naturales son decisiones sobre riesgo”⁴¹⁶.

Para el autor, el hecho de que los riesgos vayan a recaer sobre todos, importa la necesidad de que la decisión sobre los riesgos tolerables sea una decisión lo más democrática posible y que además incorpore la lógica del principio de cooperación⁴¹⁷.

Ahora bien, la variable participativa en la gestión de riesgos es mayoritariamente puesta en duda desde el punto de vista de su eficiencia, propósito de los sesgos cognitivos que determinan las decisiones de las personas, especialmente en su percepción de los riesgos⁴¹⁸. Para MOYA, en la misma línea:

“Lo anterior se traduce en que las personas comunes y corrientes tienen una determinada percepción del riesgo, en la que no hay una relación entre aquellas situaciones que la gente percibe como más peligrosas y las que efectivamente lo son. El pensamiento cotidiano comete errores al valorar el riesgo y produce apreciaciones distorsionadas. Muchas veces, la percepción exagerada se funda en la mayor relevancia mediática de unos sucesos o en la subjetividad de cada persona”⁴¹⁹.

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

Con gran habilidad persuasiva, SUNSTEIN nos muestra una serie de casos en que las percepciones sobre el riesgo están equivocadas y en las cuales, por lo tanto, la técnica tomaría mucho mejores decisiones. Su agenda es clara, el análisis de costo beneficio es una mejor herramienta para tomar decisiones relacionadas con el riesgo, que otras herramientas⁴²⁰. El principal foco de comparación de SUNSTEIN y otros autores es el principio de precaución, el que consideran menos útil para tomar decisiones sobre riesgos.

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

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

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

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

420 SUNSTEIN, Cass (2006).

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

“El aumento de la complejidad de los asuntos abordados por la política pública del gobierno, en particular la confianza en los datos y el método científico, refuerza otras tendencias que disminuyen la influencia individual. Ahora los científicos y la elite técnica juegan un rol influyente en la toma de decisiones sociales”⁴²¹.

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

2.2. La incorporación de la justicia ambiental

El principio de justicia ambiental es probablemente una de las cuestiones más revolucionarias del derecho ambiental y está estrechamente vinculado a la participación en esta materia. Mientras en general podemos observar que las variables de justicia distributiva son parte de las políticas públicas, de los fines del Estado y de su actuación, en materia ambiental la distribución está incorporada dentro de la normativa a través del Principio de Justicia Ambiental. Esta incorporación, por lo demás, supone no solamente que se debe tender hacia una mejor distribución de los bienes y las cargas, sino también hacia una mejor distribución del poder. A esto se ha llamado la dimensión participativa de la justicia ambiental o *justicia ambiental en el ámbito político*⁴²².

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

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

422 HERVÉ, Dominique (2015), p. 43.

distributiva en términos de cargas y beneficios. Originalmente, es esta la gran variable de la justicia ambiental, como concepto surgido de los movimientos sociales afrodescendientes estadounidenses, que veían cómo la mayor carga ambiental era localizada en los territorios en que ellos habitaban. Esta genealogía sería, de acuerdo a SCHLOSBERG, una de las claves para explicar el hecho de que la demanda por participación se haya mantenido siempre como una de las principales reivindicaciones de los movimientos ambientales⁴²³.

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

Esta visión tiene, además, una conexión muy clara con el acercamiento desde los riesgos. La justicia ambiental como movimiento proviene en un inicio de la inadecuada distribución de cargas o riesgos. De acuerdo a HISKES, refiriéndose a DRYZEK, esta sería una de las razones por las cuales las teorías generales de la justicia no han incorporado la variable de justicia ambiental⁴²⁴. Sin embargo, señala el autor que “podemos concluir que los bienes ambientales (y los males) son intrínsecamente parte de un sistema de distribución y participación relevado por la teoría de la justicia”⁴²⁵.

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

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

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

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

En este sentido, INFANTE señala que entre los cuatro elementos principales de la justicia ambiental se encontraría la “justa y significativa participación de la comunidad en el proceso de toma de decisiones ambientales”⁴²⁶, se agrega además el respeto por las identidades locales y la vida comunitaria, ambas cuestiones que podríamos encontrar entre las funciones de la participación.

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

En el mismo sentido, BERMÚDEZ ha expresado:

“La justicia ambiental se conceptualiza como el trato justo y la participación informada a que tienen derecho todas las personas con respecto al desarrollo, implementación y aplicación de las leyes y regulaciones y políticas ambientales, independientemente de su raza, color, nacionalidad o nivel de ingresos”⁴²⁷.

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

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

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

427 BERMÚDEZ, Jorge (2010), p. 590.

2.3. El balance del desarrollo sustentable (o sostenible)

El desarrollo sustentable (o sostenible)⁴²⁸ ha funcionado en materia ambiental como una especie de concepto indeterminado de política pública, que permite absorber en algún sentido las tensiones que significa la protección del medio ambiente en relación con el crecimiento económico en su concepto predominante del siglo XX. Es un principio que, en todas sus formulaciones, busca mediar entre protección del medio ambiente y desarrollo económico, para no comprometer ninguno de los dos en la toma de decisiones de política pública.

Como señala GALDÁMEZ, el desarrollo sustentable puede estar formulado de suerte de señalar el camino para que “crezcamos económicamente, pero sin comprometer el medio ambiente y los recursos naturales para el futuro, pensando en las futuras generaciones y en la preservación del mundo que conocemos”⁴²⁹, pues, como observa BERMÚDEZ:

“[U]n crecimiento económico ilimitado y a costa de la depredación de los bienes ambientales, hipoteca las posibilidades de crecimiento, e incluso de supervivencia, en el futuro”⁴³⁰.

El principio de desarrollo sostenible tiene tanto una polémica global, referida a su contenido, como una polémica local, que versa sobre su incorporación en nuestra normativa y especialmente como parte del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Según GALDÁMEZ, quedó pendiente en la Constitución de 1980 establecer el principio de desarrollo sustentable, en el sentido de que “el crecimiento del país debe desarrollarse considerando los límites medioambientales, preservando las bases de la vida y los derechos de futuras generaciones a disfrutar del entorno”⁴³¹.

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

429 GALDÁMEZ, Liliana (2018), p. 79.

430 BERMÚDEZ, Jorge (2014), p. 77.

431 GALDÁMEZ, Liliana (2018), p. 90.

En la vereda contraria, FERNÁNDEZ cree que el artículo 1º de la Constitución⁴³² incorpora la idea del desarrollo sustentable de manera indirecta, pues es parte del camino para lograr la realización humana que asegura el referido artículo, en cuanto este desarrollo es el que permite asegurar la calidad de vida de las personas y su relación comunitaria y con su entorno⁴³³. En una línea similar se encuentra GUZMÁN, quien considera incorporado al desarrollo sostenible de manera implícita en el texto constitucional, principalmente por la interacción entre los artículos 1º incisos terceros y cuarto⁴³⁴ y el artículo 3º inciso tercero⁴³⁵⁻⁴³⁶.

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

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

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

433 FERNÁNDEZ, Pedro (2004), p. 47.

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

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

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

436 GUZMÁN, Rodrigo (2012), pp. 42-43

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

Ya en esas primeras configuraciones del desarrollo sostenible se sostenía que existían dos visiones opuestas entre los ambientalistas. Por una parte, quienes abogaban por la sustentabilidad ecológica o sustentabilidad fuerte, que básicamente cuestionaban el paradigma del crecimiento, y, por otro lado, quienes le daban igual importancia al crecimiento económico que a la protección ambiental, defendiendo un concepto de sustentabilidad débil⁴³⁸.

El texto de referencia en materia de sustentabilidad, en cualquier caso, es el Informe Brundtland, producido por la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de la ONU, y en el que tuvo que hacerse cargo, políticamente, de la presión por la sustentabilidad a la vez que de la presión por no dejar de lado la necesidad de superar la pobreza y la desigualdad, de forma tal que finalmente la sustentabilidad del reporte está en clave de distribución equitativa entre ricos y pobres, entre las personas de hoy y las del futuro y entre los humanos y la naturaleza. Pero ha sido siempre un concepto cuestionado por la dificultad de darle cuerpo efectivo⁴³⁹. Esto, cree BOSSELMANN, es especialmente así por haber sustituido el término “sustentabilidad” por “desarrollo sustentable”, siendo que este último intenta abarcar todos los problemas en su interior, cuando en realidad la sustentabilidad ecológica era la que estaba recogida en el Informe Brundtland y en la Declaración de Río⁴⁴⁰.

La formulación que hace el Informe Brundtland sobre el desarrollo sustentable es una formulación eminentemente débil. En su cita más extendida, expresa que es “aquel desarrollo que permite satisfacer nuestras necesidades actuales sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”⁴⁴¹. La evidente debilidad del concepto está dada por la amplitud y vaguedad del mismo, cuestión que ha permitido que el discurso del desarrollo sustentable se amplifique de

437 BOSSELMANN, Klaus (2008).

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

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

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

441 BRUNDTLAND, Gro Harlem (1987).

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

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

“El Desarrollo sustentable puede ser interpretado en términos económicos como un camino en el que la maximización del bienestar humano de las generaciones presentes no lleve a un declive en el bienestar futuro”⁴⁴².

Esta formulación del concepto es de las más usadas en el tiempo, a pesar de que siempre tuvo críticas relativas a su favoritismo por imperativos de mercado. BLEWITT, sin embargo, reconoce que desde el propio Informe Brundtland que es posible ver la contradicción que contiene el concepto, donde, por una parte, están las necesidades, especialmente de los más pobres, y, por otro lado, están las limitaciones impuestas por el estado de la tecnología y la manera en que la organización social se relaciona con el medio ambiente, impidiendo la satisfacción de necesidades presentes y futuras⁴⁴³.

Para MERCADO y CÓRDOVA, es claro que el discurso del desarrollo sustentable tuvo un amplio eco en cuanto a lo declarativo, pero ello se traduce necesariamente en acciones que permitan la sustentabilidad, dado su contenido esencialmente vago⁴⁴⁴.

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

“La satisfacción de las necesidades esenciales exige no solo una nueva era de crecimiento económico para las naciones donde los pobres constituyen la mayoría, sino la garantía de que estos pobres recibirán la parte que les corresponde de los recursos necesarios para sostener ese crecimiento. Contribuirán a tal igualdad los sistemas políticos que aseguren la efectiva participación de los ciudadanos en la adopción de decisiones en el plano nacional y una mayor democracia en la adopción de decisiones a nivel internacional”⁴⁴⁵.

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

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

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

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

Agrega más adelante:

“Tomar las decisiones difíciles que se requieren para lograr el desarrollo duradero dependerá del amplio apoyo y participación de un público consciente e informado y de las organizaciones no gubernamentales, la comunidad científica y la industria. Se deberían ampliar sus derechos, funciones y participación respecto de la planificación del desarrollo, la adopción de decisiones y la ejecución de proyectos”⁴⁴⁶.

La evolución del concepto de desarrollo sustentable ha tenido al menos como grandes hitos, la Agenda 21, acordada en Río 1992, y la Agenda 2030, acordada en 2015 y que contiene los 17 Objetivos de Desarrollo Sustentable⁴⁴⁷, pero se mantiene igualmente contestada y contestable.

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

En este sentido, estamos cercanos a lo que plantea BLEWITT, en cuanto a que el desarrollo sustentable va a estar definido de manera diferente según cuál sea el resultado del juego entre las presiones, valores y visiones del mundo que empujen los diferentes actores, incluidas las comunidades, la industria, los grupos de presión y las instituciones⁴⁴⁸. Incluso, el autor llega a construir una tipología de los diferentes discursos, para finalmente señalar:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este desafío se ha manifestado también en la comprensión del derecho a la participación como parte integrante del derecho a vivir en un medio ambiente sano, que ha sido empujada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En este sentido, la CIDH, en su Opinión Consultiva 23/17, señala que este derecho es uno de los “pilares fundamentales” de los derechos de acceso (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 226) y que los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 23.1.a de la Convención⁴⁵⁰, en la toma de decisiones y políticas

450 “Artículo 23. Derechos Políticos.

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

que pueden afectar el medio ambiente (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 227).

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

También la doctrina ha reconocido este vínculo y así, por ejemplo, para BALLESTEROS-PINILLA, la participación es una cuestión funcional al deber de protección ambiental de los Estados y opera como un principio para ellos, de suerte que los poderes del Estado deberían tomar esto en consideración en sus decisiones⁴⁵¹. En la misma lógica encontramos a FRAGA, para quien la participación, si bien es un derecho procesal, es parte del subjetivo a un medio ambiente adecuado⁴⁵².

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

Como señala JARIA, más que la sola legitimidad, lo que busca la participación ciudadana en materia ambiental es asegurar la posibilidad de que las personas vivan y ejerzan su derecho al medio ambiente sano, pues las decisiones que toma la autoridad sobre cuestiones con implicancias ambientales tienen, finalmente, una manifestación material que significa una afectación al medio ambiente en que las personas desarrollan su vida y, por lo tanto, a la posibilidad de desarrollarla⁴⁵³. Incluso es más, de acuerdo al propio JARIA, el principio en que se envolvería la participación, que es el principio de cooperación, tendría como contenido una corresponsabili-

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

452 FRAGA, Jesús (1998).

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

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

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

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

Hay, sin embargo, una clara diferencia de lenguaje. En el lenguaje de la Corte Suprema de Chile, la participación es un principio del derecho ambiental y es, además, un derecho que está regulado de una manera específica en la Ley N° 19.300, de modo tal que cuando se ha resuelto vulnerado el derecho a participar, se ha hecho con mención a esas dos variables y no al derecho a la participación propiamente tal. Así, por ejemplo, en los casos Tronaduras Mina Invierno y Terrazas, donde se resolvió por la Corte que no dar lugar a un proceso de participación en Declaraciones de Impacto Ambiental constituía una ilegalidad que vulneraba el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁴⁵⁵.

En un sentido similar, el fallo por el decreto que regula el material particulado respirable MP10⁴⁵⁶ estableció que la participación ciudadana es una etapa fundamental dentro del procedimiento de dictación de las normas de calidad y que hay un deber de la Administración, específicamente del Ministerio del Medio Ambiente, de promoverla. Ello, sin embargo, lo hace sin hacer mención específica a la vinculación entre el derecho a la

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

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

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

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

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

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

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

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

Esto es posible de ver más claramente en la jurisprudencia que versa sobre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, donde podemos observar que las cortes y tribunales ambientales apelan de

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

manera permanente a las variables distributivas para configurar el contenido del derecho. Así, por ejemplo, la Corte Suprema en 2019, a propósito del “Caso Quintero-Puchuncaví”, donde diversos recurrentes de protección reclamaban por la omisión del Estado en asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de una serie de empresas del cordón industrial, por la intoxicación de cerca de 2.000 personas en los meses de agosto y septiembre de 2018⁴⁵⁸.

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

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

En la especie, sin embargo, los distintos procesos industriales concentrados en esas comunas han comprometido, embarazado y puesto en dificultades la conservación y protección del medio ambiente, entendiéndose este último como lo define el N° 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, como el ‘derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’, tal como lo demuestran, a modo meramente ejemplar, los recurrentes episodios de contaminación que han afectado a las citadas poblaciones, así como la declaración del entorno como zona saturada por material particulado fino respirable MP2,5 y zona latente por material particulado respirable MP10”⁴⁵⁹.

Como es posible observar, la Corte considera en este caso que las decisiones que ha tomado la Administración del Estado no han sido respetuosas del desarrollo sustentable, esencialmente porque existe un claro desbalance entre el desarrollo económico de la zona, la protección del medio

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

459 Corte Suprema, Rol N° 5888-2019.

ambiente y la salud de las personas. Luego, la Corte considera que ese desbalance constituye una vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, dando claramente una cabida al desarrollo sustentable como principio del derecho.

Algo similar, pero en materia de riesgos, podemos encontrar en el fallo sobre vertimiento de salmones⁴⁶⁰, en dicho caso, se recurrió de protección contra la Dirección de Territorio Marítimo por autorizar el vertimiento en el mar de miles de toneladas de salmones descompuestos, y contra la Superintendencia del Medio Ambiente, por no fiscalizar dicha operación. En el caso de la autorización de vertimiento, una de las variables que analiza la Corte es precisamente la existencia de un riesgo provocado por dicho vertimiento de salmones, el que, no habiendo sido debidamente analizado, habría vulnerado el principio precautorio y también el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁴⁶¹.

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

El hecho de que la participación se integre como elemento intermediador entre el derecho a vivir en un medio ambiente sano, el contenido que a este otorgan las variables distributivas y la decisión del tomador de decisiones no obsta que existan dudas sobre la eficacia de este sistema. Algunas las vimos a propósito de las dudas que levanta la participación ciudadana en materia de gestión pública y otras a propósito de cómo la voluntad soberana se manifiesta en estos casos. Pero desde el punto de vista propiamente ambiental, también se levantan dudas similares, especialmente en la necesidad de entender cómo en las democracias avanzadas puede convivir la esfera pública y la sociedad civil, especialmente cuando vemos cómo los conflictos se han ido acrecentando⁴⁶².

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

460 Corte Suprema, Rol N° 34594-2017.

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

462 BARCENA, Iñaki (2008).

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

Es en parte por esto que la ciudadanía, más reflexiva y consciente de los impactos sociales y ambientales del desarrollo económico, cuestionan la credibilidad de gobiernos y empresas⁴⁶³, pues la participación mal aplicada no logra realizarse en su potencial por aumentar la calidad y la legitimidad de las decisiones públicas. Mientras existen autores que creen que los modelos de participación se han visto superados y que hay que avanzar en nuevas fórmulas⁴⁶⁴, nos inclinamos por creer que una aplicación correcta de la participación en materia ambiental debiera ser ya un avance significativo para la democracia y para la toma de decisiones en materia ambiental.

3. CONCLUSIONES

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

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

463 BECK, Ulrich (2002).

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

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

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

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

1. INTRODUCCIÓN

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

Como señala MORAGA, los derechos contenidos en el Principio 10 conforman un engranaje y es por ello que suele tratárseles de manera conjunta, mientras además sabemos que el funcionamiento que cada uno de estos derechos tenga influirá en la *performance* de los otros derechos⁴⁶⁵.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva sobre la aplicación del derecho al medio ambiente sano, reconoce que existen estos derechos de acceso como “instrumentales o de procedimiento” en cuanto ellos permiten que otros derechos se vean satisfechos. Así como vimos anteriormente que el derecho a la participación es parte del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente sano, sucede lo mismo con los derechos de acceso a la información y acceso a la justicia en materia ambiental⁴⁶⁶.

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

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

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

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

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

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

2. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

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

Para algunos autores no existen dudas de que la información ambiental es la más relevante en términos de la información que debiera ser revelada y entregada a la población, siendo la que más puede modificar las condiciones cotidianas de los ciudadanos. Dicha información debiera ser cualquiera que verse sobre la situación del medio ambiente o sobre el estado de la salud y la seguridad de las personas⁴⁶⁷.

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

La normativa internacional reconoce a los sujetos como portadores de información y también como demandantes de información, y específicamente versa, por una parte, sobre la información relativa a las sustancias y actividades peligrosas y por la otra, sobre el funcionamiento mismo del medio ambiente, sobre el que existe aún desconocimiento⁴⁶⁸.

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

“La eficacia real de los mecanismos de participación que la legislación diseñe para desarrollar el marco constitucional al que nos hemos referido al apartado anterior... depende en gran medida de la información que esté a disposición del público, que, en última instancia, acaba siendo el factor que posibilita la participación real de la población. El acceso a la información relevante es el elemento fundamental para permitir una participación realmente eficiente”⁴⁶⁹.

En esa misma lógica, se ha expresado que el sustrato de la participación ciudadana es la información ambiental y que esta puede ser solicitada por las personas, estando en cualquier soporte mientras esté en poder de la Administración⁴⁷⁰.

De acuerdo con BERMÚDEZ, aun cuando el derecho de acceso a la información tiene un planteo general en el derecho administrativo, su origen se encuentra en el acceso a la información ambiental, información que, de acuerdo con el autor, es primordialmente necesaria para que las personas puedan volver a conectarse y entender su entorno y también para que la toma de decisiones no signifique una mayor incidencia en la salud y la calidad de vida de las personas⁴⁷¹.

Reconoce BERMÚDEZ, sin embargo, que en la lógica del Principio 10 de la Declaración de Río, el acceso a la información está pensado de tal manera que “...los ciudadanos puedan acceder a la información ambiental, para luego y de manera informada, ejerzan su derecho de participación, sea por la vía de intervenir en el procedimiento administrativo destinado a

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

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

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

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

la toma de decisiones ambientales, sea por la vía del ejercicio de acciones destinadas a la revisión judicial de las mismas⁷².

En una línea similar, DE LA VARGA y FUENTES creen que el acceso a la información en materia ambiental está al servicio de otros derechos y entre ellos de la participación y del acceso a la justicia, pero que además es por la presión ejercida en materia ambiental que se ha abierto este derecho en términos más generales⁷³.

Los puntos críticos en el acceso a la información ambiental suelen ser dos. Por una parte, que la información esté efectivamente disponible de manera oportuna. Por la otra, que la información se presente de una manera posible de comprender y procesar para los ciudadanos⁷⁴.

3. MECANISMO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

En el Convenio de Aarhus, el artículo 2, número 3, define lo que se entiende por información pública, incluyendo dentro de ella el estado de los diversos elementos del medio ambiente, los factores que pudieran afectar ese estado (incluidas sustancias y políticas públicas, entre otras) y el estado de salud, seguridad y condiciones de vida de los seres humanos, los emplazamientos y las construcciones⁷⁵. Luego, los artículos 4 y 5 son los que

472 BERMÚDEZ, Jorge (2010), p. 575.

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

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

475 “Artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente convenio:

[...]

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

a) El estado de los elementos del medio ambiente tales como el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, las tierras, el paisaje y los parajes naturales, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre estos elementos;

b) factores tales como las sustancias, la energía, el ruido y las radiaciones y las actividades o medidas, en particular las medidas administrativas, los acuerdos relativos al medio ambiente, las políticas, leyes, planes y programas que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente a que hace referencia el apartado 1

regulan el asunto en específico, estableciendo principalmente la obligación de las partes de poner a disposición del público la información ambiental que se les solicite, no imponiendo barreras injustificadas a la solicitud de información, sino aquellas basadas en el propio Convenio y que constituyen las excepciones a la regla de la publicidad de la información, los que además se exhorta a interpretar de manera restrictiva. Adicionalmente, se compromete a las partes a procurar que sus autoridades tengan efectivamente la información que corresponda al día y que haya mecanismos para asegurarse de que esto suceda⁴⁷⁶.

supra sobre el análisis de costos-beneficios y otros análisis e hipótesis económicos utilizados en la toma de decisiones en materia medioambiental;

c) el estado de la salud, la seguridad y las condiciones de vida de los seres humanos, así como el estado de los emplazamientos culturales y de las construcciones en la medida en que sean o puedan ser alterados por el estado de los elementos del medio ambiente o, a través de estos elementos, por los factores, actividades o medidas a que hace referencia la letra b) supra...”.

476 “Artículo 4. Acceso a la información sobre el medio ambiente

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

a) Sin que el público tenga que invocar un interés particular;

b) en la forma solicitada, a menos que:

i) Sea razonable para la autoridad pública comunicar las informaciones de que se trate en otra forma, en cuyo caso deberán indicarse las razones de esta opción; o

ii) la información ya esté disponible públicamente de otra forma.

2. Las informaciones sobre el medio ambiente a que se refiere el apartado 1 supra serán puestas a disposición del público tan pronto como sea posible y a más tardar en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que se haya presentado la solicitud, a menos que el volumen y la complejidad de los datos solicitados justifiquen una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican.

3. Podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente si:

a) La autoridad pública de la que se soliciten no dispone de las informaciones solicitadas;

b) la solicitud es claramente abusiva o está formulada en términos demasiado generales; o

c) la solicitud se refiere a documentos que estén elaborándose o concierne a comunicaciones internas de las autoridades públicas, siempre que esta excepción esté prevista en el derecho interno o en la costumbre, habida cuenta del interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tenga para el público.

4. Podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente en caso de que la divulgación de esa información pudiera tener efectos desfavorables sobre:

a) El secreto de las deliberaciones de las autoridades públicas, cuando ese secreto esté previsto en el derecho interno;

b) las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública;

c) la buena marcha de la justicia, la posibilidad de que toda persona pueda ser juzgada equitativamente o la capacidad de una autoridad pública para efectuar una investigación de índole penal o disciplinaria;

d) el secreto comercial o industrial cuando ese secreto esté protegido por la ley con el fin de defender un interés económico legítimo. En ese marco deberán divulgarse las informaciones sobre emisiones que sean pertinentes para la protección del medio ambiente;

e) los derechos de propiedad intelectual;

f) el carácter confidencial de los datos y de los expedientes personales respecto de una persona física si esa persona no ha consentido en la divulgación de esas informaciones al público, cuando el carácter confidencial de ese tipo de información esté previsto en el derecho interno;

g) los intereses de un tercero que haya facilitado las informaciones solicitadas sin estar obligado a ello por la ley o sin que la ley pueda obligarle a ello y que no consienta en la divulgación de tales informaciones; o

h) el medio ambiente a que se refieren las informaciones, como los lugares de reproducción de especies raras. Los motivos de denegación antes mencionados deberán interpretarse de manera restrictiva teniendo en cuenta el interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tendría para el público y según que esas informaciones guarden o no relación con las emisiones al medio ambiente.

5. Si una autoridad pública no dispone de las informaciones sobre el medio ambiente solicitadas, informará lo antes posible al solicitante sobre la autoridad a que puede dirigirse, según su conocimiento, para obtener las informaciones de que se trate o transmitirá la solicitud a esa autoridad e informará de ello al solicitante.

6. Cada Parte procurará, si la información exenta de divulgación según la letra c) del apartado 3 y el apartado 4 del presente artículo puede dissociarse sin menoscabar su confidencialidad, que las autoridades públicas faciliten el resto de la información medioambiental solicitada.

7. La denegación de una solicitud de información se notificará por escrito si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor solicita una respuesta escrita. En la notificación de denegación la autoridad pública expondrá los motivos de la denegación e informará al solicitante del recurso de que dispone en virtud del artículo 9. La denegación de la solicitud se notificará lo antes posible y en el plazo de un mes a más tardar, a menos que la complejidad de las informaciones solicitadas justifique una prórroga de ese

plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican.

8. Cada Parte podrá autorizar a las autoridades públicas que faciliten informaciones a percibir un derecho por este servicio, pero ese derecho no deberá exceder de una cuantía razonable. Las autoridades públicas que tengan la intención de imponer el pago de un derecho por las informaciones que faciliten comunicarán a los solicitantes de información las tarifas de los derechos que hayan de pagarse, indicando los casos en que las autoridades pueden renunciar a la percepción de esos derechos y los casos en que la comunicación de informaciones está sujeta a su pago anticipado”.

“Artículo 5. Recogida y difusión de informaciones sobre el medio ambiente

1. Cada Parte procurará:

a) Que las autoridades públicas posean y tengan al día las informaciones sobre el medio ambiente que sean útiles para el desempeño de sus funciones;

b) que se establezcan mecanismos obligatorios para que las autoridades públicas estén debidamente informadas de las actividades propuestas y en curso que puedan afectar de manera significativa al medio ambiente;

c) que en caso de amenaza inminente para la salud o el medio ambiente, tanto imputable a actividades humanas como debida a causas naturales, se difundan inmediatamente y sin demora entre los posibles afectados todas las informaciones que puedan permitir al público tomar medidas para prevenir o limitar los daños eventuales y que se encuentren en poder de una autoridad pública.

2. Cada Parte procurará que, en el marco de la legislación nacional, las autoridades públicas pongan a disposición del público, de manera transparente, las informaciones sobre el medio ambiente y que esas informaciones sean efectivamente accesibles, en particular:

a) Proporcionando al público informaciones suficientes sobre el tipo y el alcance de las informaciones sobre el medio ambiente que obren en poder de las autoridades públicas competentes, sobre las principales condiciones en que estén disponibles y sean accesibles esas informaciones y sobre el procedimiento que haya de seguirse para obtenerlas;

b) adoptando y manteniendo medidas prácticas, por ejemplo:

i) Elaborando listas, registros o ficheros accesibles al público;

ii) obligando a los funcionarios a prestar su apoyo al público que trate de tener acceso a informaciones en virtud del presente Convenio;

iii) designando puntos de contacto; y

c) Dando acceso gratuitamente a las informaciones sobre el medio ambiente que figuren en las listas, registros o ficheros mencionados en el inciso i) de la letra b) supra.

3. Cada parte velará por que las informaciones sobre el medio ambiente vayan estando disponibles progresivamente en bases de datos electrónicas fácilmente accesibles para el público por medio de las redes públicas de telecomunicaciones. En particular, deberían ser accesibles de esta forma las informaciones siguientes:

-
- a) Los informes sobre el estado del medio ambiente a que se hace referencia en el apartado 4 infra;
 - b) los textos de las leyes sobre el medio ambiente o relativas al mismo;
 - c) en su caso, las políticas, planes y programas sobre el medio ambiente o relacionados con él, así como los acuerdos relativos al medio ambiente; y
 - d) otras informaciones, en la medida en que la posibilidad de obtenerlas de esta forma facilite la aplicación de la legislación nacional que tenga por objeto aplicar el presente Convenio, siempre que esas informaciones ya estén disponibles en forma electrónica.

4. Cada Parte publicará y difundirá a intervalos regulares no superiores a tres o cuatro años un informe nacional sobre el estado del medio ambiente, en el que figurará información sobre la calidad del medio ambiente y sobre las presiones a que el mismo se encuentra sometido.

5. Cada Parte adoptará medidas, en el marco de su legislación, con el fin de difundir, en particular: a) Los textos legales y los documentos orientativos, tales como los documentos sobre estrategias, políticas, programas y planes de acción relativos al medio ambiente, y los informes sobre la situación en que se encuentra su aplicación, elaborados a los distintos niveles de la administración pública; b) los tratados, convenios y acuerdos internacionales relativos a cuestiones medioambientales; y c) en su caso, los demás documentos internacionales sobre cuestiones relativas al medio ambiente.

6. Cada Parte alentará a los explotadores cuyas actividades tengan un impacto importante sobre el medio ambiente a informar periódicamente al público del impacto sobre el medio ambiente de sus actividades y de sus productos, en su caso, en el marco de programas voluntarios de etiquetado ecológico o de ecoauditorías o por otros medios.

7. Cada Parte:

- a) Hará públicos los hechos y los análisis de hechos que considere pertinentes e importantes para elaborar las propuestas relativas a las medidas esenciales que hayan de adoptarse en materia de medio ambiente;
- b) publicará o hará accesibles de otra manera los documentos disponibles que expliquen cómo trata con el público las materias objeto del presente Convenio; y
- c) comunicará de forma apropiada informaciones sobre la manera en que la administración, a todos los niveles, desempeña las funciones públicas o presta servicios públicos relativos al medio ambiente.

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

9. Cada Parte adoptará medidas para establecer progresivamente, habida cuenta, en su caso, de los procedimientos internacionales, un sistema coherente de alcance nacional consistente en inventariar o registrar los datos relativos a la contaminación en una base de datos informatizada, estructurada y accesible al público, tras recoger esos datos por medio de modelos de declaración normalizados. Este sistema podrá contemplar las aportaciones, descargas y transferencias en los diferentes medios y en los lugares de

En el Acuerdo de Escazú, en tanto, las disposiciones son relativamente similares, y aunque aún no existen estudios comparados entre ambos tratados, de la lectura de los mismos podemos concluir, preliminarmente, que en materia de acceso a la información se tiene un estándar no superior al del Convenio de Aarhus. En efecto, si atendemos al artículo 2, letra c), que define la información ambiental, ella, aun cuando parece estar construida sobre la definición que hace el Convenio de Aarhus, es notoriamente menos específica⁴⁷⁷.

En lo que se refiere a las cuestiones más sustantivas, el Acuerdo de Escazú contiene una serie de obligaciones relativas a la entrega de información ambiental, y si bien contiene un régimen de excepciones para la entrega de información, este queda expresamente supeditado a las excepciones que se planteen en las legislaciones nacionales. Lo que es novedoso en este apartado es el hecho de que el Acuerdo de Escazú establece específicamente la necesidad de las partes de establecer órganos o instituciones independientes que deben hacerse cargo de fiscalizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información⁴⁷⁸. Si bien esto podría entenderse que

tratamiento y de eliminación, in situ o en otro emplazamiento, de una serie determinada de sustancias y de productos resultantes de una serie determinada de actividades, en particular el agua, la energía y los recursos utilizados para esas actividades.

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

477 “Artículo 2. Definiciones

Para los efectos de este Acuerdo:

[...]

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

478 “Artículo 5

Acceso a la información ambiental

Accesibilidad de la información ambiental

1. Cada Parte deberá garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad.

2. El ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental comprende:
 - a) solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita;
 - b) ser informado en forma expedita sobre si la información solicitada obra o no en poder de la autoridad competente que recibe la solicitud; y
 - c) ser informado del derecho a impugnar y recurrir la no entrega de información y de los requisitos para ejercer ese derecho.
3. Cada Parte facilitará el acceso a la información ambiental de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, estableciendo procedimientos de atención desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades, con la finalidad de fomentar el acceso y la participación en igualdad de condiciones.
4. Cada Parte garantizará que dichas personas o grupos en situación de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas y grupos étnicos, reciban asistencia para formular sus peticiones y obtener respuesta. Denegación del acceso a la información ambiental
5. Cuando la información solicitada o parte de ella no se entregue al solicitante por estar en el régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, la autoridad competente deberá comunicar por escrito la denegación, incluyendo las disposiciones jurídicas y las razones que en cada caso justifiquen esta decisión, e informar al solicitante de su derecho de impugnarla y recurrirla.
6. El acceso a la información podrá denegarse de conformidad con la legislación nacional. En los casos en que una Parte no posea un régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, podrá aplicar las siguientes excepciones:
 - a) cuando hacer pública la información pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;
 - b) cuando hacer pública la información afecte negativamente la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
 - c) cuando hacer pública la información afecte negativamente la protección del medio ambiente, incluyendo cualquier especie amenazada o en peligro de extinción; o
 - d) cuando hacer pública la información genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención, investigación y persecución de delitos.
7. En los regímenes de excepciones se tendrán en cuenta las obligaciones de cada Parte en materia de derechos humanos. Cada Parte alentarán la adopción de regímenes de excepciones que favorezcan el acceso de la información.
8. Los motivos de denegación deberán estar establecidos legalmente con anterioridad y estar claramente definidos y reglamentados, tomando en cuenta el interés público, y, por lo tanto, serán de interpretación restrictiva. La carga de la prueba recaerá en la autoridad competente.
9. Cuando aplique la prueba de interés público, la autoridad competente ponderará el interés de retener la información y el beneficio público resultante de hacerla pública, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

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

Condiciones aplicables para la entrega de información ambiental

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

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

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

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

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

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

17. La información ambiental deberá entregarse sin costo, siempre y cuando no se requiera su reproducción o envío. Los costos de reproducción y envío se aplicarán de acuerdo con los procedimientos establecidos por la autoridad competente. Estos costos deberán ser razonables y darse a conocer por anticipado, y su pago podrá exceptuarse en el caso que se considere que el solicitante se encuentra en situación de vulnerabilidad o en circunstancias especiales que justifiquen dicha exención.

Mecanismos de revisión independientes

18. Cada Parte establecerá o designará uno o más órganos o instituciones imparciales y con autonomía e independencia, con el objeto de promover la transparencia en el acceso a la información ambiental, fiscalizar el cumplimiento de las normas, así como vigilar, evaluar y garantizar el derecho de acceso a la información. Cada Parte podrá incluir o fortalecer, según corresponda, las potestades sancionatorias de los órganos o instituciones mencionados en el marco de sus competencias⁷.

en el Convenio de Aarhus es parte de la sección “Acceso a la Justicia”, en dicho instrumento no se hace una mención específica, sino que, por el contrario, se deja a la legislación nacional⁴⁷⁹.

Enseguida, en lo que se refiere a la generación de información ambiental, si bien el Acuerdo Escazú, al igual que el Convenio de Aarhus, contiene una obligación en ese sentido, nos parece que ella es más débil, puesto que se condiciona a los recursos disponibles de las autoridades. Contiene esta obligación, sin embargo, una novedad respecto del Convenio Aarhus, que responde a la variedad cultural de los países de Latinoamérica y el Caribe. Expresamente se establece que las partes deben difundir la información por los canales y de los modos que aseguren su llegada al público, considerando las realidades culturales⁴⁸⁰.

479 Convenio de Aarhus, artículo 9 N° 1.

480 “Artículo 6

Generación y divulgación de información ambiental

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

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

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

- a) los textos de tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y actos administrativos sobre el medio ambiente;
- b) los informes sobre el estado del medio ambiente;
- c) el listado de las entidades públicas con competencia en materia ambiental y, cuando fuera posible, sus respectivas áreas de actuación;
- d) el listado de zonas contaminadas, por tipo de contaminante y localización;
- e) información sobre el uso y la conservación de los recursos naturales y servicios ecosistémicos;
- f) informes, estudios e información científicos, técnicos o tecnológicos en asuntos ambientales elaborados por instituciones académicas y de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras;

-
- g) fuentes relativas a cambio climático que contribuyan a fortalecer las capacidades nacionales en esta materia;
 - h) información de los procesos de evaluación de impacto ambiental y de otros instrumentos de gestión ambiental, cuando corresponda, y las licencias o permisos ambientales otorgados por las autoridades públicas;
 - i) un listado estimado de residuos por tipo y, cuando sea posible, desagregado por volumen, localización y año; e
 - j) información respecto de la imposición de sanciones administrativas en asuntos ambientales.

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

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

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

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

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

- a) información sobre el estado del medio ambiente y de los recursos naturales, incluidos datos cuantitativos, cuando ello sea posible;
- b) acciones nacionales para el cumplimiento de las obligaciones legales en materia ambiental;
- c) avances en la implementación de los derechos de acceso; y
- d) convenios de colaboración entre los sectores público, social y privado.

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

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

8. Cada Parte alentará la realización de evaluaciones independientes de desempeño ambiental que tengan en cuenta criterios y guías acordados nacional o internacionalmente e indicadores comunes, con miras a evaluar la eficacia, la efectividad y el pro-

En la normativa chilena, el acceso a la información ambiental está garantizado de diversas formas. Las primeras son genéricas y están establecidas en (i) el artículo 8° de la Constitución Política de la República⁴⁸¹ y (ii) la Ley N° 20.285, de Acceso a la Información Pública, que en su artículo 5° señala cual es la información que tiene en carácter de pública,

greso de sus políticas nacionales ambientales en el cumplimiento de sus compromisos nacionales e internacionales. Las evaluaciones deberán contemplar la participación de los distintos actores.

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

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

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

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

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

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

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de *quórum* calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

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

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

haciendo una descripción amplia de la información que se encuentra en ese estado, dentro de la cual está la información ambiental⁴⁸².

Pero además de las normas generales sobre información pública, la Ley de Bases del Medio Ambiente contiene normas específicas sobre publicidad de la información, entendiendo la relevancia especial que tiene la información pública en esta área. La Ley N° 19.300, de Bases del Medio Ambiente, establece en su artículo 4° la obligación de los organismos de la Administración de facilitar tanto el acceso a la información como la participación ciudadana y la educación ambiental⁴⁸³.

Enseguida, en su artículo 31 bis, se hace una mención especial al derecho de acceso a la información ambiental y en especial a cuáles son las informaciones que se pretenden públicas. El listado que realiza el artículo en cuestión es bastante amplio y deja además un último literal abierto, en el sentido de señalar que será pública toda otra información que verse sobre el medio ambiente o sus elementos⁴⁸⁴.

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

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

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

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

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

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

En su teoría legal, tanto el artículo 5° de la Ley N° 19.285 como el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 serían inconstitucionales, por ampliar el espectro de información pública en relación con lo que señala el artículo 8° de la Constitución. A pesar de que nos parezca una teoría del todo insustentable en términos constitucionales, el Tribunal Constitucional la ha acogido en dos oportunidades consecutivas⁴⁸⁵.

Por último, la Ley N° 19.300 estableció obligaciones de información en el sentido de mantener ciertos sistemas al día para el Ministerio del Medio Ambiente, agrupados en el Sistema Nacional de Información Ambiental

a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos.

b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior.

c) Los actos administrativos relativos a materias ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento.

d) Los informes de cumplimiento de la legislación ambiental. e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la letra c).

f) El estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o por cualquiera de los factores y medidas señaladas en las letras b) y c).

g) Toda aquella otra información que verse sobre medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2° de la ley”.

485 Tribunal Constitucional de Chile, fallos Rol N° 1907/2016 y Rol N° 3111/2016.

(SNIFA), que contiene normas, informes, autorizaciones, autoridades, dictámenes, sentencias y otras resoluciones⁴⁸⁶, y puso como obligaciones específicas del Ministerio del Medio Ambiente la elaboración de información sobre biodiversidad, sobre líneas de base ambientales, capacidad de carga de las cuencas ambientales, elaborar informes sobre el estado del medio ambiente, administrar un registro de emisiones y transferencias de contaminantes, establecer un sistema de información pública sobre el cumplimiento de la normativa ambiental y, finalmente, generar la información técnica para la prevención de la contaminación⁴⁸⁷.

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

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

487 “Artículo 70.- Corresponderá especialmente al Ministerio:

[...]

- k) Elaborar los estudios necesarios y recopilar toda la información disponible para determinar la línea de base ambiental del país, elaborar las cuentas ambientales, incluidos los activos y pasivos ambientales, y la capacidad de carga de las distintas cuencas ambientales del país.
- l) Participar en la elaboración de los presupuestos ambientales sectoriales, promoviendo su coherencia con la política ambiental nacional. En ejercicio de esta facultad, se podrá fijar de común acuerdo con el ministerio sectorial, indicadores de gestión asociados a presupuestos. Con tal finalidad se deberá contar con la aprobación de la Dirección de Presupuestos.

Revisadas las formas que toma el acceso a la información ambiental en el derecho chileno y los principales tratados internacionales sobre la materia, nos parece pertinente hacer una observación sobre la relación entre

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

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

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

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

[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

este derecho y el derecho a la participación ciudadana. Es evidente que el derecho de acceso a la información pública tiene un derrotero propio, que ha sido fuente de bastante creación doctrinaria y jurisprudencial en nuestro país y en el mundo. No hacemos en este trabajo un especial análisis en ese sentido, pues excede las pretensiones del mismo.

Sin perjuicio de las lógicas propias del acceso a la información pública, nos parece relevante reconocer que la búsqueda de mejor información ambiental ha contribuido consistentemente en mover los cercos de la información pública, de suerte que, por ejemplo, en Chile la existencia de la Ley de Acceso a la Información Pública está íntimamente ligada con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Claude Reyes vs. Chile”, donde coincidentemente lo que intentaba conseguir el demandante era información relacionada con los impactos ambientales de un proyecto de explotación forestal en la Región de Magallanes⁴⁸⁸.

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

4. ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL⁴⁸⁹

El acceso a la justicia en materia ambiental resulta un instituto clave para el funcionamiento de la democracia ambiental y para el aseguramiento de la participación en materia ambiental. Este acceso a la justicia se refiere a la posibilidad de someter ante un tercero imparcial el acaecimiento de hechos que constituyen daños al bien jurídico protegido medio ambien-

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

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

te, pero de igual manera la posibilidad de poner en conocimiento del juez de aquellos actos de la administración que no han considerado adecuadamente la participación ciudadana o el acceso a la información ambiental. O, como señala BRAÑES, es “la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”⁴⁹⁰.

Si bien el derecho de acceso a la justicia está evidentemente vinculado con el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución, es también un hecho que en materia ambiental este acceso tiene complejidades propias de la materia, razón por la cual existe esta preocupación especial por el acceso a la justicia. Tradicionalmente esas complejidades se reconocen en la interacción con la justicia a propósito de conflictos ambientales, donde la legitimación activa, la dificultad de desafiar las decisiones técnicas, lo procesalista de la revisión de actos, lo oneroso de los procesos, la desigualdad de armas, la lentitud y la dificultad de lograr medidas cautelares han sido reconocidas como dificultades propias del derecho de acceso a la justicia en materia ambiental⁴⁹¹.

Por su parte, PRING y PRING, en un informe del Programa de Naciones Unidas para el Ambiente, que se dedica a la difusión sobre la creación de tribunales ambientales especializados, expresan que las dificultades de acceso a la justicia en esta área estarían dadas por: (i) la falta de comprensión de la materia por parte de los jueces; (ii) las demoras causadas por el gran número de casos de los tribunales ordinarios; (iii) altos costos; (iv) la imposibilidad de priorizar los casos con impactos ambientales; (v) medidas insuficientes para resolver; (vi) una visión ganar-perder, y (vii) la falta de flexibilidad de los procedimientos para resolver en relación con estándares ambientales internacionales⁴⁹².

A dichas dificultades hay que agregar la diferencia que significa que el derecho de acceso a la justicia ambiental esté trenzado con el derecho de acceso a la información y el derecho a la participación, siendo que, por lo

490 BRAÑES, Raúl (2000), pp. 39-67.

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

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

tanto, ese acceso a la justicia no está pensado solamente para los casos en que existe algún tipo de daño al medio ambiente (materia de la que incluso podría ocuparse el proceso civil), sino que al mismo tiempo, e incluso de manera principal, está concebido para controlar la actividad de la Administración en esos dos ámbitos: información y participación.

Como señala JARIA:

“Tanto la dimensión sustantiva del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona como la garantía de la participación en el proceso de toma de decisiones dependen en gran medida de la legitimación procesal. La capacidad de actuar ante los Tribunales es esencial para la efectividad de los derechos ambientales. En este sentido, el horizonte del reconocimiento pleno del derecho a un medio ambiente adecuado desde el punto de vista del acceso a la justicia se concretaría en la posibilidad de accionar ante los Tribunales en defensa de dicho derecho”⁴⁹³.

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

“[L]a profundización del derecho de acceso a la justicia o a la tutela jurisdiccional puede ser entendida como una manifestación de un mayor compromiso con la participación, y de este modo, como un ejercicio de democratización de las decisiones sobre el mundo común. En efecto, a través del desarrollo de mecanismos que aseguran acceso a la justicia, individuos y grupos afectados por una decisión pueden reclamar por el hecho de no haber sido considerados debidamente en el proceso y en la toma de decisiones públicas”⁴⁹⁴.

Sin perjuicio de que alguna doctrina no confía en la efectividad que tiene el acceso a la justicia como corolario del derecho a la participación⁴⁹⁵, existen también estudios sobre cómo la intervención de la justicia en los conflictos relacionados con derechos económicos y sociales producen “procesos de legalización”. Estos procesos serían un efecto continuo e indirecto de la litigación en estas áreas, que iría creando un lenguaje y una comunidad epistémica en torno a los temas litigados, cuestión que final-

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

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

495 DAMASKA, Mirjan (2000).

mente llevaría a la modificación de las normas en el sentido de la litigación llevada a cabo⁴⁹⁶.

5. MECANISMOS DE ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA AMBIENTAL

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

El Convenio de Aarhus, en este sentido, considera tres modalidades en las que se debe poder acceder a la justicia ambiental (art. 9). La primera es cuando se ha vulnerado el derecho de acceso a la información; la segunda cuando existe una ilegalidad en la toma de una decisión de carácter ambiental, y la tercera es la para la aplicación específica del derecho ambiental, lo que supone un quebrantamiento de los criterios ambientales de los derechos internos⁴⁹⁷.

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

497 “Artículo 9. Acceso a la justicia

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

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

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

En el Acuerdo de Escazú, en tanto, los criterios son similares, pero se hace una explícita referencia a la vulneración del derecho a la participación. También considera tres modalidades (art. 8.2): la primera, cuando hay vulneración del derecho de acceso a la información; la segunda, cuan-

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

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

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

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

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

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

5. Para que las disposiciones del presente artículo sean aún más eficaces, cada Parte velará por que se informe el público de la posibilidad que se le concede de iniciar procedimientos de recurso administrativo o judicial, y contemplará el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia”.

do se vulnera el derecho a la participación, y la tercera, cuando se afecte o pueda afectar normas relacionadas con el medio ambiente⁴⁹⁸.

498 “Artículo 8

Acceso a la justicia en asuntos ambientales

1. Cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso.

2. Cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento:

a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental;

b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y

c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.

3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con:

a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental;

b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos;

c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional;

d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente;

e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;

f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y

g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

4. Para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá:

a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia;

b) medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo;

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

Actualmente, sin embargo, las vías se han multiplicado, especialmente por la creación de los tribunales ambientales mediante la dictación de la Ley N° 20.600. Estos tribunales administrativos especiales tienen a su cargo conocer causas de daño ambiental, pero también reclamaciones e invalidaciones en contra de actos administrativos de carácter ambiental y especialmente en contra de actos dictados en procedimientos en que existe participación ciudadana institucionalizada, como es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y los procedimientos de dictación de normas de emisión, normas de calidad y planes de prevención y descontaminación⁴⁹⁹.

c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y

d) el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho.

5. Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda.

6. Cada Parte asegurará que las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en asuntos ambientales, así como su fundamentación, estén consignadas por escrito.

7. Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias”.

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

1) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, en conformidad con

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

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

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

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

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

6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso.

7) Conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados. El plazo para reclamar será el establecido en el artículo 50 de la ley N° 19.300. Tratándose de las normas primarias de calidad ambiental y normas de emisión, conocerá el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración, excluyendo la competencia de los demás. Respecto de la aplicación de las normas secundarias de calidad

Adicionalmente, la Ley N° 20.417 creó la Superintendencia del Medio Ambiente, organismo que tiene como misión la fiscalización y el control en materia ambiental⁵⁰⁰ y que viene también a cumplir un rol en el acceso a la justicia en la materia, siendo posible para los ciudadanos llevar ante este organismo los problemas ambientales que sean provocados por titulares de proyectos en funcionamiento, para que la Superintendencia haga el control respectivo y eventualmente emita las multas que corresponde.

ambiental, de los decretos supremos que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y de los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, será competente el Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción sobre la zona del territorio nacional en que sea aplicable el respectivo decreto.

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

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

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

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

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

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

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

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

6. CONCLUSIONES

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

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

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

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

1. INTRODUCCIÓN

Le Ley N° 19.300, edificando sobre el principio participativo, que fuera anunciado en el Mensaje de la misma y que se inspira en el Principio 10 del Acuerdo de Río⁵⁰¹, incorporó una serie de mecanismos de participación ciudadana, los cuales, si bien no tienen mayor especificidad respecto de sus estándares, sí constituyeron una novedad para nuestro derecho y han tenido un interesante desarrollo desde 1994 a la fecha.

Es importante entender como primera cuestión que el derecho ambiental chileno está configurado desde los instrumentos de gestión ambiental y ellos son, entonces, el centro de las diversas regulaciones ambientales, incluida la participación, que se adhiere con diferentes formas a los diferentes instrumentos de gestión. Los instrumentos que instituyó la Ley N° 19.300 y que consideran mecanismos de participación son el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y los Planes de Prevención y Descontaminación, a los cuales luego se añadió, por la Ley N° 20.417, la Evaluación Ambiental Estratégica.

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

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

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

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

El SEIA, si bien tiene diferentes maneras de comprenderse, sería, en su forma más evidente “...una técnica que, a través de la aplicación de determinadas metodologías, y sobre la base de las características del espacio geográfico donde se emplazará un cierto emprendimiento económico, introduce elementos multidisciplinarios que permiten predecir de una forma más o menos precisa los efectos que un proyecto o actividad puede provocar sobre el medio ambiente en cada una de sus etapas”⁵⁰².

Este instrumento de gestión ha sido considerado como el instrumento de gestión ambiental central, en parte, esto se da a propósito tanto de su centralidad en la regulación ambiental, como del hecho de que ha sido el gran espacio de discusión de las cuestiones ambientales. Es, además, el “instrumento preventivo de protección ambiental más utilizado y expandido en el derecho comparado”⁵⁰³.

El SEIA es una herencia estadounidense y fue adoptado en base al modelo de la NEPA⁵⁰⁴, a propósito de la negociación del Tratado de Libre Comercio con USA, por lo que entendemos que, al menos en una primera mirada, su configuración en relación con la participación proviene de la tradición del *notice and comments*. En este sentido, lo que se aseguró a las personas es un período para hacer observaciones a los proyectos, las cuales serían ponderadas por la autoridad al momento de tomar la decisión sobre dichos proyectos.

La posibilidad de hacer observaciones a los proyectos sometidos al SEIA existía en un inicio solamente en los casos de proyectos que se presentaban al sistema a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), la versión más compleja de presentación.

La Ley N° 20.417, que introdujo significativas modificaciones a la Ley N° 19.300, entre otras cosas cambió el procedimiento de participación ciu-

502 GUZMÁN, Rodrigo (2012), p. 130.

503 BERMÚDEZ, Jorge (2014), p. 263.

504 Ídem.

dadana en el SEIA, estableciendo dos nuevos mecanismos. El primero es la reapertura de la participación ciudadana en los casos de EIA cuando durante el procedimiento de evaluación se realicen modificaciones sustantivas al mismo⁵⁰⁵.

El segundo cambio responde a la ampliación de la participación ciudadana, pasando no solo a ser una cuestión propia de los EIA, sino también posible en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), cosa que ha sido fuente de discusión en tribunales por la extraña fórmula que eligió el legislador para consagrar ese derecho⁵⁰⁶. La participación en las DIA se introdujo mediante una moción de algunos diputados⁵⁰⁷, en coincidencia con la existencia de una discusión que se había producido al respecto durante la tramitación de la ley.

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

2.2. Ponderar y considerar las observaciones ciudadanas

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

“Las organizaciones ciudadanas y las personas naturales cuyas observaciones no hubieren sido debidamente ponderadas en los fundamentos de la respectiva resolución, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior de la que la hubiere dictado dentro de los quince días siguientes a su

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

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

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

notificación, para que ésta, en un plazo de treinta días, se pronuncie sobre la solicitud. Dicho recurso no suspenderá los efectos de la resolución recurrida”.

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

“El artículo 29, que pasa a ser 30, menciona que ‘La Comisión recogerá y ponderará’... Hay mucha inquietud respecto del significado de la palabra ‘recogerá’. Y deseo hacer constar, para que quede en la historia de la ley, que en la Comisión se señaló que, dentro de las muchas acepciones del vocablo ‘recoger’, hay una sola aplicable en este caso: ‘Tomar en cuenta lo que otro ha dicho, para aceptarlo, rebatirlo o transmitirlo.’. Porque hay quienes plantean que ‘recoger’ significaría, prácticamente, una especie de imposición”⁵⁰⁸.

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

En efecto, el informe de la Comisión Mixta señala:

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

El Senado rechazó esta modificación para el sólo efecto de que la Comisión Mixta perfeccionara su redacción. Vuestra Comisión suprimió en los incisos segundo y tercero las expresiones ‘recogerá’ y ‘recogidas’, respectivamente, porque podrían interpretarse en el sentido de que la autoridad competente

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

estaría obligada a resolver en conformidad a las observaciones que se le han formulado, cuando lo que se pretende es que solamente las pondere.

La Comisión Mixta, con las correcciones descritas, acogió la proposición de la Cámara por la unanimidad de sus miembros⁵⁰⁹.

Finalmente, el artículo 29 se aprobó entonces, con la obligación de las COREMA de ponderar las observaciones ciudadanas en su resolución⁵¹⁰. El mismo verbo ponderar se usa también en la Ley N° 19.300 (en texto original) en otras dos ocasiones: la primera es en el artículo 22, cuando, refiriéndose a los proyectos del sector público, se mandata al Ministerio de Planificación y Cooperación a que pondere la Resolución de Calificación Ambiental de sus proyectos en la evaluación socioeconómica de los mismos⁵¹¹, y luego en el artículo 60, donde se daba competencia al juez de letras en lo civil para conocer de las causas de daño ambiental y se le ordenaba ponderar en su fallo los informes emanados de los organismos públicos⁵¹².

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

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

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

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

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

La resolución de la respectiva Comisión del Medio Ambiente sobre el proyecto evaluado será obligatoria y deberá ser ponderada en la correspondiente evaluación socioeconómica de dicho proyecto que deberá efectuar el Ministerio de Planificación y Cooperación”.

512 “Artículo 60.- Será competente para conocer de las causas que se promuevan por infracción de la presente ley, el juez de letras en lo civil del lugar en que se origine el hecho que causa el daño, o el del domicilio del afectado a elección de este último. En los casos en que el juez competente corresponda a lugares de asiento de Corte, en que

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

El verbo ponderar tiene varios significados: el primero de ellos es “Determinar el peso de algo”, mientras que el segundo es “Examinar con cuidado algún asunto”. El verbo considerar, en cambio, es expreso en su sentido de “Pensar sobre algo analizándolo con atención”.

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

ejerza jurisdicción civil más de un juez letrado, deberá cumplirse con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Orgánico de Tribunales”.

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

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

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

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

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

Adicionalmente, el Servicio de Evaluación Ambiental emitió un instructivo⁵¹³, en 2013, en que hace su propia interpretación sobre el significado de “considerar”. En dicho instructivo expresa que la obligación del Servicio es “hacerse cargo” y “dar respuesta” a lo que se señale en las observaciones. Nos interesa en particular la manera en que se expresa el “hacerse cargo”, pues ello equivaldría a “incorporar al proceso respectivo la preocupación ambiental levantada por el observante”, cuestión que, sin embargo, se topa con la consecuencia que el SEA le da a ello, que no es incorporarla en el razonamiento, sino que darle respuesta, cuestión que, en su acepción literal y en la práctica del SEA, equivale a efectivamente responder a las observaciones sin necesariamente incorporarlas en la decisión.

Enseguida, el instructivo más bien discurre sobre cómo dar una respuesta a las observaciones en lugar de cómo incorporarlas en la toma de decisiones. En efecto, nada se dice sobre cómo considerar las observaciones en realidad, sino solo sobre los aspectos formales de ellas y cómo responderlas, dando una muestra de la incomprensión que en la práctica se produce entre los objetivos profundos de la participación ciudadana en materia ambiental y su implementación.

2.3. La participación en el SEIA en la jurisprudencia

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

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

A propósito del fallo del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en el caso EFE⁵¹⁴, MORAGA señala que se han determinado nuevos estándares para la participación en el SEIA, siendo estos: que (i) debe haber información suficiente; (ii) las observaciones no solo deben ser respondidas, sino que consideradas en todo el proceso; (iii) las respuestas no pueden ser simples transcripciones, y (iv) la indebida consideración de observaciones da lugar a la nulidad del acto⁵¹⁵.

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

“[...] el trabajo jurisprudencial del Tribunal Ambiental de Santiago deja de manifiesto que la participación es más que un requisito procedimental de la evaluación de impacto ambiental, pues se persigue incorporar de manera real a los terceros en el proceso de toma de decisiones ambientales, en el sentido en que lo propone el desarrollo sustentable”⁵¹⁶.

En esta sentencia se apoya MORAGA para decir que la autoridad ambiental debe motivar adecuadamente su acto administrativo (la Resolución de Calificación Ambiental en este caso), tomando para ello en cuenta las observaciones que ha hecho la ciudadanía⁵¹⁷.

Por su parte, ARANDA realizó un análisis de cuatro precedentes jurisprudenciales⁵¹⁸ relacionados con participación en el SEIA para entender cómo la jurisprudencia entendía la participación en esta materia. De acuerdo al autor, hay cuatro posibilidades de entender la participación: (i) en sentido procesal formal; (ii) en sentido procesal sustantivo; (iii) como un principio general del derecho ambiental, y (iv) como un derecho político⁵¹⁹.

Nos parece que las categorías que plantea ARANDA son adecuadas desde un análisis jurídico formal, pero que es precisamente por el uso de esas

514 Segundo Tribunal Ambiental, R-35-2014.

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

516 Ídem.

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

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

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

categorías, que incluso los tribunales terminan confundiendo el rol de la participación. El propio ARANDA lo releva, pues de la revisión de los fallos llega a la conclusión de que el mayor uso de la participación está en su configuración como principio, pero que ello no obsta que se le dé también una interpretación desde lo procesal⁵²⁰. Nos parece que esto claramente obedece a la dificultad del juez para asir la participación cuando no es completamente expresa su función y alcance. En todos los casos, sin embargo, los tribunales parten su análisis desde el Principio 10 de la Declaración de Río y el paradigma de los derechos de acceso.

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

Las normas de calidad y emisión, en su diversidad, están reguladas de manera conjunta a propósito del procedimiento de creación, y así también en lo relativo a la participación ciudadana en ellos. Las normas de calidad “fijan estándares que se han de cumplir en el medio receptor (el agua, la salud), las de emisión establecen exigencias que deben satisfacerse y verificarse en la fuente que emite los respectivos contaminantes”⁵²¹.

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

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

520 Ídem.

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

No obstante, el reglamento que ha regulado la dictación de las normas, DS N° 38/2013, desarrolla los mecanismos de participación, pero sin embargo no es realmente específico al referirse a ellos. Así, por ejemplo, no se menciona la existencia de un proceso de participación, pero sí que habrá un expediente público que, entre otras cosas, contendrá las observaciones que se formulen al anteproyecto de la norma y los “documentos presentados por las personas interesadas” (art. 8°).

Luego, si se establece un plazo para recibir observaciones de cualquier persona natural o jurídica, la manera en que dichas observaciones deben ser realizadas (art. 20)⁵²² y la obligación del ministerio de “analizar” dichas observaciones (art. 21)⁵²³.

El uso del verbo analizar, pareciera modificar de alguna manera el estándar de consideración de las observaciones ciudadanas. Sin embargo, es difícil comprender cómo podría ser esa modificación. Analizar, en este contexto, entendemos que podría significar “estudio detallado de algo, especialmente de una obra o un escrito”⁵²⁴, Ahora bien, ese análisis no tiene otro sentido que el de hacer parte del razonamiento de la autoridad administrativa, aquellas cuestiones que se contienen en las observaciones.

La cuestión de la consideración de las observaciones en una norma ha sido debatida de manera relevante una vez ante los tribunales, en el caso del Reglamento del Material Particulado 10 (MP 10), donde la Corte Suprema confirma un fallo del Segundo Tribunal Ambiental, anulando el decreto respectivo y ordenando al Ministerio del Medio Ambiente rehacer el

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

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

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

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

procedimiento. Este último fallo, además, marca el estándar de la revisión posible para los tribunales que, como decíamos antes, puede revisar la motivación del acto administrativo pero no su mérito, que es el espacio propio de la discrecionalidad administrativa⁵²⁵.

4. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN PLANES DE PREVENCIÓN Y DESCONTAMINACIÓN

Los planes son mecanismos que se originan en la experiencia inglesa de 1958, que luego fuera replicada en otros países en las décadas siguientes⁵²⁶. Son planes de prevención los “instrumentos de gestión ambiental que tienen por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental primaria o secundaria, en una zona latente”⁵²⁷, mientras que el plan de descontaminación tiene idéntica definición, salvo porque su finalidad es “recuperar los niveles señalados en las normas primarias o secundarias de calidad ambiental de una zona saturada”⁵²⁸.

En el caso de los planes de prevención y descontaminación, la ley remite, en términos de su procedimiento, a las mismas etapas que considera el artículo 32 para las normas de emisión y de calidad, y mandata la creación de un reglamento que lo regule, cuestión que actualmente está en el DS N° 39/2013, del Ministerio del Medio Ambiente y que, a diferencia de lo que sucede con las normas, sí considera de manera expresa una etapa de participación ciudadana, a la que llama “Consulta Pública” (art. 10)⁵²⁹.

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

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

527 FERNÁNDEZ, Pedro (2004), p. 160.

528 Ídem.

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

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

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

La etapa de consulta pública no reviste grandes diferencias con la posibilidad de formular observaciones que se establece en las normas de emisión y de calidad, salvo por el hecho de que en la formulación de la regla se hace expresa alusión a la consideración de las observaciones, sin perjuicio de que el título de la misma habla del análisis y no de la consideración⁵³⁰. Esto nos muestra que la Administración no hace realmente una diferencia entre analizar y considerar, siendo apegada, en algún sentido, a la formulación del legislador sobre la participación. Lo anterior, al menos desde el punto de vista normativo formal.

5. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA EAE

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

La EAE es una “técnica de planificación coordinada y ajustada en el tiempo, para dar cumplimiento a ciertos objetivos de protección ambiental en materia de planes, políticas y programas, ya sea a nivel nacional, regional o local”⁵³¹. La idea que existe detrás de este instrumento es que las diferentes herramientas regulatorias, en sus diferentes niveles, integren de alguna forma la preocupación por la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable.

La Ley N° 19.300 es expresa en considerar la participación “del público interesado” en los procedimientos de EAE⁵³², y el reglamento considera la

530 Señala el Reglamento:

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

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

531 BERMÚDEZ, Jorge (2014), p. 195.

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

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

En lo que se refiere a la etapa de diseño, el Reglamento para la Evaluación Ambiental Estratégica, DS 32/ 2015, del Ministerio del Medio Ambiente establece un plazo para “aportar antecedentes” o “formular observaciones”⁵³³, cuestión que importa que el organismo administrativo que está formulando la política, plan o instrumento en cuestión debe darles una “respuesta razonada”⁵³⁴, cuestión que si bien no se especifica qué significaría, claramente vuelve la lógica de la participación nuevamente sobre la

-
- a) Los aspectos básicos a considerar durante la etapa de diseño, incluida la forma de consulta y coordinación de los organismos del Estado que puedan vincularse con la política o plan objeto de evaluación;
 - b) Los contenidos mínimos detallados para la elaboración de los Informes Ambientales de las políticas o planes;
 - c) Forma de participación del público interesado, y
 - d) Forma de publicidad de la política o plan, así como su reformulación posterior. Esta forma de publicidad deberá considerar una difusión masiva, completa y didáctica hacia los afectados y la comunidad en general, en lo referente a los contenidos, alcances y efectos de la política o plan, así como de su reformulación posterior”.

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

- a) Aportar antecedentes cuya consideración estime relevante para la adecuada elaboración de la política, plan o instrumento de ordenamiento territorial en cuestión.
- b) Formular observaciones al proceso de Evaluación Ambiental Estratégica desarrollado hasta ese momento.

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

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

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

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

En la evaluación propiamente tal, en todo caso, se considera la señalada etapa de consulta pública, la que abre a observaciones de cualquier persona, tanto la política, plan o programa, como el informe ambiental de la misma. De las observaciones que se produzcan en ese procedimiento, sí debe generarse un análisis y una consideración por parte del organismo⁵³⁵. Nuevamente en este reglamento se da cuenta de que, para la Administración, los términos “analizar” y “considerar” tienen significados análogos,

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

[...]

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

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

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

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

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

puesto que la obligación que se establece en el artículo 24 es la de que “...el órgano responsable analizará dichas observaciones y señalará en la Resolución de Término, la forma en que han sido consideradas”.

6. CONCLUSIONES

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

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece que, del análisis de todos ellos, es posible señalar que, en conjunto, la intención del legislador, e incluso de la mayoría de las normas reglamentarias que se han producido al efecto, tiene como fin permitir que las observaciones de los ciudadanos sean tomadas en consideración por el tomador de decisiones, cuestión que significa que formen parte de la gama de conceptos y argumentos que el este debe sopesar a la hora de usar su discrecionalidad y, por lo tanto, que deben ser incluidas en las motivaciones de sus actos administrativos, como ha señalado la jurisprudencia.

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

2. INTERACCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CON LA TOMA DE DECISIONES

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

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

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

tificaciones sustantivas o procesales. De acuerdo con la autora, en el caso de las primeras se busca un resultado sustantivo o efectos sustantivos de la participación. En la segunda, en cambio, el solo hecho de que los ciudadanos participen de un proceso significa una ganancia para ellos. Al explicar las razones detrás de estas justificaciones y las posibles ganancias de esas formas de pensar la participación, LEE recurre a las ideas que exploramos en el capítulo sobre participación en la gestión pública⁵³⁶.

En la misma línea, incluso trabajos anteriores de este autor han realizado ese análisis de la participación ambiental, con las categorías de la participación en gestión pública, cuestión que sirvió para categorizar las funciones que se pretenden de la participación en ambas áreas⁵³⁷.

Los manuales de derecho ambiental chileno, en tanto, no analizan de manera particular la participación ciudadana, sino que hacen las menciones a las que ya nos hemos referido a lo largo de esta investigación, ya sea para considerarla como un principio del derecho ambiental o para introducir su utilización en los diversos procedimientos en los que se considera esa participación. En el mejor de los casos, se considera que la participación sería parte del principio de colaboración de la doctrina alemana⁵³⁸.

Finalmente, RICHARDSON y RAZZAQUE reconocen en la participación ciudadana en materia ambiental tres acercamientos teóricos claramente distinguibles. El primero es el que llaman “la escuela del elitismo racional”, que ve en la participación ciudadana solo una oportunidad para que las personas entreguen información que pueda ser procesada por los expertos, sin otorgarles un valor por sí misma. Esta escuela vería a la toma de decisiones ambientales como un proceso complejo que debe ser abordado por los expertos técnicos, los cuales serían portadores de la objetividad y la apoliticidad de la ciencia. En esta escuela se enmarcaría también la visión corporativista, la que, sobre la misma idea anterior, preferiría construir procesos de participación con grupos que representen los diferentes intereses en juego⁵³⁹.

536 LEE, María (2014), pp. 176-177.

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

538 BERMÚDEZ Jorge (2014).

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

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

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

Una segunda aproximación teórica sería la “liberal-demócrata”, que se encontraría principalmente preocupada del cumplimiento de los derechos procesales relacionados con la participación ciudadana. Esta escuela estaría relacionada a una crítica general a los sistemas liberales democráticos, donde las elecciones no serían suficientes para generar la legitimidad que se requiere y, por lo tanto, tendría que crear procedimientos auxiliares, los que tendrían funciones relacionadas con la legitimidad y la aceptabilidad de las decisiones ambientales⁵⁴⁰.

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

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

Un tercer modelo sería el deliberativo. Este modelo provendría en parte de la incapacidad de los esquemas liberales democráticos para dar cabida a modificaciones reales en las estructuras de poder de las élites⁵⁴¹. El modelo deliberativo “busca empoderar a los ciudadanos en efectivamente tomar decisiones y reorientar los procesos de decisiones hacia valores éticos y sociales fundamentales”⁵⁴².

De acuerdo con los autores, es posible ver acercamientos desde las tres escuelas cuando observamos las normas reales. Sin perjuicio de ello, el dominio absoluto sería del modelo liberal democrático, siendo que las normas existentes permitirían acercamientos para mejorar las decisiones ambientales, pero sin cambiar ningún paradigma de las mismas⁵⁴³.

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

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

3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL COMO MECANISMO DELIBERATIVO

En esta línea, LEE reconoce la existencia de una corriente que concibe a la participación en materia ambiental como un espacio deliberativo, pero es crítica de esa visión por considerarla poco efectiva, muy teórica e imposible de llevar a cabo⁵⁴⁴. Reconoce esa visión en autores como DRYZEK y

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

542 Ídem.

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

544 LEE, María (2014), p. 180.

BLACK⁵⁴⁵. En el caso de DRYZEK, el autor es reconocidamente un cultor de la democracia deliberativa, la cual, además, ha vinculado directamente con las cuestiones ambientales.

En materia ambiental, DRYZEK consideraba, en primera instancia, que aun cuando tanto el sistema capitalista como la democracia liberal y el Estado Administrativo eran arreglos que hacían prácticamente imposible hacerse cargo de los problemas ambientales, la manera en que se producía una apertura era precisamente mediante los procesos de participación ciudadana, que él llamaba el “diseño de discurso incipientes”. En esos procesos, con la necesidad de generar legitimidad a las decisiones estatales, se podría producir un choque entre la democracia liberal y la “democracia discursiva”⁵⁴⁶ (o deliberativa)⁵⁴⁷. Enseguida, para el autor, además, la deliberación que se produce en la democracia discursiva favorecería aquellos discursos que se centran en apoyar los bienes comunes, pues en una discusión entre iguales, probablemente los intereses que son comunes prevalezcan por sobre los intereses individuales⁵⁴⁸. Todo lo anterior es considerado por el autor como cuestiones en que debe reformarse la política para dar cabida a la cuestión ambiental.

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

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

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

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

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

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

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

De alguna manera eso es recibido también por DRYZEK, que en trabajos posteriores considera a la participación como una de las bases de lo que él llama *modernización ecológica fuerte*. Junto a otros autores, distingue entre los diferentes discursos que podrían modificar las instituciones para hacerlas más protectoras del medio ambiente y posiciona a la modernización ecológica como una de las con más posibilidades de incorporarse en la lógica actual de los Estados, por ser menos cuestionadora de estructuras esenciales. De ahí que la manera en que efectivamente los Estados han ido incorporando lógicas más ambientalistas sea a propósito de ese tipo de discurso, en el que la participación ciudadana, como dijimos, es un elemento primordial⁵⁴⁹.

Lo que podemos observar en esta evolución es que, sin perjuicio de que DRYZEK se mantenga profundamente crítico de la posibilidad de que el capitalismo liberal de los Estados reguladores sea capaz de incorporar lógicas que permitan efectivamente cuidar el medio ambiente y el futuro, ha existido una ruptura en los últimos treinta años que ha variado las circunstancias y ha tendido hacia ese espacio de democracia deliberativa⁵⁵⁰.

Por otro lado, BLACK es abogada y una especialista en regulación, siendo entonces que su acercamiento a la materia está mucho más cercano a esta lógica. Parte por reconocer que la participación es una de las soluciones que más popularmente se proponen cuando hay problemas regulatorios, incluidos los problemas ambientales. Junto con la participación, la mejora de los procedimientos y el diseño institucional son las otras grandes soluciones que suelen proponerse, formando entre todas lo que BLACK llama “procedimentalización”, cuestión que, de acuerdo a ella, solo podría suceder adecuadamente existiendo amplia participación y deliberación⁵⁵¹.

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

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

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

BLACK sigue en buena parte las lógicas planteadas por HABERMAS. En particular, BLACK considera que la comprensión procedimental del derecho argumentada por HABERMAS es inherentemente respetuosa de la democracia y le pone un peso específico a la participación, donde, basada esta en principios de uso de la razón pública, debe conformarse como una realidad deliberativa para ser base de la legitimidad del derecho⁵⁵².

En un artículo posterior, BLACK desarrolla de mejor manera lo que llama “proceso grueso de procedimentalización de la regulación”. Construyendo sobre la teoría de HABERMAS, BLACK considera que la deliberación puede suceder en diferentes espacios y que no es necesario supeditarla a los tribunales y el poder legislativo, entendiendo que en la sociedad existen procesos fragmentados, pluralistas y poliárquicos mientras haya uso de la razón pública. Esta deliberación significa un desafío considerable para los reguladores, incluyendo una conceptualización más horizontal de la relación entre regulador y regulados. El desafío, sin embargo, haría posible generar regulaciones con mayores niveles de democracia⁵⁵³.

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

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

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

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

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

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

“De todo ello se deduce la deseable involucración de la sociedad en procesos de adopción y planificación de las políticas y decisiones ambientales, así como en los procesos de producción de las normas reguladoras en materia ambiental”⁵⁵⁴.

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

“Como ha señalado la mejor doctrina, la participación del público se refiere a la intervención *uti civiles* y no *uti singules*, esto es, de la persona como miembro de la comunidad o simplemente afectada por el interés general. Esta participación social comporta una transformación de la unidimensional configuración del procedimiento administrativo de carácter reactivo o garantista, hacia otra dimensión activa y dinámica del mismo como cauce de participación del ciudadano en los asuntos públicos, en una Administración deliberativa especialmente en ámbitos ordenados por normas de programación finalista, concurriendo los ciudadanos en la definición del interés general, haciendo permeable la relación entre los gobernantes y los ciudadanos y permitiendo el control social de las distintas actuaciones”⁵⁵⁵.

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

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

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

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

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

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

Para RAZQUIN y RUIZ DE APODOCA

“Los fenómenos de participación ciudadana tienen su justificación en aquellos ámbitos de discrecionalidad en la actuación de la Administración, donde lo que interesa precisar es lo oportuno de la decisión frente a lo inoportuno en la preparación de grandes decisiones administrativas que puedan tener una incidencia sobre el medio ambiente, sobre la base de demandas sociales y su aceptación por la sociedad. Cuanto mayor es el frado de discrecionalidad administrativa, debe existir mayor incidencia y necesidad de participación pública en la toma de decisión. La participación se basa, en que los ciudadanos no están dispuestos a dejar en las exclusivas manos de la Administración la definición del interés general, sobre todo cuando los procedimientos administrativos se resuelven con puros criterios de oportunidad”⁵⁵⁶.

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

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

“Parece claro que dicha ponderación sólo podrá a llegar a ser la ajustada a Derecho en la medida en que dichos intereses encuentren vías de expresión en el procedimiento administrativo que permitan al órgano decisor tomarlos en cuenta”⁵⁵⁷.

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

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

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

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

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

Ahora bien, como expresa HEALY citando a LATOUR, los problemas ambientales actuales son un híbrido entre problemas propiamente ambientales y problemas culturales⁵⁵⁸. Esa comprensión los pone en una posición en la que la sola búsqueda de soluciones técnicas es inútil o insuficiente. En la búsqueda de la participación como canal para la solución de los problemas ambientales, vemos implícita la búsqueda de legitimidad democrática. HEALY usa en este sentido las lógicas habermasianas para decir que el discurso racional-científico ha sobrepasado a los razonamientos morales o emotivos-estéticos y que la participación ciudadana en materia ambiental precisamente tiene entre sus funciones subvertir eso, siendo vista como una manera de incorporar un rango de conocimiento más amplio y, por lo tanto, más legítimo⁵⁵⁹.

Pero como también señala HEALY, aun cuando el involucramiento de la Administración con la participación ciudadana es promovido desde el más alto nivel, de todas maneras encontramos que en la práctica las contribuciones que hacen los ciudadanos en los procedimientos de participación son marginadas y lo que reina es la idea de flujo de información desde los ciudadanos hacia la Administración⁵⁶⁰.

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

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

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

4. CONCLUSIONES

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

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

En ese sentido, nos interesa ver el modelo deliberativo de NINO, puesto que el autor, además de defender el valor epistémico de la deliberación, se valió del dispositivo de la “constitución histórica” para intentar solucionar los problemas que surgen del contraste entre voluntad popular y los derechos individuales. El concepto de constitución histórica de NINO está construido por la práctica jurídica y las expectativas legítimas, las que no deberían ser dañadas por lo inconveniente que es ello para la mantención de la legitimidad democrática⁵⁶¹. No ahondaremos en ese concepto, más que para señalar que este es un caso de deliberación en que se debe estar a ciertos límites que impiden cualquier solución y que también delimitan las argumentaciones. Una situación análoga es la que sucede en la participación ciudadana en materia ambiental.

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

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

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

“En sociedades pluralistas y diferenciadas, la tarea de la coordinación social y la integración recae en procedimientos institucionalizados de creación normativa que transformen en decisiones vinculantes las opiniones públicas más difusas, producidas de manera anónima en las redes de comunicación de una poco organizada y mayormente autónoma esfera pública”⁵⁶².

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

Esto nos lleva a los problemas prácticos. El primero de ellos dice relación con la metodología de participación para que se produzca deliberación. Este problema no es parte de lo que se ha estudiado en el presente trabajo, pero valga la pena señalar que existe una vasta literatura sobre metodologías y deliberación⁵⁶³. Un segundo problema versa sobre cómo puede darse la efectiva deliberación cuando el tomador de decisiones está finalmente autorizado a tomar la decisión, y ello no necesariamente será con base deliberativa.

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

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

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

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

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

Mientras lo anterior no ha sido adecuadamente recogido por la normativa estudiada, sí ha existido un desarrollo por parte de los tribunales que apunta en ese sentido. Así, por ejemplo, el libro *Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológico*, instrumento que recoge los consabidos principios y que fuera el resultado de una “construcción colaborativa en la cual han intervenido la Comisión Medioambiental de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el Instituto Judicial Global del Ambiente, la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN y los Embajadores de Buena Voluntad de la Organización de Estados Americanos”⁵⁶⁴, adoptado en el 2018, y que hace un análisis sobre la participación que apunta en el sentido que venimos tratando.

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

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos, en el nivel que corresponda. De esta forma, se deberán adoptar medidas para que la participación del público comience al inicio de los procedimientos, es decir, cuando todas las opciones y soluciones aún sean posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real y efectiva. En virtud de lo anterior, se deberán adoptar las disposiciones prácticas u otras disposiciones necesarias para que el público participe en la elaboración de los planes, programas y políticas relativas al medio ambiente en un marco transparente y equitativo, tras haberle facilitado las informaciones necesarias”⁵⁶⁵.

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

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

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

flejo de la democracia participativa y que debe observarse en decisiones administrativas, legales, procedimientos de recursos administrativos y en audiencias, plebiscitos o consultas, siendo que en esto último le reconoce constituir “la base del consenso para otorgar mayor legitimidad a la gestión pública ambiental”⁵⁶⁶,

A pesar de que el documento apela a la democracia participativa y lo hace correctamente, pues es un mecanismo de participación, los elementos y definiciones que hace sobre esa participación nos parece que se acercan más a la idea de deliberación como la hemos venido tratando. La idea del consenso, la idea de influencia real y efectiva creemos que apuntan hacia un reconocimiento en ese sentido. En efecto, y como reconoce CHRISTIANO, la posibilidad de influir en la decisión, el hecho mismo de que se esté tomando una decisión, son bases esenciales para que exista deliberación⁵⁶⁷. Deliberar no tiene que ver con simplemente compartir opiniones sobre un tema, sino que con la toma de decisiones.

Por último, la manera concreta y práctica en que los tribunales han empujado hacia esta deliberación ha sido mediante la revisión de la motivación del acto administrativo, teniendo en cuenta este mandato para la Administración de decidir en base a la deliberación. Ello, sin embargo, nos parece que ha tenido como tope la falta de densidad normativa en torno a la participación en materia ambiental⁵⁶⁸.

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

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

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

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

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

CAPÍTULO X: REFLEXIONES FINALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ALEXY, Robert (2000): “On the structure of legal principles”, en *Ratio Juris*, 13(3).
- ALLEGRETTI, Umberto (2010): “Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia”, en *Democrazia partecipativa*.
- ALTMAN, David (2013): “Bringing direct democracy back in: toward a three dimensional measure of democracy”, en *Democratization*, vol. 20, N° 4.
- ALTMAN, David (2017): *The Potential of direct democracy, a global measure (1900-2014)* (Social Indicators Research-Springer).
- ARANDA, Jorge (2018): “Breve reflexión sobre cuatro conceptos jurídicos de participación ciudadana a propósito del derecho ambiental chileno”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año VI, N° 9.
- ARNSTEIN, Sherry (1969): “A ladder of citizen participation”, en *Journal of the American Institute of planners*, vol. 35, N° 4.
- ASTORGA, Eduardo (2006): *Derecho ambiental chileno. Parte general* (Santiago de Chile: Editorial LexisNexis).
- (2012): *Derecho ambiental chileno. Parte general*, 3ª edición (Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing).
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Barcelona: Marcial Pons).
- BÄCHTIGER, André, et ál. (ed.) (2018): *The Oxford handbook of deliberative democracy* (Oxford: Oxford University Press).

- BALDWIN, CAVE y LODGE (2012): *Understanding Regulation*, 2ª edición (Oxford: Oxford University Press).
- BALLESTEROS-PINILLA, Gabriel (2010): “La participación en asuntos ambientales y su tutela en el Convenio de Aarhus”, en *Vniversitas* N° 121.
- BANISAR, David *et ál.* (2012): “Moving from Principles to Rights: Rio 2012 and Access to Information, Public Participation, and Justice”, en *Sustainable Development Law & Policy* vol. 12, N° 3.
- BARCENA, Iñaki (2008): “¿Democracia participativa + desarrollo sostenible = democracia ambiental? Preguntas y cuestiones para la democratización ecológica”, en IBARRA, Pedro y AHEDO, Igor (eds.): *Democracia participativa y desarrollo humano* (Madrid: Editorial Dykinson).
- BARNÉS, Javier (2006): “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard *Innovación y reforma en el derecho administrativo.* (Sevilla: Global Law Press)
- (2010): “20 Towards a third generation of administrative procedure”, en *Comparative Administrative Law*.
- BAUMAN, Zygmunt (2009): *Ética postmoderna* (Madrid: Editorial Siglo XXI).
- BAYNES, Kenneth (1995): *Democracy and the Rechtsstaat: Habermas’s Faktizität und Geltung*, en WHITE, Stephen (ed.): *The Cambridge Companion to Habermas* (Cambridge: Cambridge University Press).
- BECK, Ulrich (2002): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Barcelona: Ediciones Paidós).
- BENHABIB, Seyla (1996): “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”, en BENHABIB, Seyla, *Democracy and difference: Contesting the boundaries of the political*.
- BENN, Suzanne y JONES, Richard (2009): “The role of symbolic capital in stakeholder disputes: Decision-making concerning intractable wastes”, en *Journal of Environmental Management*, vol. 90 N°4.
- BERMÚDEZ, Jorge (2010): “El acceso a la información pública y la justicia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 34.
- (2011): *Derecho administrativo general*, 2ª edición (Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters).

- (2014): *Fundamentos de derecho ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- BETANCOR, Andrés *et ál.* (2017): *Instituciones de derecho ambiental* (Buenos Aires: Editorial La Ley).
- BIRCH, Anthony (1993): *Concepts and theories of modern democracy* (Londres: Routledge).
- BIRNIE, Patricia *et ál.* (2009): *International Law & the Environment*, 3ª edición (Nueva York: Oxford University Press).
- BLACK, Julia (2000): “Proceduralizing regulation: part I”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, N° 4.
- (2001): “Proceduralizing regulation: part II”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, N° 1.
- (2008): “Contesting and Constructing Accountability and Legitimacy in Polycentric Regulatory Regimes”, en *Working Paper 2/2008*, LSE. Disponible en línea: <http://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/julia-black/Documents/black2.pdf>, citando a BARKER, Rodney (1990): *Political Legitimacy and the State* (Oxford: Oxford University Press) y BEETHAM, David (1991): *The Legitimation of Power* (Londres: Macmillan).
- BLEWITT, John (2018): *Understanding sustainable development*, 3ª edición (Londres: Routledge).
- BOBBIO, Norberto (1985): *Stato, governo e società* (Torino: Einaudi).
- BOBBIO, Norberto (1987): *El futuro de la democracia* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica).
- BOBBIO, Norberto (2009): *Quale democrazia* (Brescia: Editrice Morcelliana).
- BÖCKENFÖRDE, Ernst (2000): *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (Madrid: Editorial Trotta).
- BOSSELMANN, Klaus (2008): *The principle of sustainability: transforming law and governance* (Hampshire: Ashgate Publishing).
- BRAÑES, Raúl (2000): “El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho ambiental y desarrollo sostenible”, en *Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible: El acceso a la justicia en América Latina*, Ciudad de México.

- BRONFMAN, Alan (2007): “Mecanismos de democracia directa en Chile: los plebiscitos y consultas comunales”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° XXVIII.
- BRUNDTLAND, Gro Harlem (1987): *Informe Brundtland* (Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU).
- BURDILES, Gabriela y COFRÉ, Leonardo (2017): “La asistencia jurídica en materia ambiental: Desafíos en el marco del proceso de negociación del instrumento regional sobre los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 8.
- CALLAHAN, Kathe (2006): *Elements of effective governance: measurement, accountability and participation* (Florida: CRC Press).
- CAMERON, Maxwell y SHARPE, Kenneth (2012): “Institutionalized voice in Latin American democracies”, en *New Institutions for Participatory Democracy in Latin America* (Nueva York: Palgrave Macmillan).
- CARBONARA, Lorenzo (2012): “Il principio di partecipazione nel procedimento ambientale”, en *Giustizia Amministrativa*.
- CARBONELL, Flavia y LETELIER, Raúl (2011): “Principios Jurídicos e interpretación democrática del derecho”, en CARBONELL, Flavia *et ál.* (coords.): *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters).
- CARTER, Neil (2007): *The politics of the environment: Ideas, activism, policy* (Cambridge: Cambridge University Press).
- CASTELLÀ, Josep María (2001): *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública* (Barcelona: Cedec Editorial).
- CEPAL (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”, en *Medio Ambiente y Desarrollo* (Santiago de Chile: CEPAL, Naciones Unidas).
- CHAMBERS, Simone (1995): “Discourse and democratic practices”, en WHITE, Stephen (ed.): *The Cambridge Companion to Habermas* (Cambridge: Cambridge University Press).
- CHASEK, Pamela *et ál.* (2009): *Global Environmental Politics (Dilemmas in World Politics)* (Colorado: Westview Press Incorporated).

- CHRISTIANO, Thomas (1997): “The significance of public deliberation”, en *Deliberative democracy: Essays on reason and politics*, vol. 243.
- CIERCO, César (2002): *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo* (Bologna: Publicaciones del Real Colegio de España).
- COGLIANESE, Cary *et ál.* (2008): “Transparency and public participation in the federal rulemaking process: Recommendations for the new administration”, en *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 77.
- COHEN, Joshua (1997): “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en BOHMAN, James y REHG, William (eds.): *Deliberative Democracy* (Cambridge: MIT Press).
- (1998): “Democracy and liberty”, Elster, Jon (ed.) *Deliberative democracy* (Cambridge: Cambridge University Press).
- CONTESE, Jorge y LOVERA, Domingo (2010): “Pueblos indígenas y participación política en la óptica del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Público* N° 1.
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de derecho administrativo* (Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters).
- CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo (2010): *Ciudadanos en democracia, fundamentos del sistema político* (Santiago de Chile: Editorial: Random House Mondadori S.A.).
- COSTA, Ezio (2019): “La litigación ambiental de interés público como mecanismo de participación ciudadana”, en VALENZUELA, Jonathan (dir.): *Desafíos globales de la democracia* (Santiago de Chile: Editorial Tirant lo Blanch).
- COSTA, Ezio y BELEMMI, Victoria (2017): “¿Susurros en el viento? La Participación Ciudadana en el SEIA”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 8.
- COSTA, Ezio y FUENTES, Paula (2011): “La participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental”, en *Justicia Ambiental*, vol. 3.
- CRAIG, Paul *et ál.* (2017): “Administrative Procedure Acts: History, Features and Reception”, en CRAIG, Paul *et ál.* (ed.): *ReNEUAL model rules on EU administrative Procedure* (Oxford: Oxford University Press).
- CUCHUMBÉ, Nelson y GIRALDO, Jhon (2013): “Approximation to Habermas’ deliberative democracy”, en *Discusiones Filosóficas*, vol. 14, N° 22.

- CUÉLLAR, Mariano-Florentino (2005): “Rethinking regulatory democracy”, en *Administrative Law Review*, vol. 57.
- DAMASKA, Mirjan (2000): *Las caras de la justicia: Análisis comparado del proceso* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- DARPÖ, Jan (2018): “Principle 10 and access to justice”, en KRÄMER, Ludwig y ORLANDO, Emanuela (eds.): *Principles of Environmental Law* (Reino Unido: Sussex Law School).
- DE CASTRO, Fábio *et ál.* (2016): “Introduction: Environment and Society in Contemporary Latin America”, en DE CASTRO, Fábio *et ál.* (eds.): *Environmental Governance in Latin America* (Editorial Macmillan).
- DE LA FUENTE, Gloria y MYLARNZ, Danae (2013): *El pueblo unido... Mitos y realidades sobre la participación ciudadana en Chile* (Santiago de Chile: Editorial Alberto Hurtado).
- DE LA MAZA, Gonzalo (2005): “Sociedad Civil, Iniciativas Locales y Desafíos para las Políticas Públicas”, en *Colección Ideas*, Año 5, N° 54.
- (2011): “Espacio público y participación ciudadana en la gestión pública en Chile: Límites y posibilidades”, en *Polis*, vol. 10, N° 30.
- DE LA VARGA, Aitana y FUENTES I GASÓ, Josep (2008): “Las autoridades públicas ante las nuevas obligaciones en materia de información ambiental. Especial referencia a la difusión de información ambiental”, 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).
- DELLA CANANEA, Giacinto (2016): *Due Process of Law Beyond the State: Requirements of Administrative Procedure* (Oxford: Oxford University Press).
- DELLA PORTA, Donatella (2017): *Democracias. Participación, deliberación y movimientos sociales* (Buenos Aires: Prometeo Libros).
- D’ORS, Álvaro (1979): “Ensayos de teoría política”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8.
- DE SADELEER, Nicolás (2002): *Environmental Principles: From political slogans to legal rules* (New York: Oxford University Press).
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2009): *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho* (Madrid: Trotta/ILSA).

- DOMÍNGUEZ, Héctor (2013): “Democracia deliberativa en Jurgen Habermas” en *Analecta Política*, vol. 4, N° 5.
- DONOSO, Alejandra (2018): “Justicia ambiental y participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 10.
- DRYZEK, John (1992): “Ecology and discursive democracy: Beyond liberal capitalism and the administrative state”, en *Capitalism Nature Socialism*, vol. 3, N° 2.
- (2002): *Deliberative democracy and beyond: Liberals, critics, contestations* (Oxford: Oxford University Press on Demand).
- (2013): *The politics of the earth: Environmental discourses* (Oxford: Oxford University Press).
- DRYZEK, John *et ál.* (2003): *Green states and social movements: environmentalism in the United States, United Kingdom, Germany, and Norway* (Oxford University Press).
- DURANGO, Gerardo (11). “El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría habermasiana”, en *Opinión Jurídica*, vol. 5, N° 9. Disponible en línea: <<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/839>>.
- ELLIOTT, Lorraine (2004): *The global politics of the environment*, en *The Global Politics of the Environment* (Londres: Palgrave).
- ELSTER, Jon (1997): “The market and the forum: three varieties of political theories”, en BOHMAN, James y REHG, William (eds.): *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics* (Massachusetts- Londres: The MIT Press Cambridge).
- (ed.). (1998): *Deliberative democracy*, vol. 1 (Cambridge: Cambridge University Press).
- ESTEVE PARDO, José (2013): *La nueva relación entre Estado y sociedad* (Madrid: Marcial Pons).
- (2014): *Derecho del medio ambiente*, 3ª edición (Madrid: Editorial Marcial Pons).
- FERNÁNDEZ, Lilia y GUTIÉRREZ, Mirella (2013): *Bienestar social, económico y ambiental para las presentes y futuras generaciones*, en *Información Tecnológica*, vol. 24, N° 2.

- FERNÁNDEZ, Pedro (2004): *Manual de Derecho Ambiental chileno* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- FIORINO, Daniel (1989): *Environmental risk and democratic process: a critical review*, en *Colum. J. Envtl. L.*, vol. 14.
- FISHER, Elizabeth *et ál.* (2013): *Environmental Law: Text, Cases & Materials* (Oxford: Oxford University Press).
- FOTOPOULOS, Takis (1997): *Towards an Inclusive Democracy* (Londres/ Nueva York: Cassell Continuum).
- FRAGA, Jesús (1998): “El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: Elementos para su articulación expansiva”, en *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*.
- FREEDMAN, James (2011): “Crisis and Legitimacy in the Administrative Process”, en BALDWIN, Robert *et ál.* (coord.): *A reader on Regulation* (Oxford University Press).
- GALDÁMEZ, Liliana (2018): “Constitución y medio ambiente: Algunas ideas para el futuro”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año VI, Nº 9.
- GARBERÍ, José (2007): *El procedimiento administrativo común (comentarios, jurisprudencia, formularios)* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- GAURI, Varun y BRINKS, Daniel (2008): “The elements of legalization and the triangular shape of social and economic rights”, en GAURI, Varun y BRINKS, Daniel (eds.): *Courting social justice* (Cambridge: Cambridge University Press).
- GONZÁLEZ, Jesús (2002): *Manual de procedimiento administrativo* (Madrid: Editorial Civitas).
- GUTMANN, Amy (1993): “Democracy”, en GOODIN, Robert y PETTIT, Philip (eds.): *A companion to contemporary political philosophy* (Oxford: Blackwell's).
- GUZMÁN, Rodrigo (2012): *Derecho ambiental chileno* (Santiago: Planeta Sostenible).
- HABERMAS, Jürgen (1994): *Historia y crítica de la opinión pública*, 1ª edición, 12ª tirada (2014), (Barcelona: Editorial Gustavo Gili).
- (1998): *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Editorial Trotta)

- (2016): *En el espiral de la tecnocracia* (Madrid: Taurus).
- HEALY, Stephen (2003): “Public participation as the performance of nature”, en *The Sociological Review*, vol. 51, N° 2.
- HELFMANN, Carolina (2016): “Algunos conceptos básicos pero no tan claros de la Ley 19.880: acto e interesado”, en *El Mercurio Legal*, Opinión, viernes, 10 de junio de 2016. Disponible en línea: <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904845&Path=/0D/CE/>>.
- HERVÉ, Dominique (2015): *Justicia Ambiental y recursos naturales* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso PUCV).
- HISKES, Richard (2006): “Environmental human rights and intergenerational justice”, en *Human Rights Review*, vol. 7, N° 3.
- HOGL, Karl *et ál.* (2012): “Legitimacy and effectiveness of environmental governance-concepts and perspectives”, en HOGL, Karl *et ál* (ed.) *Environmental Governance* (Cheltenham and Camberley: Edward Elgar Publishing).
- HUNOLD, Christian y DRYZEK, John (2002): “Green political theory and the state: Context is everything”, en *Global Environmental Politics*, vol. 2, N° 3.
- HUNTER, David *et ál.* (1998): *International Environmental Law and policy* (New York: New York Foundation Press).
- INFANTE, Paloma (2016): “(In)justicia ambiental en Chile y principales mecanismos para mitigar la inequidad: planificación territorial y derechos de comunidades vulnerables”, en *Revista de Derecho Ambiental* N° 6.
- JARIA I MANZANO, Jordi (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).
- (2011): *La cuestión ambiental y la transformación de lo público* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- JOSI, Claudia (2016): “Direct Democracy vs. Fundamental Rights? A Comparative Analysis of the Mechanisms that Limit the ‘Will of the People’ in Switzerland and California”, en *Participatory constitutional change: The people as amenders of the constitution* (Nueva York: Routledge).

- KARLSSON, Joakim (2010): “Discursive Democracy” - The Case of Deliberation. Disponible en línea: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=1757467&fileOid=1757479>>.
- KAYE, Simon (2015): *The mythology of democracy: justification, deliberation and participation*. Tesis doctoral (King’s College London).
- KELSEN, Hans (2007): *Compendio de Teoría General del Estado* (México DF: Colofón).
- (2013): *The essence and value of democracy* (Rowman & Littlefield).
- KERWIN, Cornelius (1994): “The elements of rule-making”, en ROSENBLOOM, Richard y SCHWARTZ, David (eds.): *Handbook of Regulation and Administrative Law* (New York: Marcel Dekker, 1994).
- KUBASEK, Nancy y SILVERMAN, Gary (2008): *Environmental Law*, 6ª edición (New Jersey: Pearson Education).
- LARIOS, María Jesús (2003): *La participación ciudadana en la elaboración de la ley* (Madrid: Congreso de los Diputados).
- LEE, Maria (2014): *EU environmental law, governance and decision-making* (Londres: Bloomsbury Publishing).
- LEE, Maria y ABBOT, Carolyn (2003): “The usual suspects? Public participation under the Aarhus convention”, en *Modern Law Review*, vol. 66, Nº 1.
- LIU, Qian *et ál.* (2014): *The Chinese Framework*, en ALBERTON, Maria-chiara (ed.): *Public Participation in Environmental Decision-Making in the EU and in China* (Bolzano: EURAC Research, Nomos).
- LUCIANI, Massimo (2008): “Il referendum: questione teoriche e dell’esperienza italiana”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, vol. 37.
- MACKIE, Gerry (1998): “All men are liars: is democracy meaningless?”, en *Deliberative democracy*, vol. 1.
- MÁIZ, Ramón (2004): “Modelos normativos de democracia”, en *Revista Mexicana de Sociología* Nº 66.
- MAJONE, Giandomenico (1997): “From the Positive to the Regulatory”, en *State Journal of Public Policy*, vol. 17, Issue 02.
- MALONE, Linda (2007): *Environmental Law. The Emanuel Law Outlines Series*, 2ª edición (New York: Wolters Kluwer).

- MANIN, Bernard (1987): “On legitimacy and political deliberation”, en *Political theory*, vol. 15, N° 3.
- MAUERHOFER, Volker (2016): “Public participation in environmental matters: Compendium, challenges and chances globally”, en *Land Use Policy* N° 52.
- MAY, James and DALY, Erin (2015): *Global Environmental Constitutionalism* (New York: Cambridge University Press).
- MAYTON, William (1980): “Legislative Resolution of the Rulemaking versus Adjudication Problem in Agency Lawmaking”, en *Duke Law Journal*, vol. 1980.
- MERCADO, Alexis y CORDOVA, Karenia (2005): “Desarrollo sustentable-industria: más controversias menos respuestas”, en *Ambiente & Sociedad*, vol. 8, N° 1.
- MILL, John (1981): *O governo representativo* (Editora Universidade de Brasilia).
- MILLER, David (2003): “Deliberative Democracy and Social Choice”, en FISHKEN, James y LASLETT, Peter (eds.): *Debating Deliberative Democracy* (Oxford: Blackwell).
- MIROSEVIC, Camilo (2011): “La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 36.
- MORAGA, Pilar (2012): “Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)* N° 39.
- (2017): “La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental”, en *Revista Derecho del Estado* N° 38.
- MORAN, Michael (2010): “The Rise of the Regulatory State”, en COEN, David et ál. (eds.): *The Oxford Handbook of Business and Government* (Oxford: Oxford University Press).
- MOUFFE, Chantal (2000): *The democratic paradox* (Londres: Verso Books).
- MOYA, Francisca (2014): *El principio de precaución* (Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing).

- MUÑOZ MACHADO, Santiago (ed.) (2005): *Diccionario de Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Iustel).
- NINO, Carlos (1997): *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona: Editorial Gedisa).
- OCDE (2001): *Sustainable Development: Critical Issues* (París: OECD Publishing). Disponible en línea: <<https://doi.org/10.1787/9789264193185-en>>.
- OCDE (2006): *Manual de la OCDE sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas*.
- OKUBO, Noriko (2016): “The development of the Japanese legal system for public participation in land use and environmental matters”, en *Land Use Policy* N° 52.
- PALOMAR, Alberto (2011): *Procedimiento administrativo* (Navarra: Aranzandi-Thomson Reuters).
- PARÉS, Marc (2009): Introducción: “Participación y Evaluación de la Participación”, en PARÉS, Marc (coord.): *Participación y calidad democrática. Evaluando las nuevas formas de democracia participativa* (Barcelona: Ariel).
- PARRY, Geraint *et ál.* (1992): *Political participation and democracy in Britain* (Cambridge: Cambridge University Press).
- PATEMAN, Carole (2014): *Participación y teoría democrática* (Buenos Aires: Prometeo Libros).
- PERCIVAL, Robert *et ál.* (1996): *Environmental Regulation. Law, Science, and Policy*, 4ª edición (Nueva York: Wolters Kluwer).
- PIERCE, Richard *et ál.* (1999): *Administrative law and process* (St. Paul: Foundation Press).
- PIGRAU I SOLÉ, Antoni y BORRÁS, Susana (2008): “Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, 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).
- PLOTKE, David (1997): “Representation is Democracy”, en *Constellations*, vol. 4 (Oxford: Blackwell Publishers).
- POSNER, Richard (2005): *Law, pragmatism, and democracy* (Boston: Harvard University Press).

- PRING, George y PRING, Catherine (2016): *Environmental courts & tribunals: A guide for policy makers* (Nairobi: United Nations Environment Programme).
- RAMOS, Fernando *et ál.* (2013): “La información medioambiental en España: recursos y acceso a la información pública (1ª parte)”, en *Revista Interamericana de Bibliotecología*, vol. 36, Nº 3.
- RANCIERE, Jacques (2006): *Política, policía, democracia* (Santiago de Chile: LOM Ediciones).
- RAWLS, John (1997): “The idea of public reason” en BOHMAN, James y REHG, William (ed.): *Deliberative democracy: Essays on reason and politics* (Cambridge: The MIT Press).
- RAZQUIN, José Antonio y RUIZ DE APODACA, Ángel María (2006): *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio* (Pamplona: Editorial Aranzadi).
- REAL FERRER, Gabriel (2013): “La construcción del derecho ambiental”, en *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 18, Nº 3.
- REVESZ, Richard (1997): *Foundations of Environmental Law and Policy* (Nueva York: New York Foundation Press).
- RICHARDSON, Benjamin y RAZZAQUE, Jona (2006): “Public participation in environmental decision-making”, en *Environmental law for sustainability*, vol. 6.
- RODGERS, William (1994): *Environmental Law*, 2ª edición (St. Paul: West Publishing Co.).
- ROJAS CALDERÓN, Cristián (2019): *Riesgos y derecho administrativo. Desde el control a la regulación* (Santiago de Chile: DER Ediciones).
- ROJAS DÍAZ Alejandro y COLINA RUBIO, Ricardo (2007): *La participación ciudadana*, 1ª edición (Ciudad de México: Editorial Porrúa).
- ROSANVALLON, Pierre (2009): *Counter-democracy policy in the age of distrust* (Cambridge: Cambridge University Press).
- ROSENBLOOM, David (2015): *Administrative law for public managers*, 2ª edición (Nueva York: Westview).
- ROUSSEAU, Jean Jacques (1993): *El contrato social* (Elaleph.com).

- RUIZ DE APODACA, Ángel María (2010): “Nuevas perspectivas del acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, en CASADO, Lucía y PALLARÉS, Anna (coords.): *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas* (Barcelona: Editorial Atelier).
- SANDOVAL, Carlos *et ál.* (2015): *La planificación participativa para lograr un cambio estructural con igualdad. Las estrategias de participación ciudadana en los procesos de planificación multiescalar* (ILPES/CEPAL).
- SANDS, Philippe (2003): *Principles of International Environmental Law*, 2ª edición (Cambridge: Cambridge University press).
- SARTORI, Giovanni (2008): *¿Qué es la democracia?* (Ciudad de México: Taurus).
- SCHLOSBERG, David (2007): *Defining Environmental Justice: Theories, Movement, and Nature* (New York: Oxford University Press).
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard (2003): *Teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública/Marcial Pons).
- (2006): La necesidad de reformar el derecho administrativo, en SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard *Innovación y reforma en el derecho administrativo* (Sevilla: Global Law Press).
- SCHMITT, Carl (1982): *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial).
- SHAPIRO, Ian (1999): “Enough of deliberation: Politics is about interests and power”, en MACEDO, Stephen (ed.): *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press).
- SICLARI, Domenico (2011): “L’evoluzione dei pilastri della ‘democrazia ambientale’: ‘partecipazione pubblica’ e ‘accesso alla giustizia’”, en *Diritto*, vol. 20, N° 1.
- SMITH, Graham (2003): *Deliberative Democracy and the Environment* (Oxon: Routledge).
- SOMERVILLE, Peter (2011): “Democracy and participation”, en *Policy & Politics*, vol. 39, N° 3.
- SOTO BARRIENTOS, Francisco (2013): *El desafío de la participación. Referendo e iniciativa legislativa popular en América Latina y Europa*. (Santiago de Chile: LOM Ediciones).

- SOTO BARRIENTOS, Francisco (2018): “Reflexiones sobre el voto obligatorio”, en *Revista de Derecho Público*, número especial.
- SOTO BARRIENTOS, Francisco y COSTA, Ezio (2019): “Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en materia ambiental”, en *Revista Derecho del Estado* N° 44.
- SOTO BARRIENTOS, Francisco y WELP, Yanina (2017): *Los diálogos ciudadanos* (Santiago de Chile: LOM Ediciones).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, 3ª edición (Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters).
- SUNSTEIN, Cass (1991): “Administrative substance”, en *Duke Law Journal*, vol. 1991.
- (2006): *Riesgo y razón* (Buenos Aires: Katz Editores).
- TRETTEL, Martina (2017): *Democrazia Partecipativa e Tradizioni Giuridiche: Un Analisi di diritto comparator*. Doctorado en Ciencias Jurídicas Europeas e Internacionales, Universidad de Verona.
- TURPIN, Colin y TOMKINS, Adam (2007): *British Government and the Constitution: Text and Materials* (Cambridge: Cambridge University Press).
- URBINATI, Nadia (2006): “Political representation as a democratic process”, en *Redescriptions-Yearbook of Political Thought and Conceptual History*, vol. 10.
- (2018): *La democracia representativa: principios y genealogía* (Buenos Aires: Prometeo Libros).
- URBINATI, Nadia *et ál.* (2013): *The essence and value of democracy* (Lanham: Rowman & Littlefield).
- URBINATI, Nadia y WARREN, Mark (2008): “The concept of representation in contemporary democratic theory”, en *Annu. Rev. Polit. Sci.*, vol. 11.
- URFALINO, Philippe (2016): *Cerrar la deliberación: teoría de la decisión colectiva* (Buenos Aires: Prometeo).
- VALDIVIA, José Miguel (2018): *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch).
- VAN BEKHOVEN, Jeroen (2016): “Public Participation as a General Principle in International Environmental Law: Its Current”, en *National Taiwan University Law Review*, vol. 11:2.

- VIGO, Rodolfo (1987): “La teoría funcional del derecho en Norberto Bobbio”, en “Norberto Bobbio, Estudios en su homenaje”, en *Revista de Ciencias Sociales* N° 30, primer semestre.
- VON SEHT, Hauke y OTT, Hermann (2000): “EU environmental principles: Implementation in Germany”, en *Wuppertal Papers* 105 (Wuppertal: Wuppertal Institute for Climate, Environment and Energy).
- WALZER, Michael (1999): “Deliberation, and what else?”, en MACEDO, Stephen (ed.): *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press).
- WEBER, Max (2006): “*Política y Ciencia*” (Buenos Aires: Editorial Leviatán).
- WELP, Yanina (2018): *Todo lo que necesitas saber sobre la democracia del siglo XXI* (Buenos Aires: Editorial Paidós).
- WRAIGHT, Christopher (2008): *Rousseau’s ‘The Social Contract’: A reader’s guide* (Londres: A&C Black).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2003): “Ronald Dworkin’s principle based constitutionalism: An Italian point of view”, en *Int’l J. Const. L.*, vol. 1.
- ZILLMAN, Donald (2002): Introduction to public participation in the twenty-first century. *Human Rights in Natural Resource Development* (New York: Oxford University Press).

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema, “Caso Tronaduras”, Rol N° 55203-2016 y “Caso Terrazas”, Rol N° 197-2019.
- Corte Suprema, Rol N° 1119-2015, considerandos vigésimo al vigésimo tercero.
- Corte Suprema, Rol N° 34594-2017, considerandos 13° y 14°.
- Corte Suprema, Rol N° 34594-2017.
- Corte Suprema, Rol N° 5888-2019.
- Segundo Tribunal ambiental, Rol R-22-2015, confirmado por la Corte Suprema, Rol N° 119-2015.

Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-35-2014.

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

OTRAS FUENTES

Biblioteca del Congreso Nacional: Historia de la Ley N° 19.300.

Biblioteca del Congreso Nacional: Historia de la Ley N° 20.417.

Biblioteca del Congreso Nacional: Historia de la Ley N° 20.500.

Carta Iberoamericana de Participación ciudadana. Disponible en línea: <http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/carta_ibe-roamericana_de_participaci%C3%B3n_ciudadana.pdf>.

Contraloría General de la República: Dictamen N° 40.385-2014, en relación en el dictamen 16363-2001.

Consejo Nacional de Participación (2017): Informe Final, Chile.

Declaración de Estocolmo, 1972, punto 7 del preámbulo.

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

Decreto que norma el Material Particulado 10, Corte Suprema, Rol N° 1119-2015.

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

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

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

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

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

Unión Europea. Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

US Administrative Procedure § 551 (4).

US Administrative Procedure Act § 551 (5).

US Administrative Procedure Act § 553 [c].

LINKS VISITADOS

<http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/carta_iberoamericana_de_participaci%C3%B3n_ciudadana.pdf>.

<<http://www.elvacanudo.cl/noticia/sociedad/osorno-dijo-no-en-consulta-por-el-plan-de-descontaminacion-de-la-ciudad>>.

<http://www.environmentaldemocracyindex.org/about/background_and_methodology>.

<<http://www.inclusivedemocracy.org/journal/>>.

<http://www.minenergia.cl/archivos_bajar/2016/Documentos/CompromisoDialogoEstandarParticipacion.pdf p.72>.

<http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55240_DirectricesBaliAcceso_2010.pdf>.

<http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/13&referer=/english/&Lang=S>.

<<https://ciperchile.cl/2018/10/23/consultas-ciudadanas-y-la-ilusion-de-participacion/>>.

<<https://dle.rae.es/?id=2Vga9Gy>>.

<<https://negociacionp10.cepal.org>>.

<<https://servicios.pjud.cl/ManosLibro/files/assets/basic-html/page-1.html>>.

<<https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>>.

<<https://www.achm.cl/index.php/noticias/item/1374-asociacion-chilena-de-municipalidades-entrega-balance-general-de-la-consulta-ciudadana-municipal-2019>>.

- <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2018/01/revista_web.pdf>.
- <<https://www.elaw.org/es/content/gu%C3%AD-de-participaci%C3%B3n-ciudadana-en-materia-ambiental-de-m%C3%A9xico-estados-unidos-y-canad%C3%A1-espa%C3%B1a>>.
- <<https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/06/30/gano-el-si-se-impone-el-toque-de-queda-infantil-en-consulta-impulsada-por-lavin-que-tuvo-menos-de-10-de-participacion/>>.
- <<https://www.emol.com/noticias/nacional/2014/10/20/686035/consulta-ciudadana-en-santiago.html>>.
- <https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-09/documents/intro_08.pdf>.
- <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/corte-suprema-acoge-recursos-proteccion-crisis-ambiental-quintero-ordena-cambiar-plan-regulador-la-brevedad/674037/>>.