

DERECHO AMBIENTAL DEL SIGLO XXI

EDITOR

MARIO PEÑA CHACÓN

© de esta edición:

© ISOLMA, 2019

Compilador Mario Peña Chacón

© Editorial ISOLMA

San José - Costa Rica

Diseño e impresión: ISOLMA (jowasoma@gmail.com)

ISBN 978-9968-591-91-1

Impreso en Costa Rica - Printed in Costa Rica

Primera edición en Costa Rica, 2019

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Frank Álvarez Hernández

Lic. Hernán Esquivel Salas

Dr. Cesar Hines Céspedes

Dr. Minor E. Salas

Dr. Román Solís Zelaya

Derechos reservados conforme a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, conservada en un sistema reproductor o transmitida en cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación o cualquier otro sin previa autorización del autor. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

Para esta edición Derecho Ambiental del siglo XXI se utilizó papel de 75 gramos en el interior, fabricados con pulpa de eucaliptos. Este papel se produce bajo un Sistema de Gestión Medioambiental (ISO o EMAS). La producción de celulosa blanqueada es ECF (libre de cloro elemental) o TCF (total mente libre de cloro).

Contenido

PRÓLOGO	
RAMÓN OJEDA MESTRE.....	7
PRESENTACIÓN	
DR. ENRIQUE ULATE CHACÓN.....	11
EL DERECHO AMBIENTAL DEL SIGLO XXI: REFLEXIONES PARA REFORMAS NECESARIAS	
DR. RAFAEL GONZÁLEZ BALLAR.....	17
JUSTICIA ECOLÓGICA DEL SIGLO XXI	
MSc. MARIO PEÑA CHACÓN	51
DERECHOS DE LA NATURALEZA: FUNDAMENTOS Y PROTECCIÓN POR EL ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA	
DR. JOSÉ RUBENS MORATO LEITE / MSc. FLÁVIA FRANÇA DINNEBIER.....	93
EL DILEMA JURÍDICO RESPECTO A LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA	
MSc. RICARDO CRESPO PLAZA	133
LOS DERECHOS DE LOS ECOSISTEMAS	
MSc. ÁLVARO SAGOT RODRÍGUEZ	173
AVANCES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL COLOMBIANO: UNA MIRADA DESDE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL	
DRA. GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ / DR. IVÁN VARGAS-CHAVES	213

CONTENIDO

EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD, EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO Y SUS EXPRESIONES INTERNAS MAS TRASCENDENTES; LA INTEGRACIÓN Y LA SUPLETORIEDAD MSc. JOSÉ ALBERTO ESAIN	245
PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL EN LATINOAMÉRICA: UNA ESTRUCTURA EN CONSTRUCCIÓN DR. EZIO COSTA CORDELLA	345
APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL Y EL CAMBIO CLIMÁTICO MSc. JORGE CABRERA MEDAGLIA	375
INSTITUCIONES DE CAMBIO CLIMÁTICO EN MÉXICO PLANEACIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y PROSPECTIVA DR. BENJAMÍN REVUELTA VAQUERO / Dra. CLAUDIA ALEJANDRA VERDUZCO MORENO	441
COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL, EN CASOS DE DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES. DR. VÍCTOR OROZCO SOLANO	485
GOVERNANÇA DA ÁGUA: UM DEBATE CONSTRUTIVO A PARTIR DE DIFERENTES MODELOS DE PARTICIPAÇÃO Dra. NATÁLIA JODAS	511

PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL EN LATINOAMÉRICA:

UNA ESTRUCTURA EN CONSTRUCCIÓN.

Dr. Ezio Costa Cordella^{1 2}

Resumen: La participación ciudadana, como mecanismo de legitimación democrática, actúa en la toma de decisiones dentro de distintos ámbitos e instituciones. En el presente artículo se busca conceptualizar la manera en que opera la participación ciudadana en materia ambiental en América Latina, y en particular, se busca definir la función de la participación ciudadana en esta área del derecho, de forma de identificar y revisar si existen las estructuras necesarias para hacerla efectiva.

Palabras clave: Participación ciudadana, Democracia, Forma del derecho, Derecho ambiental

ABSTRACT: Public participation main function, in decision making, is to serve as a mechanism of democratic legitimation. In this article, we try to conceptualize the way in which participation operates on environmental matters in Latin America, and in particular, it seeks to define the role of participation in this area of law, so that we can identify and review if there are the necessary structures to make it effective.

¹ Abogado, Universidad de Chile. Msc. en Regulación, London School of Economics and Political Science. Doctor (c) en Derecho, Universidad de Chile. Investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) y del Instituto Milenio para la Investigación de Imperfecciones de Mercado y Políticas Públicas (MIPP), ambos de la Universidad de Chile. Director Ejecutivo de la ONG FIMA.

² Agradezco la ayuda de Naiara Susaeta Herrera

Key words: Citizen participation, Public Participation, Democracy, Environmental law

INTRODUCCIÓN³

Hablar de la participación ciudadana en materia ambiental nos transporta rápidamente a dos cuerpos conceptuales distintos, que parecieran cruzarse en este espacio de conocimiento: la tradición democrática por una parte, que es la gran base de la propia idea de participación ciudadana, y la protección del medio ambiente por otra, donde la participación ha tomado un rumbo propio que, partiendo de las mismas bases de conceptualización democrática, ha seguido creciendo al alero de diversos estatutos jurídicos y en una complejidad propia.

En este crecimiento desordenado, que a veces pareciera tender a la hipertrofia, la participación ciudadana en materia ambiental enfrenta retos considerables. Mientras por una parte es entendida como el input democrático en la toma de decisiones técnico-ambientales, por otra parte, se ha convertido en el espacio de contradicción entre las comunidades, los territorios y los poderes centrales. A su vez, mientras por una parte es considerado un derecho procedimental al servicio del derecho a vivir en un medio ambiente sano, por otra es un derecho en sí mismo y por lo tanto debiera tener un contenido propio.

Este trabajo busca configurar una primera mirada sobre ese contenido. Basándonos en la teoría de la forma del derecho de Fernando Atria, entenderemos que la participación ciudadana en materia ambiental es una institución que debiera tener una estructura y una función, y que dicha función tendría que ser la de “hacer probable lo

³ El presente artículo contiene ideas que son desarrolladas principalmente en la tesis del autor, para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de Chile.

improbable”, que es lo que el derecho tiende a buscar de acuerdo al autor (ATRIA, 2016, p. 154). Pero, además, si queremos conceptualizar adecuadamente el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, se hace totalmente necesario distinguirlo del derecho a la participación ciudadana en materia política y en la gestión pública, por lo que planteamos acá una breve conceptualización de ambos y de las diferencias y semejanzas que tendrían con el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, así como los efectos de ello.

Por último, nos interesa saber cuáles son los caminos por lo que podría avanzar este derecho en materia ambiental y cuál es el rol que jugará en la determinación de las políticas y normas futuras, que tendrán la responsabilidad de hacer frente a una creciente crisis ambiental que amenaza seriamente el modo actual de vida de la humanidad.⁴

1. La Participación Ciudadana y su estado actual.

Sobre la participación ciudadana, su contenido y sus modos pueden decirse muchas cosas desde diversas perspectivas. Por supuesto, podemos decir que la participación es una propiedad de la democracia y que ella se representa a nivel político en formas distintas pero que están todas en un espectro que abarca desde la democracia representativa absoluta, hasta la más radical democracia representativa. En esa discusión, habitual del derecho constitucional, podemos estudiar sistemas en que el pueblo sólo se manifiesta y participa en contadas oportunidades y para elegir representantes en un extre-

⁴ Esta crisis está representada principalmente en las amenazas que supone el cambio climático y las graves consecuencias que enfrentaremos de ser incapaces de disminuir nuestras emisiones de gases de efecto invernadero. A su vez, el cambio climático importa desafíos y crisis diversos en cada país, de acuerdo a sus vulnerabilidades geográficas, económicas y sociales.

mo, y en el otro la democracia asambleísta de los griegos, en que todas las decisiones son tomadas de manera conjunta por el pueblo, el que pasa de ser una presencia permanente pero abstracta, a ser una efectiva instancia de decisiones. Los modos en que un ciudadano participa en ambos tipos ideales son, por supuesto, también muy divergentes.

Ahora bien, más allá de la discusión abstracta sobre ambos sistemas y sus consecuencias, en la realidad material del mundo occidental actual pareciera que todas las democracias utilizan algún sistema mixto entre representación y democracia directa, de modo que si bien la mayoría de las decisiones son tomadas por los representantes, esto no obsta que algunas puedan ser tomadas directamente por el pueblo a través del uso de los diversos medios que las normas disponen para ello, típicamente plebiscitos y referendos sobre un número determinado de temas (SOTO y WELP, 2017, p.34).

Este vínculo entre participación ciudadana y la toma de ciertas decisiones, como decíamos, remite inmediatamente a una conexión entre la participación y la manifestación de la voluntad soberana: sería a través de la participación ciudadana que el pueblo, efectivamente, se manifestaría. Pero lo anterior es solo parcialmente cierto y vale la pena detenerse en ello. Primero, señalamos que sólo es parcialmente cierto porque sólo podría tener lugar en la participación política, puesto que en los demás casos (participación en la gestión pública y en materia ambiental) la participación está principalmente asegurada para un grupo de personas que se verán afectadas directamente por la toma de una decisión pública. Esto sin perjuicio de que ciertas decisiones que se tomen puedan afectar derechos o bienes colectivos y sin perjuicio de que los procesos de participación en algunos casos sean más abiertos. En todos los casos, deberá enfrentarse una tensión intrínseca entre, por una parte, la volun-

tad del pueblo manifestada en la ley y en la elección de los políticos representantes que conducen los organismos públicos, y por la otra los resultados de la participación ciudadana. Así, por ejemplo, una ley que simplifique el procedimiento de aprobación de proyectos mineros será, en la ficción legal en la que vivimos, una manifestación de la voluntad del pueblo por acelerar ese tipo de inversiones. Por otra parte, sin embargo, es perfectamente probable que una comunidad de un territorio donde se proyecte una minera, se manifieste abiertamente en contra de dicho proyecto, por las afectaciones a su salud, sus recursos naturales o sus sistemas de vida. En un caso como el anterior entonces, la participación ciudadana más que ser una manifestación de la democracia en la clave de construcción de la voluntad popular, lo será en el sentido que Rosanvallón llama contrademocracia (ROSANVALLÓN, 2008).

El concepto de Rosanvallón es interesante por su propio contenido, pero se construye sobre uno de los pilares de la democracia liberal, que es la protección de las minorías mediante diferentes instituciones, entre las que notablemente debemos contar a los derechos humanos, que han sido el freno institucional al poder durante el siglo XX y que a pesar del ataque constante de parte de sectores radicales en ascenso, gozan de buena salud como contrapesos al poder, de suerte que incluso hoy los podemos posicionar como un contrapeso no sólo al poder estatal, sino también a los grandes poderes privados. (RUIZ TAGLE, 2016, p. 42 y 43).

La divergencia conceptual que enfrentamos, sobre el valor de la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas como un valor democrático o contrademocrático, puede ser analizada también desde la lectura que Habermas hace sobre la institucionalización de la esfera de la opinión pública (*Offentlichkeit* en lenguaje original, a veces traducido como “publicidad” o esfera

pública). Repara el autor en que hay una pretensión del Estado de Derecho burgués de principios del siglo XIX de alcanzar una especie de continuidad entre la esfera de la opinión pública y la conformación de la ley, que de alguna manera es paralela a la pretensión de la política económica de la época, que supone una autorregulación que va haciendo menos necesario al Estado en la medida de que se disuelve el poder y se intercambia por la coordinación natural de las personas en torno a las ideas de mercado (HABERMAS, 1994, p. 115 -118).

Esa institucionalización se produciría en la conceptualización del poder legislativo y su representación de la voluntad popular, por una parte, y en el aseguramiento de los derechos fundamentales de libertad de expresión, reunión, opinión, prensa y asociación, por otra. Este movimiento habría convertido entonces a la esfera de la opinión pública en un modo de ordenación de la actividad estatal (HABERMAS, 1994, p. 118 y 119).

En lo que nos interesa, es posible apreciar en esta institucionalización que se produce una especie de escisión de la esfera de la opinión pública, pues como Habermas reconoce, ella no es ni busca ser un poder (HABERMAS, 1994, p. 115-118). Podríamos decir que, al intentar institucionalizarla en la forma de un poder, lo que se produce en realidad no es una transformación de la esfera en poder, sino la creación de un poder que se vincula con la esfera de una manera diferente a como se entendía previamente. La esfera en tanto, sigue existiendo y operando en buena parte como dispositivo de contrademocracia.

En esta línea entonces, no es posible entender la participación ciudadana sin conceptualizarla a la vez como un derecho colectivo y un derecho subjetivo. El que sea un derecho colectivo tiene que ver con que se le reconoce a un cuerpo colectivo la posibilidad de participar y de tomar decisiones (o influir en ellas) y se le otorga el

deber al Estado de propiciar esa participación y facilitarla. Mientras, la categoría de derecho subjetivo está dada por la posibilidad que tiene cada persona de participar, y la obligación del Estado de no impedir esa participación. El propio Habermas entiende que la consagración de derechos fundamentales vinculados a la esfera de la opinión pública importa reconocer tanto derechos colectivos de las personas que raciocinan en torno a lo público, como un derecho individual de los sujetos para hacerlo (HABERMAS, 1994, p.118).

La determinación del colectivo al que apunta la participación ciudadana será extremadamente relevante para entender también con qué tipo de participación lidiamos. Si el colectivo es el pueblo en su conjunto, normalmente estaremos ante participación política propiamente tal. No sucede lo mismo con la participación en gestión pública o en materia ambiental, donde el colectivo al que se apunta es generalmente los regulados de un área, las comunidades afectadas o “los interesados”.

Pero sin perjuicio de lo anterior, en el estado actual de la democracia, el resultado de los procesos de participación, en cualquier nivel, es entendido como el input democrático en la toma de decisiones por parte del Estado. Para algunos, esto es el resultado de una supuesta crisis de la democracia representativa, que requeriría entonces de la incorporación de mayores mecanismos de democracia directa para volver a legitimarse. Lo anterior nos parece parcialmente cierto, pero de cualquier modo fuera del foco principal de la participación.

Si bien es cierto que las democracias están en cierto nivel deslegitimadas, ello pareciera no tener tanto que ver con el factor de representatividad o democracia directa, sino mucho más con dos fenómenos paralelos: la pérdida de poder del Estado Nación frente a las diversas esferas transnacionales y la transferencia de poder desde el poder legislativo hacia las agencias técnicas y autó-

nomas de la Administración del Estado. Este proceso ha dejado entre sus daños principales, la impotencia de la ciudadanía para dirigir sus propios destinos colectivos, entregados a poderes más o menos invisibles.

La deslegitimación de las decisiones públicas, producida en ese traspaso del poder hacia lo técnico no ha sido combatida entonces con mecanismos de participación ciudadana, los que supuestamente vendrían a incorporar una variable democrática a esas decisiones. (MAJONE, 1999, p.10)

Esto ayudaría a explicar, también, una mayor preocupación por la participación en la gestión pública, que en el siglo que comenzamos se ha traducido, entre otras cosas, en la conceptualización de ella a nivel internacional. Así, por ejemplo, en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la que notablemente viene en conceptualizarla y darle contenido.

La Carta establece en su Capítulo Primero, Punto 2, que *“A los efectos de la presente Carta Iberoamericana, se entiende por participación ciudadana en la gestión pública el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como los de las comunidades y pueblos indígenas.”* (Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública).

Además, la misma Carta señala de manera sucinta varias de las funciones que se le atribuyen a la participación ciudadana, dando cuenta de las principales lógicas por las que los mecanismos de participación se han relativamente expandido, a propósito de cumplir con dichas funciones. En un trabajo anterior hicimos una tipología que resume las funciones de la participación en

la gestión pública, entendiendo que ella tiene funciones de carácter comunitario, público y privado. La función comunitaria *“tiene que ver con la vida en comunidad y la dimensión social de la participación, donde lo importante es el hecho de que la misma participación permita desarrollar o densificar el tejido social. Un segundo grupo de funciones, al que denominaremos privadas, está relacionado con los intereses privados, tanto de las personas que participan como eventualmente de quien se ve afectado por dicha participación. En este segundo grupo de funciones, lo relevante es que existen intereses particulares que en algunos casos serán transables y posibles de satisfacer mediante negociación u otros mecanismos del tipo. Finalmente, existe una función propiamente pública de la participación, que la Carta Iberoamericana identifica con la legitimidad y la efectividad de las decisiones.”* (COSTA y BELEMMI, 2017, p. 15)

De esas funciones, además, desprendemos una cuarta (COSTA, en prensa) que es la función de control y que versa sobre la posibilidad de que en los procedimientos de participación ciudadana o a propósito de ellos, se produzca un control de la actividad de la Administración, cuestión que puede ocurrir por la necesidad de transparentar el proceso, por la de argumentar en relación con las observaciones ciudadanas o por la de someter la decisión a un control externo, normalmente jurisdiccional.

Ahora bien, aun cuando ellas son las que se le reconocen a la participación en la gestión pública y en cierto sentido todas ellas son reconocibles en la participación en materia ambiental, ello no obsta que en esta área la participación tiene ciertas características especiales que hacen necesario distinguirla como una institución en sí misma.

2. La Participación Ciudadana en materia ambiental

2.1 La Forma de la Participación Ciudadana en Materia Ambiental

Además del reconocimiento de la participación como un derecho, e incluso como un derecho fundamental, podemos también abordarla desde una visión más positivista. Explicar una institución jurídica, de acuerdo al concepto de Atria, equivale a ser capaces de describir su función y su estructura. La función será siempre el objetivo buscado por la institución, declarado en ella misma. Es el resultado improbable que sólo puede generarse en base a la existencia de la propia institución, que la hace más probable. (ATRIA, 2016, p. 154). En la conceptualización de la función, la mirada puede ser puesta en lo extra-normativo. La norma va a intentar producir un efecto deseado que está anclado en un valor que es pre-institucional. Se diferencia así, la función en términos de la teoría de Atria, de las funciones de la participación, como fueron revisadas anteriormente.

En el caso de la función de la participación en materia ambiental entonces, lo improbable en el caso es que los ciudadanos sean oídos y puedan incidir, antes de que el Estado tome una decisión en estos asuntos. Esa función está claramente estipulada en el principio 10 de la Declaración de Río e incluso tiene concreciones normativas, doctrinales y jurisprudenciales que la explicitan y la explican.

Señala la Declaración de Río en su principio 10, que:

“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 nacio-

nal, 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 ofrecen 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 del público poniendo 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.”

Por su parte, de manera reciente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado sobre la participación que:

“226. La participación pública representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas” (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17)

La función, en términos arianos, de la participación ciudadana en materia ambiental, es relativamente evidente: busca la incorporación de las visiones de los ciudadanos en la toma de decisiones ambientales. Ahora bien, existe también una función más sutil que no es expresadamente propiamente en las normas, pero que aparece de manifiesto en la práctica, esta es, la participación ciudadana en materia ambiental busca darles legitimidad a las decisiones en la materia.

En lo que se refiere a su estructura, esta se identifica con la manera en que lo improbable se hace probable, entendiendo por lo tanto Atria en este punto que la estructura de la norma es lo que media entre el deseo, expresado en la función, y la realidad material en la que esa función debe concretarse. (ATRIA, 2016, p. 154). La participación, por supuesto, tiene una diversidad de estructuras de acuerdo a los derechos nacionales y también de acuerdo al espacio en el que se genere la participación ciudadana (regulaciones, planes, proyectos, sanciones, etc.), pero debiéramos entender que la estructura tendría que hacer posible esa incidencia. Por lo mismo, aunque la estructura pueda ser variada, debemos entender que hay ciertos mínimos conceptuales que la harán posible de cumplir con su función.

Esto, porque entendemos que en general las estructuras que se han producido en América Latina son más bien de corte general y no tienen por lo tanto una configuración específica que permita que la incidencia que busca la institución, se produzca efectivamente. Este vacío ha intentado ser llenado con *soft law* por los organismos internacionales y la doctrina, principalmente. Esos estándares no han sido tan discutidos suficientemente desde lo ambiental, pero, como veremos más adelante, pareciera que varios de los que se han establecido para otras materias debieran aplicarse en materia ambiental. Son los estándares entonces los que conformarán el mínimo esperable de la estructura de la participación.

2.2 Participación ambiental y participación en gestión pública.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante entender (aunque para Atria sería un ejercicio extrajurídico) por qué este improbable resultado es querido por la institución y buscado por ella. Además de las funciones de

la participación que se reconocen a la participación en la gestión pública, debemos entender que, en materia ambiental, existen otras variables que hace que la participación se genere de manera diferente que en la mayoría de los espacios en los que existe participación en la gestión pública propiamente tal.

En un trabajo anterior (SOTO y COSTA, en prensa), dimos una primera mirada a cuáles podrían ser las tensiones teóricas entre la participación en la gestión pública y la participación en materia ambiental, explicando que esta última más que una subcategoría de la primera, es una institución jurídica diferente que ha tenido una evolución propia y paralela. Esto no obsta que comparta una importante serie de lógicas, pero entendemos que los dispositivos conceptuales de la participación en la gestión pública no alcanzan a cubrir su complejidad.

En este sentido, identificamos cuatro variables propias de la participación ambiental, que provocan una tensión con la participación en gestión pública. En primer lugar, se encuentra el hecho de que la participación en materia ambiental está íntimamente vinculada a la justicia ambiental y esta, a su vez, es un principio del derecho ambiental. En este sentido, la participación ambiental tiene una función de redistribución del poder que le es central, de suerte que su establecimiento incluso ha sido llamado de “justicia participativa” (HERVÉ, 2015, p.66).

La sinergia entre el concepto de justicia ambiental y la institución de la participación ambiental es, en cierto sentido, revolucionaria. Visto desde acá, el derecho ambiental en sí mismo contiene un mandato de distribución que no es posible ver en otras áreas del derecho. Ese mandato, entre otras cosas, se lleva a la práctica con los procedimientos de participación ciudadana, que adecuadamente llevados serán un espacio de distribución del

poder entre los ciudadanos habitantes de los territorios, los capitales que desarrollan proyectos y el Estado.

Una segunda variable es la que se relaciona con los riesgos. Tanto la creación de normas ambientales como la decisión sobre desarrollo de proyectos lleva implícita una definición sobre riesgos tolerables y nuevamente con esto se toca una de las características fundamentales del derecho ambiental, como un área del derecho que entre sus funciones principales tiene la de definir esos umbrales en un diálogo entre la técnica y la democracia representada en la participación ciudadana.

En seguida, identificamos una relación más profunda entre deliberación y participación ambiental, en cuanto si bien esta característica sería deseable para todo tipo de participación, la conceptualización de ella en materia ambiental se ha producido de manera más cercana con esta idea deliberativa, donde precisamente la distribución de poder y el diálogo en torno a los riesgos tolerables se hace posible solo en la medida que se cumplen ciertos requisitos que impone la deliberación, especialmente el diálogo entre iguales, abierto a tomar decisiones en torno a una racionalidad común.

Por último, relacionado con la función de control de la participación ciudadana, consideramos que en materia ambiental se da un vínculo especial entre ella y el acceso a la justicia, cuestión que está en parte reflejada en la posición que ambos derechos tienen en el Principio 10 de la Declaración de Río y que además se vincula con algunas disposiciones específicas que hacen posible la justiciabilidad de un acto administrativo de carácter ambiental cuando han existido procesos de participación ciudadana inadecuados o que no han recogido de manera correcta los resultados de dicha participación. Desde el derecho administrativo general debiéramos decir que, existiendo participación relevante, ésta al menos debería verse reflejada en las motivaciones del acto adminis-

trativo, modificándolo o descartando lo observado. En el caso del derecho ambiental chileno, la relación es más expresa, siendo los ciudadanos que participan en decisiones ambientales legitimados activos para reclamar respecto de ellas si su observación no es debidamente considerada.

3. Avances del derecho a la participación en materia ambiental.

La conciencia de la participación ambiental como un espacio de desarrollo propio se ve alimentado, especialmente en América Latina, por el hecho de que durante 2017 y 2018 se hayan logrado avances sustantivos en términos de su comprensión y estándares. Este avance conjunto —aunque no uniforme— de la participación ambiental en la región, viene a abonar la idea de que hay una unidad en el derecho ambiental de América Latina, cuestión que ha sido planteada, entre otros por Antonio Herman Benjamin (BENJAMIN, III Foro internacional de Justicia Ambiental).

Dichos avances están plasmados principalmente en dos instrumentos; La Opinión Consultiva OC 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por una parte, y el Acuerdo de Escazú, por la otra. En ambos se trata a la participación ciudadana en materia ambiental de forma especial y relativamente pormenorizada. En lo que respecta a la OC 23/17, el tratamiento se hace en relación con la participación en la gestión pública y en relación con el derecho a vivir en un medio ambiente sano, siendo por lo tanto más descriptiva. Mientras tanto, el Acuerdo de Escazú viene en definir en su artículo 7º, cuáles serían los mínimos a los que se comprometen los países adherentes. Por su naturaleza, es más normativo, pero tiene un valor considerable en entender el contenido de la participación en materia ambiental, puesto que

su novedad no proviene de la consagración del derecho, sino que del desarrollo del mismo.

3.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los fundamentos de la Participación en materia ambiental

En lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC 23/17 ha señalado que

“226.La participación pública representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales. Como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, la participación pública requiere la aplicación de los principios de publicidad y transparencia y, sobre todo, debe ser respaldado por el acceso a la información que permite el control social mediante una participación efectiva y responsable.” (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17)

De lo dicho por la Corte, no estamos de acuerdo, como ya manifestamos, en que la participación sea vista solamente como un derecho instrumental o procedimental, e incluso creemos que la propia Corte tampoco es consistente con dicho predicamento, pues luego de expresar esta supuesta naturaleza jurídica del derecho, de todas maneras, desarrolla un contenido del mismo en

un sentido distinto a su mera instrumentalización. No deja de ser cierto que la participación es un instrumento para la satisfacción de otros derechos, pero no es menos cierto que envuelve un fin en sí misma relacionada con la soberanía popular y la democracia.

El contenido, en el párrafo citado, es en primer lugar el derecho a formar parte del proceso de toma de decisiones, lo que se traduce en un mínimo lógico que es ser escuchadas en dicho proceso. Agregaríamos que ser escuchadas significa, sin dudas, ser consideradas en la toma de la decisión, existiendo un mínimo nivel de incidencia sobre la decisión, que es el de que las opiniones y observaciones de la ciudadanía sean sopesadas en la decisión.

En seguida, la Corte reconoce el ejercicio de control de la participación. Lo expresa fuertemente al decir que la participación *“facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones”* (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 232), cuestión que luego abona cuando expresa que entre los mecanismos de participación ciudadana se incluyen los de revisión judicial.

Por último, en este párrafo la Corte reconoce lo que llamamos función pública de la participación, cuando expresa que este derecho sirve, pues *“a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales”* (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 232). Esto es, a su vez, refrendado en el párrafo 228, cuando la Corte señala que la participación *“aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales”* (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 228).

3.2 Estándares de la participación en materia ambiental

Tanto la OC 23/17, como el Acuerdo de Escazú, tienen una preocupación por establecer los estándares de la participación ciudadana, entendiendo que esos estándares son un elemento central del contenido del derecho. En un trabajo anterior definimos cuales eran los estándares generales de la participación ciudadana, en base a los principios y recomendaciones de la OCDE, la CEPAL y la doctrina relevante en la materia (COSTA, CAORSI, ORTUZAR, 2017, p. 55-83). Llegamos a establecer como estándares, los siguientes;

- a) Compromiso y coordinación: referido a la voluntad de recepción de la participación y a la coordinación entre organismos públicos encargados de asuntos similares.
- b) Formalidad y recursos: versa sobre la necesidad de existencia de un procedimiento claro y formal de participación que sea posible llevar a cabo con los recursos humanos y financieros suficientes.
- c) Fortalecimiento de la sociedad civil: Entendido como la necesidad de que las instancias de participación sean también de utilidad para la formación y vinculación de las organizaciones sociales.
- d) Transparencia y acceso a la información: vinculado a que exista información completa, clara y oportuna que permita una participación significativa.
- e) Diseño y oportunidad: los procedimientos de participación debieran estar diseñados de una forma que permitan cumplir con sus objetivos de incidencia, de manera oportuna.
- f) Apertura e inclusividad: relativo al esfuerzo que debe realizarse para que los procedimientos de participación incorporen a los grupos menos representados y

especialmente a los más vulnerables.

- g) Receptividad y nivel de incidencia: cualquier participación debiera tener un nivel de incidencia predeterminado y claro, que permitiese efectivamente la incorporación de las observaciones generadas desde la ciudadanía.
- h) Rendición de cuentas: referido a que la participación le sea exigibles a las autoridades para tomar decisiones, y a que se informe los resultados de la participación.
- i. Evaluación: sobre la conveniencia de que los procedimientos de evaluación sean evaluados regularmente por los organismos públicos, de manera de observar cómo se encuentran cumpliendo con los objetivos que se les trazaron, y perfeccionarlos.

Consideramos que estos estándares de participación en la gestión pública son aplicables a la participación en materia ambiental como un mínimo, sin perjuicio de que ellos no estén específicamente pensados para esta materia y que, por lo tanto, requieran de un perfeccionamiento, en proceso, en ese sentido. Dicho perfeccionamiento debiera construirse desde estos mínimos, así como desde los mínimos que son expresados por la Corte IDH y especialmente por el Acuerdo de Escazú.

Señala la Corte IDH, que;

“231. Por tanto, esta Corte estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante.”
(CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 231)

En este párrafo, por lo tanto, encontramos los estándares mínimos que la Corte considera. La participación debe ser sin discriminación, equitativa, significativa y transparente. Se agrega que debe existir una garantía previa de acceso a la información. Entendemos que la no discriminación se refiere a la inclusividad de los grupos y personas vulnerables, la equitatividad a la apertura del procedimiento y a su coordinación, la significatividad a que exista la posibilidad efectiva de influir en el procedimiento en el que se participa (receptividad e incidencia) y la transparencia a la apertura del procedimiento y la comunicación efectiva de sus metas, sus pasos y sus resultados.

Se adiciona por la CIDH una mención específica a la participación indígena, la que debe tener una expresión específica de los riesgos que una determinada decisión tiene para la subsistencia de los pueblos, sus tradiciones, territorios, culturas y modos de vida, estableciendo otros estándares mínimos que no viene al caso tratar ahora (CORTE IDH Opinión Consultiva, OC 23/17, párrafo 227).

En lo que se refiere al Acuerdo de Escazú, este es mucho más extenso en referirse a los estándares que contiene el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, pero podríamos resumirlos en;

- a) Implementación de participación abierta e inclusiva. (Art. 7° N°1)
- b) Garantía de participación en decisiones, revisiones, re-examinaciones y actualizaciones que afecten la salud y el medio ambiente. (Art. 7° N°2 y 3)
- c) Asegurar participación desde etapas iniciales y asegurar la consideración adecuada de las mismas. (Art. 7° N°4)

- d) Plazos razonables, medios apropiados de información y participación e información clara, oportuna y comprensible. (Art. 7º N°4, 5, 6 y 7)
- e) Fundamentación, publicidad y difusión apropiada de las decisiones ambientales. (Art. 7º N°8 y 9)
- f) Adecuación de la participación a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género y valoración del conocimiento local. (Art. 7º N°10 y 13)
- g) Promoción de la participación en foros internacionales. (Art. 7º N° 12)
- h) Esfuerzos para inclusión de los grupos vulnerables y a los directamente afectados (Art. 7º N° 14 y 16)
- i) Información mínima para participación en proyectos: área de influencia, descripción del proyecto, descripción de impactos, descripción de medidas, resumen de lo anterior en lenguaje no técnico, informes públicos sobre el proyecto, descripción de tecnologías y lugares alternativos, y, acciones de monitoreo. (Art. 7º N°17)

Como vemos, en general estos estándares se conciben con los que anteriormente revisamos como los estándares de la participación ciudadana en la gestión pública, aunque hacen un mayor énfasis en una variable de distribución de poder con comunidades vulnerables y directamente afectadas, cuestión que tiene que ver entre otras cosas con el hecho de que la participación ciudadana en materia ambiental está fuertemente marcada por la participación en la aprobación de proyectos de inversión.

Lo otro que llama mucho la atención es la preocupación por la participación en materia internacional, cuestión que probablemente se explica en el hecho de que la creación y redacción del Acuerdo de Escazú está marcada por la participación ciudadana en el proceso, que tuvo a las organizaciones de la sociedad civil de

América Latina y el Caribe presentes de manera permanente en las negociaciones y siendo un importante aporte a la hora de redactar el Acuerdo.

4. La importancia del contenido de la participación en materia ambiental

Volviendo a Atria, nos parece relevante destacar que, para él;

“Una explicación de un concepto jurídico es una especificación de: a) una idea pre-institucionalmente identificable, cuyo desempeño es naturalmente improbable; b) las razones por las que ese desempeño es naturalmente improbable, y c) el modo en que una estructura neutraliza o compensa las causas de esa improbabilidad identificadas en b) y hace así probable el desempeño de la idea pre-institucional identificada en a)” (ATRIA, 2016, p. 154).

Habiendo hecho el ejercicio de explicar el devenir de la participación ciudadana ambiental en América Latina, nos parece adecuado ahora seguir este formato de concepto jurídico que propone Atria.

La idea identificable, a la que se denomina luego función, nos parece en términos generales más sencilla de reconocer en la participación ciudadana. La estructura en cambio, recién empieza a tomar una forma determinada, siendo muy relevante en ese proceso el aporte que el Acuerdo de Escazú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han hecho.

Sobre la función, nos queda poco que agregar a lo dicho anteriormente, salvo una simplificación: la participación ciudadana en materia ambiental pretende hacer probable la incidencia de los ciudadanos en la toma de decisiones sobre el medio ambiente, ejecutada principalmente por el poder público, pero muchas veces alineado

con el poder privado. Esa incidencia importa la incorporación en la decisión de sus preocupaciones en términos comunitarios, de interés público y de interés privado.

Si volvemos al concepto de estructura de Atria, podemos reconocer que él se concreta en procedimientos específicos. En efecto, el autor ejemplifica con el concepto de ley señalando que su estructura sería el procedimiento de aprobación de la misma.

“Por consiguiente, “ley” en el sentido de norma que vincula al juez o al policía o al ciudadano no es un concepto a ser individuado funcional sino estructuralmente: ley no es lo que sustantivamente va en interés de todos, sino lo que ha sido aprobado mediante cierto procedimiento por el parlamento, sancionado y promulgado por el presidente de la República, y publicado en el Diario Oficial.” (ATRIA, 2016, p.147)

La estructura tiene una función institucional insoslayable, como hemos señalado, “facilita el desempeño de una función que sin ellas es improbable”. (ATRIA, 2016, p.149).

El caso de la participación ciudadana en materia ambiental es muy relevante en este sentido. La función de la participación como espacio de incidencia (por diversas razones) de los ciudadanos en la toma de decisiones ambientales, es clara. Sin embargo, la manera en que esa función se materializa se mantiene aún en tensión. Esto en parte obedece a que, en general, los sistemas jurídicos de América Latina han garantizado la participación ciudadana estableciendo estructuras particularmente livianas.

En este sentido, el levantamiento hecho por CEPAL en 2013, da cuenta de una serie de desafíos para las normas que consagran la participación ciudadana en los diversos países, y muestra además que es más común que exista participación ciudadana en lo que se re-

fiere a la evaluación de proyectos, que en lo relativo a las normas, reglamentos, políticas y programas. (TORRES, 2013). Pero, además, de la lectura comparada de las normas sobre participación ciudadana es posible colegir que en todos los casos sus estructuras consisten básicamente en la posibilidad de los ciudadanos de expresar sus opiniones, a lo que se agrega en algunos casos la obligación de la autoridad de responderlas o considerarlas de alguna forma.

La estructura debiera compensar o neutralizar las causas que llevan a la improbabilidad del resultado buscado. ¿Por qué es improbable la incidencia de los ciudadanos en las decisiones ambientales? La respuesta, si bien compleja, podemos decir desde el inicio y por la propia formulación de la participación, que está vinculada al desbalance de poderes entre quienes toman la decisión y quienes se ven afectados por ella. A esto, se suma muchas veces un desbalance entre quien solicita la decisión (el inversionista, en los casos de un proyecto) y quien se verá afectado por la misma.

En línea con lo anterior, entonces lo que la estructura de la participación debiera hacer es propender a una modificación de ese desbalance, convirtiéndose en una institución distributiva de poder, y a su vez, en un freno a la posibilidad de arbitrariedades por parte de la Administración del Estado y de los grandes poderes privados.

Las livianas estructuras disponibles, por ahora no parecen ser suficientes para dar curso a esa pretensión. Así, no es raro entonces que frente a dicha carencia y subsistiendo la necesidad de dar cabida a la función de la participación ciudadana, se venga produciendo una creciente presión por darle mayor estructura a la institución. Esa estructura se manifiesta en los estándares que hemos revisado hasta el momento, pues son ellos los que de alguna forma tienden a hacer probable lo impro-

bable, a permitir que los ciudadanos incidan en las decisiones que toman las autoridades en materia ambiental.

El amplio reconocimiento que tiene la participación ciudadana como un derecho que cumple a su vez con una serie de funciones, parece haber sido insuficiente para moldear un escenario en que los tomadores de decisiones se vean compelidos a considerar a quienes participan en los procesos de participación. Esto nos parece que fortalece la participación adversarial que supone el litigio de interés público.

BIBLIOGRAFÍA

ATRIA, F., La forma del derecho. Primera edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2016, p. 147, 149, 154

BENJAMIN, A., III Foro de Justicia Ambiental. Panel I. Video disponible en <https://www.tribunalambiental.cl/iii-foro-internacional-de-justicia-ambiental/>. Consultado por última vez el 28 de diciembre de 2018.

COSTA, E., en prensa. “La litigación ambiental de interés público como mecanismo de participación ciudadana”. Artículo del libro Desafíos Globales de la Democracia. Editorial Tirant Lo Blanch, a publicarse el año 2019.

COSTA, E., y Belemmi, V. “¿Susurros al viento?: Desempeño de la participación ciudadana en el SEIA”. *Revista de Derecho Ambiental*. 2017, (8), p.15

COSTA, E., Caorsi, C. y, Ortúzar, L., Ministerio de Desarrollo Social de Chile, 2017, Pp. 55-83. Referencia a propósito de estándares que fueron definidos en un informe realizado para el Ministerio de Desarrollo Social de Chile, como resultado del trabajo desarrollado en el marco de la licitación Diagnóstico y propuestas de mejora respecto a los niveles de participación ciudadana en la acción y oferta pública del Ministerio de Desarrollo

Social, (730566-43-LE16). Disponible en http://www.academia.edu/36670184/Informe_Final_Participaci%C3%B3n_Ciudadana_en_el_Ministerio_de Desarrallo_Social_Est%C3%A1ndares_Indicadores_y_Recomendaciones. Consultado por última vez el 28 de diciembre de 2018.

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

HABERMAS, J., Historia y crítica de la opinión pública. 1era edición, 12º tirada (2014), Barcelona. Editorial Gustavo Gili. 1994, p.115-119.

HERVÉ Espejo, D., Justicia Ambiental y Recursos Naturales, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015, p.66.

MAJONE, G., “The regulatory estate and its legitimacy problems”. West European Politics. 1999, 22, p. 10.

ROSANVALLÓN, P., Counter democracy policy in the age of distrust. Primera Edición, Cambridge University Press, Cambridge. Cambridge, 2008.

RUIZ Tagle, P., Cinco Repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado. Primera edición. Santiago. LOM ediciones. Año 2016. P. 42 y 43.

SOTO, F., y Costa, E., en prensa. “Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en materia ambiental”. Artículo aceptado en la revista Revista Derecho del Estado Universidad Externado de Colombia, a publicarse el año 2019.

SOTO, F., y Welp, Y., Los diálogos ciudadanos. Primera edición. LOM, Santiago, 2017. P.34

TORRES, V., Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe. Serie medio ambiente y desarrollo N°151. Santiago. CEPAL. 2013. Disponible en <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/Acceso-informacion-participacion-justicia-temas-ambientales-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>. Consultado por última vez el 28 de diciembre de 2018.