

LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO AMBIENTAL CHILENO

ENVIRONMENTAL JUSTICE IN THE CHILEAN ENVIRONMENTAL LEGAL REGIME

Dominique Hervé Espejo

Universidad Diego Portales, Chile

dominique.herve@udp.cl

Sebastián Rebolledo

Universidad Diego Portales, Chile

srebolledo@gmail.com

Resumen

El presente trabajo desarrolla la noción de justicia ambiental y sus elementos configurativos. En virtud de aquel marco se revisan dos instituciones jurídicas del ordenamiento jurídico ambiental chileno, con el objeto de evaluar si en las normas que las consagran se incorporan o reflejan dichos elementos. Los instrumentos jurídicos analizados son la participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Evaluación Ambiental Estratégica.

Abstract

This paper develops the notion of environmental justice and its elements. Under this framework, two legal institutions of the Chilean environmental legislation are analysed. Public participation in the Environmental Impact Assessment System and Strategic Environmental Assessment are reviewed in order to determine if they include environmental justice elements.

Palabras clave: justicia ambiental, participación ciudadana, evaluación ambiental estratégica

Key words: environmental justice, public participation, strategic environmental assessment

Introducción

La justicia ambiental se perfila actualmente, en virtud de su desarrollo político y jurídico, como uno de los principales enfoques del derecho ambiental. Su alcance es transversal a todas las instituciones y figuras del derecho ambiental, configurándose como un factor decisivo tanto en el diseño e implementación de políticas ambientales como en la identificación y resolución de conflictos socio-ambientales. De esa forma, la justicia ambiental se convierte actualmente en una teoría de la justicia, en un modelo que reformula y adapta las nociones y elementos propios de dichas teorías a aquellos típicos de la temática ambiental: su tecnicismo; su complejidad política, social y económica; la dinámica de los componentes medio ambientales y su interacción con el medio humano.

En dicho contexto, el presente trabajo expone, primeramente, una breve historia de la justicia ambiental y una revisión de las ideas que se han esbozado en torno a su concepto y contenido. Luego, y en virtud de lo revisado previamente, se analizan dos importantes instituciones del marco jurídico ambiental nacional, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la reforma a la institucionalidad ambiental llevada a cabo por las leyes 20.417 de 2010 y 20.600 de 2012; éstas son, la participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE).

El objetivo del trabajo es analizar, desde una perspectiva crítica y teniendo en cuenta la evolución que ha experimentado la institucionalidad ambiental chilena, si acaso dichas instituciones comprenden los elementos de la justicia ambiental y permiten garantizar a la comunidad, al menos, un

tratamiento adecuado respecto de aquellas cuestiones que podrían conllevar una desigual distribución de cargas ambientales.

La Justicia Ambiental

Algunos antecedentes históricos

El concepto de la justicia ambiental surge en EEUU a fines de la década de los setenta como una manifestación de la nueva dirección que toman los grupos ambientalistas, cambiando su tradicional enfoque dirigido principalmente a la “conservación” de la vida silvestre por una preocupación hacia los grupos más vulnerables de la sociedad y su calidad de vida (Arnold, 2000). Se reconoce que estos grupos se han visto afectados especialmente por la contaminación ambiental y la depredación de los recursos naturales en los lugares en que viven, fenómeno cuyo origen se vincula con el desarrollo industrial ocurrido durante la mayor parte del siglo XX (Shrader-Frechette, 2002). El movimiento social por la justicia ambiental que se inicia entonces, tiene por principal objetivo obtener una distribución más equitativa de las cargas y beneficios ambientales.¹

Cabe señalar que, sin perjuicio que el movimiento por la justicia ambiental no ha tenido un desarrollo similar en otras partes del mundo, la idea se ha ido extendiendo lentamente a otros países e inclusive al ámbito internacional. En efecto, a partir de la década de los ‘90 el debate ha adquirido mayor relevancia en países como el Reino Unido (Dobson, 1998) donde los antecedentes disponibles permiten establecer que, así como en EEUU, son las comunidades más pobres las que se ven afectadas por los niveles más altos de contaminación atmosférica, de ruido, de agua, o tienen menor acceso a espacios verdes o seguridad en los vecindarios (Schwarte y Abedowale, 2007). Sin embargo, a diferencia de los EEUU –en donde el debate se centró en la discriminación racial– en Europa el factor relevante ha sido la situación socio-económica de las comunidades afectadas.²

En el ámbito global, el debate por la justicia ambiental tiene su base en los reclamos efectuados contra los gobiernos y las corporaciones multinacionales por los abusos en que han incurrido históricamente con respecto a los pueblos indígenas y comunidades vulnerables de los países en desarrollo (Kuehn, 2000). Sin embargo, en el último tiempo el debate internacional sobre la justicia ambiental se ha desarrollado en foros internacionales especializados, tales como aquellos relacionados con el comercio internacional³ y, fundamentalmente, en las negociaciones que han tenido lugar en la última década con respecto al cambio climático. En efecto, el término de “justicia climática” es ya un concepto utilizado comúnmente y que alude tanto a la distribución de los riesgos provenientes del cambio climático, como a la diferenciación en las obligaciones que deben asumir los países de acuerdo con su cuota de responsabilidad en el problema.⁴ A su vez, como una manifestación más de la “injusticia ambiental” se ha determinado que los pueblos, comunidades y países más pobres serán los principales afectados por este fenómeno, ya sea por que sus economías se encuentran más expuestas a sufrir efectos provenientes de los riesgos naturales, como por carecer de recursos suficientes para adaptarse y mitigar los impactos provenientes del cambio climático en cuestión (Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, 2007).⁵

Por lo tanto, los hechos históricos recientemente descritos permiten distinguir tres ejes conceptuales en los que se ha desarrollado el debate en materia de justicia ambiental. Estos son: la raza o el origen étnico (en EEUU), la condición socio-económica (en Europa) y las diferencias entre los países desarrollados y en desarrollo (en el ámbito internacional). De los tres ejes mencionados se puede extraer un elemento común: la existencia de diferencias en la distribución de las cargas y beneficios ambientales entre los sujetos de una comunidad, ya sea nacional o internacional.

Elementos y nociones esenciales

Como se verá en este apartado, el elemento de equidad en la distribución es el contenido central, pero no el único, del concepto de justicia ambiental. Se

entenderá por justicia ambiental la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad, considerando en dicha distribución el reconocimiento de su situación comunitaria y de sus capacidades y, por último, la participación en la adopción de las decisiones que los afectan.

Esta definición deriva de un análisis de los distintos elementos que constituyen la justicia ambiental como concepto, los que aquí se clasifican en: aquellos elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan a la justicia ambiental (la equidad en la distribución de las cargas y beneficios ambientales, la participación significativa en la adopción de decisiones en la materia, el reconocimiento de la situación e identidad comunitaria, y las capacidades de las personas y grupos para lograr su plena realización) y los elementos propios de la justicia ambiental (elementos colectivo y ecológico). Debe destacarse que el análisis de los elementos de la justicia ambiental está fuertemente influenciado por aquellos elementos propios de la teoría de la justicia desarrollados por la Teoría Política.⁶

La forma de distribución de las cargas y de los beneficios que el medio ambiente brinda constituye un aspecto propio de lo que se entiende por “justicia distributiva”; cuestión que tiene cada vez más relevancia para la política y el derecho ambiental. En efecto, esto es así porque los bienes ambientales son más escasos y las posibilidades de cargas e impactos sobre los mismos son, por el otro lado, cada vez mayores.⁷

Para algunos autores, sin embargo, la desproporción en las cargas ambientales constituye un efecto y no la causa de la injusticia ambiental, la que se manifiesta de distintas maneras y no solamente desde la perspectiva de la inequitativa distribución de los riesgos ambientales. En efecto, dichos autores sostienen que la injusticia ambiental se expresa sobre todo en la ausencia de oportunidades o “participación” política y de “reconocimiento” de los que la sufren, elementos que de existir les permitirían desafiar los mecanismos estructurales de decisión establecidos por la sociedad.⁸

De esta manera, el concepto de justicia ambiental presenta diversas esferas, aunque todas relacionadas entre sí. Algunos autores, como Shrader-Frechette (2002), identifica dos aspectos esenciales en el concepto. Por un

lado, el aspecto del tratamiento equitativo que tiene directa relación con la idea de justicia distributiva y, por el otro, el aspecto de la participación significativa que apunta, a su vez, a la idea de justicia participativa. Kuehn (2000), en cambio, propone categorizar los elementos de la justicia ambiental en cuatro: justicia distributiva; justicia procedimental; justicia correctiva; y justicia social. Bullard (1996), por su parte, señala que los principios de justicia ambiental se pueden categorizar en un marco de cinco características: la protección de todas las personas de la degradación ambiental, la adopción de un enfoque de prevención del daño a la salud, la atribución de la carga de la prueba a quienes contaminan, la eliminación de la necesidad de probar la intención de discriminar, y la reparación de las inequidades existentes mediante acciones dirigidas y recursos suficientes. Schlosberg (2007), en cambio, distingue elementos adicionales a los ya mencionados, tales son los aspectos que dicen relación con el “reconocimiento” y con las “capacidades” (*“capabilities”*).

Sin perjuicio de lo anterior, quizás la definición más conocida de “justicia ambiental” es la que da la EPA, la que adhiere al enfoque que distingue dos aspectos esenciales: distribución y participación. Así sostiene que se trata del trato justo y participación significativa de todas las personas, sin importar su raza, color, nacionalidad, o nivel de ingresos, en el desarrollo, implementación y aplicación de las políticas, leyes y regulaciones ambientales.⁹ Luego define en particular “trato justo” y “participación significativa”.¹⁰

A continuación se explicará en qué consisten los elementos que se han considerado esenciales por los diversos autores para definir el concepto de justicia ambiental. De allí se busca –con posterioridad– analizar si tales elementos se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico ambiental chileno. El objetivo de esta sección es simplemente ilustrar el estado del debate en torno al contenido del concepto de justicia ambiental y de sus principales componentes.

Elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan a la justicia ambiental

Los elementos de la teoría de la justicia que se extrapolan a la justicia ambiental son la equidad o justicia distributiva, el reconocimiento, la participación y las capacidades.

a) La equidad o justicia distributiva

La Teoría Política ha definido el concepto de justicia casi absolutamente basada en el concepto de “equidad” en la distribución de los bienes. Para Rawls (1979), justicia es el estándar sobre el cual los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad deben ser evaluados. En efecto, el objetivo de Rawls fue desarrollar los principios básicos de la justicia con el objeto de establecer criterios destinados a aplicarse en relación con la estructura básica de la sociedad.¹¹ Para encontrar dichos principios, según él, hay que situarse en una posición de igualdad que él llama “posición original” imaginaria en la que los individuos se encuentran detrás de un “velo de ignorancia”, lugar en el que no pueden orientar su decisión a su propio favor debido a que no se conocen las propias fortalezas y debilidades, ni la posición que se ocupa en la sociedad, ni las propias concepciones del bien. De esa manera se pueden desarrollar principios de justicia desde una posición imparcial. Cabe señalar que Rawls presupone que tales seres imaginarios se encuentran motivados para obtener cierto tipo particular de bienes, que él denomina “bienes primarios”, que serían aquellos bienes básicos indispensables para satisfacer cualquier plan de vida (Gargarella, 1999).¹²

Desde esa posición, Rawls (1979) argumenta que los individuos determinarían la existencia de dos principios básicos de justicia: que todos tienen los mismos derechos políticos (libertades básicas); y que la distribución de la inequidad social y económica debe beneficiar o ser ventajosa para todos.¹³ Este último principio parte de la base que las mayores ventajas de los más beneficiados por la lotería natural son justificables sólo si ellas forman parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos aventajados de la sociedad (Gargarella, 1999). Por lo tanto, la noción de Rawls

de “justicia” como “equidad” implica entender a la justicia como las reglas que deben aplicarse a la distribución justa de los bienes sociales, económicos y políticos. La importancia de la teoría liberal de la justicia es que el concepto de equidad o distribución justa se desliga de cualquier acuerdo sustantivo sobre qué es lo que se cree que es “bueno”. Lo relevante son las “reglas” de la distribución (Schlosberg, 2007). Por lo tanto, este concepto de justicia es imparcial y más bien procedimental.¹⁴ Con posterioridad a Rawls, diversos teóricos de la justicia han seguido el camino de definir este concepto a partir de cómo y qué se “distribuye” para construir una sociedad justa (Gargarella, 1999).

Como se verá más adelante, cuando se trate en particular el elemento o el enfoque de la “justicia ecológica”, la teoría de John Rawls no parece ser suficiente para explicar el elemento distributivo de la justicia ambiental, en la medida que solamente apunta a un aspecto procedimental o formal de distribución, y no al contenido o sustancia de la misma. La distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales, en cambio, parte de la base que dicha distribución es “buena” para la sociedad, cuestión que escapa a la teoría rawlsiana de justicia.

b) El reconocimiento

El enfoque principalmente distributivo de la justicia por parte de Rawls y otros teóricos posteriores ha sido impugnado fundamentalmente por Iris Young y Nancy Fraser. Dichas autoras promueven la necesidad de realizar un examen de las “causas” de la mala distribución en la sociedad, cuestión que no puede realizarse a través de una posición original imaginaria, sino que debe basarse en la realidad. Para ellas el punto central es el “reconocimiento”. En otras palabras, la causa de la “inequidad” distributiva es la ausencia del reconocimiento social y político, manifestado a través de la desvalorización individual y cultural de ciertas personas y comunidades. Qué se entiende por “reconocimiento” es a su vez objeto de discusión por diversos autores. Algunos consideran central en este concepto el aspecto psicológico del mismo, es decir, la valorización de una persona provendría del reconocimiento dado por los otros. De esta manera, la ausencia de reconocimiento sería un daño y una



causa de injusticia, de la misma manera que la ausencia de una distribución adecuada. Por otro lado, hay quienes consideran que la falta de reconocimiento es una práctica más bien institucional que una experiencia individual, de manera que la falta de reconocimiento consistiría en un daño al “status” social más que un daño psicológico (Schlosberg, 2007).¹⁵ Sin perjuicio que en este trabajo se considera el reconocimiento como un elemento independiente que compone el concepto de justicia, algunos autores se han preguntado si el reconocimiento, es más bien un aspecto que constituye una condición previa a la situación de igualdad de la posición imaginaria de Rawls o, si por el contrario, se trata de uno de los bienes que se van a distribuir. Rawls al menos no parece dejarlo claro dentro de la formulación y evolución de su teoría, lo que ha implicado que diversos autores, con posterioridad, hayan elaborado distintas posiciones al respecto.

En cuanto elemento de la justicia ambiental, el reconocimiento apunta a la valorización de los intereses y estilos de vida de ciertas comunidades o grupos vulnerables de la sociedad que se ven mayormente afectados por las cargas ambientales.

c) *La participación*

Brevemente se dirá que la participación es considerada como un elemento esencial de la justicia. En lo que dice relación con el derecho ambiental, el derecho a la participación y el acceso a la información es quizás uno de los aspectos más universalmente aceptados como un contenido propio de la disciplina. La participación, en el contexto de la teoría de la justicia, consiste en el mecanismo o procedimiento necesario para lograr una mejor distribución y un mayor reconocimiento. En efecto, para diversos autores, una teoría de la justicia debe también focalizarse en el proceso político y democrático, que permite establecer estructuras institucionales para hacer frente tanto a los problemas de distribución como de reconocimiento (Schlosberg, 2007).

d) Las capacidades

Por último, existen también autores como Sen y Nussbaum que postulan una teoría de la justicia que va más allá del enfoque distributivo y que sostienen que se debe evaluar si una distribución es justa considerando cómo ésta afecta las “capacidades”, el bienestar, la posibilidad de una persona de realizarse en la sociedad. Por lo tanto, la justicia no es sobre “cuánto” se tiene, si no que sobre “sí” se tiene aquello que es necesario para llevar una vida conforme a las propias elecciones (Schlosberg, 2007).

Sin duda estos son elementos esenciales de la idea de justicia ambiental, sin embargo no son suficientes para entender completamente el concepto, sino que se hace necesario recurrir a elementos que vienen en denominarse aquí “elementos propios de justicia ambiental”.

Elementos propios de la justicia ambiental

Los elementos que aquí se consideran propios de la justicia ambiental son el elemento “colectivo” y el elemento “ecológico”.

a) Elemento colectivo

En general, la teoría de la justicia se ha elaborado desde una perspectiva liberal que considera la justicia respecto de los “individuos”, y no en relación con los “grupos” o “comunidades”. Sin perjuicio de ello, es evidente que muchas injusticias se cometen con respecto a ciertos grupos vulnerables, más que respecto de los individuos que las conforman. De ahí que algunos autores hayan querido abordar de manera más amplia el elemento de las “capacidades” considerando que debe incluir también la forma de realización de los grupos y comunidades (Schlosberg, 2007). En efecto, la realidad lleva a concluir que los propios grupos demandan justicia respecto de sus respectivas comunidades como tales. En cuanto a la justicia ambiental esta es una de las características claves. Las situaciones de injusticia ambiental se producen respecto de grupos y comunidades antes que individuos.

b) **Elemento ecológico**

Hasta ahora los elementos de la justicia ambiental que se han explicado se refieren a una relación entre seres humanos. Aquellos que consideran que la justicia ambiental incluye también la relación de los seres humanos con el mundo natural postulan el concepto de “justicia ecológica”. Para algunos autores, sin embargo, la relación de los seres humanos con el resto del mundo natural no es un asunto de la “justicia” sino que de la “moral” o de la “ética”. El objetivo de esta parte del trabajo es presentar los argumentos que se han esbozado para determinar si las responsabilidades y obligaciones que se tienen con el futuro y el resto del mundo natural pueden incluirse dentro del concepto de “justicia” y, en particular, de “justicia ambiental”.

Este debate tiene mucho en común y tiende a confundirse con aquél que distingue entre aquellos que conciben el derecho ambiental desde una perspectiva “antropocéntrica” y aquéllos que lo conciben, en cambio, desde un enfoque “ecocéntrico”. Desde la perspectiva de la teoría de la justicia, estos diferentes enfoques son esenciales (Bosselmann, 2006).

Para los primeros, es decir, los antropocentristas, el tema “ambiental” debe incorporarse dentro de lo que Rawls llama “*comprehensive ideals*”, consistentes en posibles concepciones de lo que se entiende como “bueno” dentro de una sociedad y que compiten democráticamente. En cambio, para los autores ecologistas, la relación de los seres humanos con el mundo natural se encuentra más cercano a lo que Rawls llamó “*public reason arguments*” que constituyen los principios básicos que se consideran neutrales dentro de una sociedad (Bosselmann, 2006). Por ejemplo, según Wissenburg (1999), el “*savings principle*” que Rawls agrega a su teoría de la justicia, permitiría incorporar el medio ambiente dentro de estos últimos, en la medida que dicho principio alude a la justicia intergeneracional como condición de la posición original en que se encuentran aquellos que distribuyen los bienes detrás del velo de la ignorancia. Sostiene que sin la existencia de este principio no podría existir justicia en una sociedad ya que habría privilegios para las generaciones actuales en desmedro de las generaciones futuras. En la práctica, este principio se traduciría en lo que Wissenburg (1999) llama “*principle of restraint*”,

que exige que los derechos deben ser distribuidos de tal manera que se mantengan disponibles para una futura redistribución. En otros términos, consiste en la obligación de no destruir bienes que sean irremplazables.

Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría de los autores ecologistas van más allá y su objetivo no consiste en hacer calzar sus demandas por justicia ecológica dentro de los sistemas ya elaborados de la teoría de la justicia, sino que por el contrario, pretenden modificar el sistema liberal imperante. Según Bosselmann (2006), existen así algunos autores que han querido re-conceptualizar la “justicia” desde su posición ecologista, tales como Schlosberg y el mismo Bosselman. El primero sostiene, al igual que lo hizo con respecto al concepto más tradicional de justicia ambiental, que para conceptualizar una teoría que haga justicia con la naturaleza se debe ir más allá del enfoque distributivo que la mayor parte de los autores da al concepto de justicia. De esta manera, desarrolla específicamente con respecto a la “justicia ecológica”, los elementos del “reconocimiento”, las “capacidades” y la “participación” (Schlosberg, 2007). Así extiende el “reconocimiento” de manera de incorporar en dicho elemento al mundo natural tanto por su valor en sí mismo como por su importancia para el mundo humano. En cuanto a las “capacidades” sostiene que incluye todo aquello que sea necesario para el pleno funcionamiento tanto del mundo humano como del “no humano”. Es decir, dicho elemento se refiere a la plenitud del proceso de la vida en general. Por último, con respecto a la “participación” como elemento que permite incluir tanto el reconocimiento como las capacidades del mundo natural no humano, sostiene la necesidad de extender la legitimación activa, el acceso a la información ambiental y, sobretudo, la consideración del mundo natural en el proceso humano de adopción de decisiones.

Por su parte, Bosselmann (2006) presenta como esencial al concepto de “justicia ecológica” el reconocimiento de tres principios, los de “justicia intrageneracional” (dimensión social de la justicia ecológica), “justicia intergeneracional” (obligación de mantener la integridad ecológica en la medida que no sabemos qué necesitarán las futuras generaciones) y “justicia inter-especies” (preocupación por el mundo natural no humano). La importancia de adoptar este enfoque de la justicia ecológica es el establecer criterios que

permiten regular la relación entre la justicia intra e intergeneracionales, en la medida que en la sociedad existen distintas prioridades en competencia. La incorporación del principio de justicia inter-especie permite adoptar un concepto de “sustentabilidad fuerte” que establece la preferencia por la sustentabilidad ecológica o las necesidades de las futuras generaciones. Cabe señalar que estos principios tienen una función relevante en la medida que permiten contar con una mejor base para el diseño y aplicación de las políticas y normativas ambientales, y mejorar los procesos y los resultados en materia de adopción de decisiones. De esta manera, se postula la necesidad de trabajar en un concepto que haga justicia tanto a los seres humanos como al resto del mundo natural.

La legislación e institucionalidad ambiental chilena bajo el prisma de la justicia ambiental

En los siguientes apartados se revisarán –desde la perspectiva de la justicia ambiental– algunos elementos de la legislación ambiental vigente que constituyen parte del núcleo esencial del derecho ambiental chileno.

En concreto, se analizarán dos instituciones cuya relación con la justicia ambiental puede parecer más directa y evidente. Estas son: la participación ciudadana dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). Ambas se encuentran incorporadas al ordenamiento jurídico nacional mediante la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, LBGMA (Ley 19.300 de 1994, modificada por la Ley 20.417 de 2010).¹⁶

La participación ciudadana en el SEIA

La participación ciudadana, ya en la ley 19.300 de 1994, se encontraba consagrada como la manifestación de uno de sus principios inspiradores.¹⁷ En concreto, ésta se manifestaba en variados niveles y diversas estructuras de la ley, teniendo su principal consagración en un párrafo que desarrollaba la forma,

oportunidad y plazos en que debía desarrollarse el periodo de participación ciudadana dentro del SEIA.¹⁸

Cabe señalar que las Declaraciones (DIA) y Estudios (EIA) de impacto ambiental son las dos modalidades en que un proyecto, actividad o sus modificaciones pueden ingresar al SEIA. En éste sentido, el artículo 10 LBGMA enumera y describe, junto al artículo 3 del Reglamento del SEIA,¹⁹ los proyectos y actividades que deben ingresar al SEIA; mientras que el artículo 11 LBGMA señala y describe aquellos efectos, características o circunstancias que hacen procedente el ingreso mediante un EIA.²⁰ En términos generales, la diferencia fundamental entre ambas modalidades dice relación con la extensión, duración y elementos a considerar en la evaluación de los proyectos o actividades, siendo más rigurosa, amplia y pormenorizada la evaluación de los EIA. Por otro lado, cabe destacar que es común a ambas modalidades el hecho de que el procedimiento de evaluación se desarrolla en etapas que se configuran conforme a las observaciones que realicen los organismos sectoriales y las respuestas que a dichas observaciones presente el titular del proyecto, en virtud de cuya interacción los aspectos técnicos del proyecto durante la evaluación se pueden ver modificados sustancialmente.²¹

En cuanto a la participación ciudadana en el SEIA, cuatro aspectos fueron duramente criticados por académicos y la sociedad civil durante la vigencia de la LBGMA, previo a la reforma del 2010:

a) *La limitación del proceso de participación sólo a los EIA.* La principal deficiencia de la consagración material del principio de participación en la versión original de la LBGMA (De la Fuente y Mora, 2008), era la limitación del proceso de participación ciudadana sólo a aquellos proyectos o actividades ingresados al SEIA mediante un EIA, excluyéndose de las DIAs.

La reforma de 2010 se hizo cargo de esta crítica e incorporó la participación a las DIA al señalar que la autoridad podrá decretar la realización de un proceso de participación ciudadana, pero siempre que concurren las siguientes circunstancias: i) que el proyecto o actividad genere *cargas ambientales* para la comunidad próxima; y ii) que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas.²²

Respecto de la primera circunstancia, se presenta el problema de determinar qué se debe entender por “carga ambiental”. La misma ley señala que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación; sin embargo, la definición no resulta muy clara, según lo han señalado algunos autores (Costa y Fuentes, 2001).²³

Sin dudas la inclusión de la participación en las DIA constituye indiscutiblemente un avance conforme a los estándares de participación desde la óptica de la justicia ambiental, sin embargo, no lo es el hecho de que la apertura del proceso - a pesar de que concurren las circunstancias anotadas - sea facultativo para la autoridad. Algunos señalan que ésta formulación no configura “un derecho de la comunidad, sino una facultad de la autoridad”, y por ello, “lo que a primera vista parecía innovador, al efectuarse una lectura detenida, resulta en una expectativa y no necesariamente en lo que esperaban las comunidades” (Correa, 2012: 580).

En efecto, de acuerdo a la ley el concepto de cargas ambientales comprende las externalidades negativas, y si en el caso concreto éstas se presentan y la comunidad solicita la apertura del procedimiento, el hecho de que la decisión quede únicamente a la discreción de la autoridad atenta gravemente contra diversos elementos de la justicia ambiental. Por un lado, se estaría desconociendo la dimensión participativa que se reconoce en las teorías de la justicia, por cuanto no se estaría entregando el mecanismo adecuado que garantice a las comunidades su participación en un proceso que les permitiría enfrentar un problema de distribución de externalidades; y, por otro, la eventual negativa a la apertura del proceso significaría desconocer las expectativas e intereses de la comunidad, de forma tal que no se estaría dando lugar al reconocimiento que dichas comunidades merecen como actores relevantes en la evaluación del proyecto o actividad.

b) *La restricción de la legitimación activa para participar a organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y a las personas naturales directamente afectadas.*²⁴ Esta situación, vigente en la ley de 1994, fue modificada por la reforma de 2010 que estableció que “toda persona,



natural o jurídica” puede formular observaciones al EIA. En consecuencia, la legitimación activa para participar en el proceso es ahora más amplia e incondicional.

Lo anterior permite llegar a una conclusión positiva desde la óptica de los elementos de la justicia ambiental y, particularmente, del elemento colectivo que le es propio. La ley actualmente reconoce que los proyectos o actividades que deban ingresar al SEIA mediante un EIA, puedan ser objeto de observaciones ciudadanas por parte de toda persona, sin ser necesario acreditar su proximidad al proyecto o la afectación directa de sus intereses por la construcción o ejecución del mismo. Con ello, se presenta el proceso de participación ciudadana como un mecanismo que garantiza la concreción amplia del elemento participativo, otorgando además un reconocimiento para participar en él a toda la comunidad, sin distinciones ni discriminaciones de ningún tipo.

Sin perjuicio de la conclusión positiva respecto a los EIA, lo mismo no puede decirse de las DIA, pues los legitimados activos para solicitar la apertura del proceso de participación ciudadana –como ya se indicó– son sólo las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y las personas naturales directamente afectadas. La diferencia puede explicarse en la pretensión de constituir a las DIA como un mecanismo de evaluación simple y expedito; sin embargo, al menos la primera pretensión es bastante sesgada. La mayoría de los proyectos y actividades que ingresan al SEIA, son objeto del escrutinio de la comunidad en particular, y de la sociedad en general. Por ello, al configurarse un espacio reducido de participación, más aún teniendo en cuenta el limitado plazo para solicitar su apertura (10 días), suele ocurrir que la comunidad muchas veces ni siquiera alcanza a saber de la existencia del proyecto o lo conoce cuando ya no es posible jurídicamente solicitar la participación, lo que propicia la generación del fenómeno de participación informal, fuera del contexto del SEIA, lo cual trasciende en el encarecimiento y retardo del proyecto, pues se fertiliza el terreno para la judicialización del mismo (Correa, 2012).

c) *La limitación de la participación sólo a los aspectos contenidos en el proyecto o actividad original.* Esta característica de la ley original implicaba

excluir de la participación ciudadana aquellos aspectos que se modificaran por la interacción entre las observaciones de los organismos técnicos y las respuestas o modificaciones presentadas por el titular (Meunier, 2004).

La ley 20.417 se hizo cargo parcialmente de esta crítica que es común a las DIAs y EIAs. Esto debido a que para que se abra una nueva etapa de participación es necesario que las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten al proyecto sean sustantivas.²⁵ En éste sentido, la ley se remite al Reglamento del SEIA (RSEIA) al disponer que *éste deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos.*

El nuevo RSEIA señala que respecto los EIA hay una modificación sustantiva cuando producto de las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones *es posible apreciar una alteración significativa en la ubicación de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad que afecte a la comunidad o grupo humano, así como la generación de nuevos impactos significativos o aumento significativo en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales generados,*²⁶ y respecto a las DIA, cuando *es posible apreciar una alteración significativa en la ubicación de las partes, obras o acciones del proyecto o actividad y/o en la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales generados.*²⁷

En primer lugar debe destacarse el complejo contenido conceptual de dichas normas (Correa, 2012).²⁸ Pero adicionalmente, la diferencia entre lo que se entiende por modificaciones sustantivas en los EIA y DIA es importante. En el primer caso, el nuevo RSEIA se hace cargo de no sólo los impactos generados previstos originalmente, sino también de los nuevos impactos significativos, haciendo una clara distinción entre los impactos previstos e imprevistos, tomando importancia a su respecto la funcionalidad de los principios de prevención y precautorio.²⁹ En el segundo caso, en cambio, el RSEIA incluye como elementos que configuran la modificación sustantiva sólo a los impactos generados, es decir, previstos originalmente, dejando fuera a aquellos impactos imprevistos o nuevos.

A nuestro juicio, con la exclusión de los impactos imprevistos en la determinación de lo que se entiende por modificaciones sustantivas de las DIA

se afectan algunos de los elementos de la justicia ambiental. Concretamente, la exclusión antedicha no permitiría la apertura de un nuevo proceso en el que las comunidades afectadas puedan participar y formular observaciones al proyecto, lo que trascendería en un desconocimiento del elemento participativo en general, del reconocimiento y, también, de los elementos colectivo y ecológico, propios de la justicia ambiental.

El primer elemento se ve afectado por cuanto la justicia ambiental tiene por característica el propender a la adecuada distribución de las cargas ambientales, para lo cual es necesaria la participación de las comunidades en la identificación y toma de decisiones respecto a ellas; por ello, los impactos imprevistos (o simplemente nuevos impactos) serían cargas que, de presentarse por las modificaciones que se realicen al proyecto, no darían lugar a la apertura de un proceso en el que las comunidades puedan manifestar sus apreciaciones, aún cuando dichos impactos sean significativos en el medio ambiente y/o en su calidad y estilos de vida. Esto, a su vez, constituiría una afectación de los elementos del reconocimiento, el colectivo y el ecológico ya que, al no facilitarse un espacio de participación para analizar colectivamente los impactos imprevistos, se estaría obviando la relevancia que a su respecto tienen las visiones propias de las comunidades afectadas, más aún considerando que dicho impacto nunca fue sometido a ningún análisis técnico, económico, jurídico o social, y por lo mismo sus efectos potenciales en el medio ambiente son desconocidos.

d) *Ausencia de fuerza vinculante de las observaciones planteadas por la comunidad.*³⁰ Esta característica del proceso de participación ciudadana del SEIA chileno se manifestaba en la legislación de 1994, en que la autoridad sólo tenía la obligación de “ponderar” las observaciones, ya que la ley le entregaba a la comunidad un derecho a opinar e informarse, pero no facultades ejecutivas ni tampoco el derecho a establecer exigencias a los proyectos o a la autoridad –como bien señalan Salazar y Molina–, puesto que “el SEIA consideró a la comunidad más como un actor pasivo que como protagonista” (Salazar y Molina, 2006: 127).

Ahora bien, actualmente la LBGMA³¹ y el RSEIA³² obligan al Servicio de Evaluación Ambiental a considerar todas las observaciones como parte del

proceso de calificación, a evaluarlas técnicamente y considerarlas en el Informe Consolidado de Evaluación y en los fundamentos de la Resolución de Calificación Ambiental. Sin embargo, resulta discutible si esta nueva redacción genera cambios sustanciales.³³

Por último, cabe hacer referencia aquí a una sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, el que se refiere expresamente a la dimensión participativa de la justicia ambiental.³⁴ En efecto, al acoger una reclamación en contra del Director Ejecutivo del SEA –que calificó favorablemente el proyecto de autopista denominado “Ruta de la Fruta”– hace referencia a la participación ciudadana y a la relevancia que ésta tiene en el SEIA. Éste nuevo órgano jurisdiccional –creado por Ley 20.600 de 2012 y en funcionamiento desde enero de 2013– señaló, en términos generales, que la reserva de información y antecedentes establecida en el art. 27 LBGMA,³⁵ debe ser ponderada con el derecho a la participación ciudadana, la cual es una “institución capital” de los Estados democráticos modernos; y destacó en concreto que *la participación ciudadana informada es una cuestión necesaria, aunque no suficiente, para alcanzar lo que el marco analítico conocido como justicia ambiental denomina justicia distributiva. Para que la distribución de cargas y beneficios ambientales sea equitativa y proporcional, es, en efecto, previo y necesario que exista justicia participativa, la que está dirigida a garantizar que las consecuencias de una determinada actividad sean el resultado de la participación deliberativa de todos los afectados por ella.*³⁶

La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)

La EAE –desconocida en nuestra legislación ambiental hasta la reforma del 2010– consiste en “aplicar los principios de la Evaluación de Impacto Ambiental a políticas gubernamentales (ambientales y no ambientales), planes (sectoriales y territoriales) y programas de acción” (Clark, 1997: 180). Su origen se remonta a la *National Environmental Policy Act* de 1969, en EEUU, que incorpora dentro del sistema jurídico norteamericano la Evaluación de Impacto Ambiental, incluyendo dentro de las actividades a evaluar las “acciones federales” mayores. Bastante más tarde es incorporada en la Unión Europea,

ya que sólo se pudo establecer la exigencia de la evaluación ambiental de planes y programas mediante la Directiva 2001/42/EC, que entró a regir en el 2004.

Las etapas de la EAE son las mismas que las del SEIA (Clark, 1997), es decir: la determinación de si una acción determinada debe someterse o no a la EAE;³⁷ la identificación de los problemas claves y alternativas que deben ser abordados en la evaluación; la recopilación de información para describir el medio ambiente o línea base;³⁸ la predicción y evaluación de los impactos ambientales de la actividad;³⁹ la participación de la ciudadanía; la decisión final;⁴⁰ y el monitoreo o seguimiento de la decisión.

Las mayores diferencias entre el SEIA y la EAE son la escala y oportunidad del estudio, así como el grado de detalle que se requiere (Clark, 1997). La escala es mayor en la EAE ya que comprende varias actividades, con amplitud de alternativas, en un área más extensa y la gama de impactos ambientales puede ser mayor. Las diferencias de oportunidad se refieren a que el intervalo de tiempo entre el proceso de planificación y la implementación de la actividad específica que da origen al impacto ambiental en la EAE es mayor, por lo que la incertidumbre también.

La EAE se puede aplicar ya sea a políticas o planes sectoriales (por ejemplo, una política sobre el manejo de los recursos hídricos) o a políticas o planes que se vayan a aplicar en un mismo espacio o región (desarrollos multisectoriales dentro de un área geográfica) (Clark, 1997). El primer enfoque ayuda a seleccionar el tipo de proyectos que se buscan (en el sector hídrico, por ejemplo, hidroelectricidad vs. agricultura vs. acuicultura vs. turismo). El segundo enfoque permite evaluar los impactos acumulativos tanto espacial como temporalmente (considerando los impactos de proyectos futuros, presentes y pasados).

Ahora bien, luego del repaso realizado a los fundamentos, características y objetivos de la EAE desde una perspectiva comparada, corresponde entonces hacer referencia a su regulación en la legislación ambiental nacional.⁴¹

Antes de la reforma por la ley 20.417, no existía la EAE en la legislación ambiental nacional, y la evaluación ambiental se reducía a proyectos y

actividades, con la sola excepción de los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT),⁴² lo que ha constituido en la práctica una especie de evaluación ambiental estratégica.⁴³

El actual artículo 7º bis, por el contrario, identifica los instrumentos que se someterán a la EAE, distinguiendo entre aquellos que deben hacerlo obligatoriamente de los que sólo lo harán voluntariamente. Estos últimos son las políticas y planes de carácter normativo general y sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, siempre que sean propuestas por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y así lo decida el Presidente de la República.

Por el contrario, siempre deberán someterse a la EAE los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen.⁴⁴

En seguida, el mismo artículo 7º bis, señala que la elaboración de las políticas y planes contemplará dos etapas, la de diseño y la de aprobación. En la etapa de diseño, el organismo que dictará la política o plan, deberá considerar los objetivos y efectos ambientales del instrumento, así como los criterios de desarrollo sustentable de los mismos. En la etapa de aprobación se deberá elaborar un anteproyecto de política o plan que contendrá un informe ambiental, que será remitido al Ministerio del Medio Ambiente para sus observaciones, para luego ser remitido a consulta pública por parte del organismo responsable.

Finalmente, el artículo 7º ter señala aquellos aspectos de la EAE que deberán ser dejados al Reglamento de la EAE (REAE),⁴⁵ entre los que se consideran, además del procedimiento y plazos de la evaluación: a) los aspectos básicos a considerar durante la etapa de diseño; b) los contenidos mínimos de los Informes Ambientales de las políticas o planes; c) la forma de participación del público interesado; y d) la forma de publicidad de la política o plan.⁴⁶

Este instrumento tiene una serie de beneficios o ventajas para la gestión ambiental (Holder y Lee, 2007). Por ejemplo, se aplica antes que se elaboren los proyectos individuales, de manera que se puede influenciar el tipo de proyectos que se quiere lograr. Por otro lado, permite evaluar impactos que son difíciles de considerar a nivel de proyecto, tales como los impactos acumulativos sobre el medio ambiente, o los grandes impactos sobre la biodiversidad o el cambio climático. A su vez, permite evaluar mejor las alternativas que existen para el desarrollo de determinadas actividades, puesto que una vez que se evalúan los proyectos individuales, por regla general, hay ciertas alternativas que ya han sido descartadas.

Dichos beneficios o ventajas, en la forma expuesta, se relacionan estrechamente con la justicia ambiental y sus elementos, principalmente con los de equidad en la distribución, reconocimiento y los elementos colectivo y ecológico. En efecto, la EAE –al suponer planificación y evaluación de alternativas– acoge la dimensión distributiva de la justicia ambiental; al concretar instancias de participación para la planificación reconoce los intereses y expectativas de las comunidades afectadas; y, al considerar los impactos no aisladamente sino conjuntamente, incorpora un enfoque ecológico en la gestión del medio ambiente.

Conclusiones

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que el ordenamiento jurídico ambiental chileno contiene algunos elementos de justicia ambiental. En particular, nos hemos referido a dos instituciones jurídicas, la participación ciudadana en el SEIA y la EAE. En ambos instrumentos se pueden identificar reglas que incorporan los elementos aquí identificados como constitutivos del concepto de justicia ambiental. En particular, destacan el elemento participativo, el de reconocimiento y el colectivo. Con menor intensidad, también el elemento ecológico.

Sin embargo, es también bastante evidente la casi total ausencia de reglas o normas jurídicas que incorporen el elemento de equidad en la

distribución o dimensión distributiva de la justicia ambiental. Sin perjuicio que, como se indicó, la EAE tiene la potencialidad de incluirlo –en la medida que al evaluar un plan o programa se puede hacer cargo de los efectos distributivos de dicha planificación– está todavía por definirse si realmente será así, en la medida que aún no se dicta el reglamento de dicho instrumento de gestión ambiental, que permitirá hacer efectiva tal institución y, así, evaluar si incorpora normas que hagan realidad dicho elemento de la justicia ambiental.

Algunas normas que podrían reflejar este elemento a la EAE son, por ejemplo: la incorporación, en el listado de políticas, planes y programas que deben someterse a una EAE, de aquéllas políticas y planes que generen riesgos o impactos sobre comunidades que constituyen minorías étnicas o comunidades de bajos ingresos o, por otro lado, que impliquen la concentración de actividades contaminantes en una zona determinada; la obligación de identificar si existen alternativas que generen menos problemas de justicia ambiental que la política, plan o programa propuesto; la obligación de evaluar la distribución de los efectos de una determinada política o plan en la población; o, también, la exigencia de aprobar políticas, planes o programas en la medida que acrediten un trato justo para todas las personas, independiente de su raza, cultura o nivel de ingreso.

Lo que en este trabajo se ha tratado de establecer es que los elementos de justicia ambiental pueden incorporarse en el ordenamiento jurídico mediante reglas específicas, las que permiten hacer realidad este concepto, transformándolo en obligaciones jurídicas concretas que deben ser cumplidas. Este proceso de identificación y elaboración de normas jurídicas de justicia ambiental parece necesario si lo que se persigue es la aplicación de esta idea o enfoque en las sociedades actuales.

Referencias bibliográficas

ARNOLD, Craig. (2000). "Land Use Regulation and Environmental Justice". *Environmental Law Reporter*, 30, 10395- 10420.

BERMÚDEZ, Jorge. (2007). *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

BOSELDMANN, Klaus. (2006). Ecological Justice and Law. En Benjamin Richardson y Stepan Wood (Eds.), *Environmental Law for Sustainability* (pp. 129-164). Oxford: Hart Publishing.

BULLARD, Robert. (1996). Environmental Justice for All. En Robert Bullard (Ed.), *Unequal Protection: Environmental Justice and Communities of Color*. San Francisco: Sierra Club Books.

CARRUTHERS, David. (2008). Popular Environmentalism and Social Justice in Latin America. En David Carruthers (Ed.), *Environmental Justice in Latin America. Problems, Promise and Practice* (pp. 1-24). Cambridge, Massachusetts & London, England: The MIT Press.

CLARK, Brian D. (1997). "Alcance y objetivos de la Evaluación Ambiental Estratégica". *Estudios Públicos*, 65, 1-22.

CORREA, Cristóbal. (2012). Nueva Institucionalidad Ambiental y Participación Ciudadana ¿Es Suficiente? En *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión Ambiental Global: Presente y Futuro* (pp. 567-592). Santiago, Chile: Legal Publishing.

COSTA, Ezio y FUENTES, Paula. (2011). "La Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental". *Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental*, 3, 83-106.

DE LA FUENTE, Osvaldo y MORA, Rodrigo. (2008). Grupos de Interés y Participación Ciudadana en el SEIA: Un Enfoque Económico. En *Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho* (pp. 570-585). Santiago, Chile: Legal Publishing.

DOBSON, Andrew. (1998). *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice*. Oxford: Oxford University Press.

GARGARELLA, Roberto. (1999). *Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. España: Editorial Paidós Estado y Sociedad.

GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO (2007). *Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución*

- de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*. Ginebra: Autor.
- HERVÉ, Dominique y GUILOFF, Matías (Eds). (2010). *Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y Fundamentos*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- HILL, Barry. (2009). *Environmental Justice. Legal Theory and Practice*. Washington DC: ELI Press.
- HOLDER, Jane y LEE, Maria. (2007). *Environmental Protection, Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KRIEG, Eric y FABER, Daniel. (2004). "Not so Black and White: environmental justice and cumulative impact assessments". *Environmental Impact Assessment Review*, 24, 667-694.
- KUEHN, Robert. (2000). "A Taxonomy of Environmental Justice". *Environmental Law Reporter*, 30, 10682-10711.
- MEUNIER, Pamela. (2004). La Participación Ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental Chileno. En *Actas Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas, Jurisdiccionales y Alternativas* (pp. 51-72). Santiago, Chile: Lexis Nexis.
- NATIONAL ENVIRONMENTAL JUSTICE ADVISORY COUNCIL (2004), *Meaningful Involvement and Fair Treatment by Tribal Environmental Regulatory Programs*. Washington, D.C.: Autor.
- RAWLS, John. (1979). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica (Versión Original 1971).
- RECHTSCHAFFEN, Clifford. (2003). "Advancing Environmental Justice Norms". *University of California Davis, Law Review*, 37, 95-125.
- SALAZAR, Oriana y MOLINA, Fernando. (2006). Comités de Seguimiento, una alternativa de control ciudadano. En *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario* (pp. 125-137). Santiago, Chile: LOM Ediciones.
- SCHLOSBERG, David. (2007). *Defining Environmental Justice. Theories, Movements and Nature*. Oxford: Oxford University Press.

SCHWARTE, Christophe y ADEBOWALE, Maria. (2007). *Environmental Justice and Race Equality in the European Union*. London: Capacity Global.

SHRADER-FRECHETTE, Kristin. (2002). *Environmental Justice. Creating Equality, Reclaiming Democracy*. Oxford: Oxford University Press.

WISSENBURG, Marcel. (1999). An Extension of the Rawlsian Savings Principle to Liberal Theories of Justice in General. En Andrew Dobson (Ed.), *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability and Environmental Justice* (pp. 173-198). Oxford: Oxford University Press.

Notas

¹ Para efectos de este trabajo se entenderá por “carga” ambiental, a todo aquello que englobe tanto los costos y daños como los riesgos asociados al desarrollo de actividades que generan impactos ambientales. La idea de “beneficio” ambiental, por su parte, incluirá los servicios ambientales que un determinado ecosistema puede prestar.

² Cabe señalar que el debate en materia de justicia ambiental en Europa se ha orientado fundamentalmente hacia los aspectos contenidos en el *Convenio de Aarhus sobre el Acceso a la información, la Participación del público en la toma de decisiones y el Acceso a la justicia de medio ambiente*, suscrito en junio de 1998. Todos estos aspectos están relacionados con el ámbito procedimental de la justicia ambiental, ámbito que por lo tanto ha sido discutido y aplicado en la mayor parte de los países europeos.

³ Un ejemplo muy claro de esta tendencia se manifiesta en las diversas movilizaciones ciudadanas que han tenido lugar con el objeto de demandar mayor justicia social y ambiental en el contexto de la labor de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Ver: Carruthers, David (2008).

⁴ Aquí se alude al principio de derecho internacional ambiental denominado “responsabilidad común pero diferenciada”, acuñado por la Declaración de Río de 1992 y luego en diversos tratados internacionales, tales como la Convención Marco de Cambio Climático del mismo año y el Protocolo de Kyoto de 1997. El principio 7 de la Declaración sostiene: *Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.*

⁵ Por ejemplo, cabe transcribir la siguiente frase del Informe (2007: 19): “Distribución de impactos y de vulnerabilidades: Existen marcadas diferencias entre regiones, y las de economía más débil suelen ser las más vulnerables al cambio climático”.

⁶ Bullard, Dobson, Kuehn, Schlosberg, Shrader-Frechette, entre otros, se refieren a la teoría de la justicia como el marco teórico en el que se debe analizar el concepto de justicia ambiental. De esta manera toman como punto de partida de su análisis lo que sostienen los teóricos de la justicia. En particular se repiten las referencias a los trabajos de John Rawls, Iris Young, Nancy Fraser, Amartya Sen, Martha Nussbaum y Ronald Dworkin. No es objeto de este trabajo analizar directamente lo planteado por los teóricos de la justicia, sino simplemente indicar su influencia en el debate en materia de justicia ambiental.



⁷ La *justicia distributiva* tiene que ver con la adecuada (proporcional) distribución de los bienes y cargas sociales disponibles. Una de las consecuencias más importantes de sostener que las cargas ambientales deben ser distribuidas proporcionalmente entre los distintos miembros de la sociedad es que todo tratamiento diferenciado requiere de justificación, es decir, toda distribución desigual importará un traspaso de la carga de la prueba al discriminador. Sólo mediante el aseguramiento de éste aspecto se proveería a la gente de varias regiones geográficas, particularmente aquellas habitadas por pobres, con la presunción de que deben ser tratados igualitariamente. Véase Shrader-Frechette, Kristin (2002).

⁸ Tales elementos (la participación política y el reconocimiento) son necesarios para asegurar la existencia de instituciones y procedimientos que garanticen a todas las personas la igualdad de oportunidades en la toma de decisiones. De otra forma, las víctimas de la desigualdad de oportunidades tienen mayores probabilidades de experimentar explotación, marginalización, impotencia y violencia.

⁹ Traducción propia de la definición en inglés "*fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income with respect to the development, implementation, and enforcement of environmental laws, regulations, and policies*". Definición extraída del documento elaborado por el National Environmental Justice Advisory Council (2004).

¹⁰ Se transcriben las definiciones en inglés dadas por la EPA. "*Fair treatment*" means that no group of people, including racial, ethnic, or socioeconomic groups, should bear a disproportionate share of the negative environmental consequences resulting from industrial, municipal, and commercial operations or the execution of federal, state, local, and tribal environmental programs and policies. "*Meaningful involvement*" means that: 1) potentially affected community residents have an appropriate opportunity to participate in decisions about a proposed activity that will affect their environment and/or health; 2) the public's contribution can influence the regulatory agency's decision; 3) the concerns of all participants involved will be considered in the decision-making process; and 4) the decision makers seek out and facilitate the involvement of those potentially affected. En: Hill, Barry (2009).

¹¹ Una cita textual de la obra de Rawls que hace Gargarella y permite entender mejor el concepto de justicia de este autor es la siguiente: "El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por instituciones más importantes entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales" (1999: 35).

¹² Los "bienes primarios" de Rawls son de dos tipos: los de tipo social (como la riqueza, las oportunidades, los derechos); y los de tipo natural (como los talentos, la salud, la inteligencia), (Gargarella, 1999: 37).

¹³ Con posterioridad Rawls agrega a su teoría otros elementos, dentro de los que cabe mencionar para efectos de este trabajo, al llamado "*savings principle*", al que se hará referencia más adelante.

¹⁴ En efecto, la teoría de Rawls surge en oposición al concepto utilitarista de "justicia" que se fija más bien en el resultado del proceso distributivo.

¹⁵ Fraser identifica tres procesos relacionados con el "status" basados en la ausencia de reconocimiento. Estos son: la práctica general de dominación cultural; un modelo de no reconocimiento equivalente a ser considerado "invisible"; y la falta de respeto o la sistemática representación en estereotipos públicos y culturales.

¹⁶ La LBGMA fue modificada sustantivamente en el 2010, con el objeto hacer frente a determinados aspectos –a todas luces deficientes– del hasta entonces modelo institucional vigente, pero adicionalmente –y quizás sobre todo–, el proyecto de ley fue impulsado para hacerse cargo de las recomendaciones hechas en su momento por la OCDE. Para más información sobre los antecedentes de la reforma a la institucionalidad ambiental ver: Hervé, Dominique y Guiloff, Matías (2010).

¹⁷ En éste sentido, el mensaje presidencial que acompañaba al proyecto señalaba: "*Este principio es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que, para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la*

problemática. Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto, tal vez no con la fuerza que algunos lo hubiesen querido, o, para otros quizá consagrado con demasiada extensión. Pero ha sido necesario compatibilizar este principio con el de la responsabilidad de las opiniones.”

¹⁸ Título II, de los Instrumentos de Gestión Ambiental, Párrafo 2º, de la Participación Ciudadana, artículos 26 a 31.

¹⁹ El reglamento del SEIA ha sido recientemente modificado y sustituido por el Decreto Supremo 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente,

²⁰ Por lo tanto, la regla general es el ingreso al SEIA mediante una DIA. Así se comprueba a través de un Análisis del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en el periodo enero-marzo 2012, realizado por la Cámara Chilena de la Construcción (CCHC) con información obtenida del Servicio de Evaluación Ambiental, que señala que de la totalidad de proyectos ingresados al SEIA en dicho periodo, el 95% de ellos lo hicieron mediante DIA. Extraído de: <http://www.cchc.cl/wp-content/uploads/2012/09/Minuta-30-SEIA-marzo-.pdf> Consultado en septiembre de 2013.

²¹ Este punto, acerca del desarrollo de la evaluación ambiental en DIAs y EIAs, no se ha visto sustancialmente modificado por la ley 20.417.

²² Artículo 30 bis.

²³ Respecto los beneficios sociales, luego de un análisis etimológico y económico estos autores concluyen que en la práctica “los proyectos que podrían no reunir las características de generar un beneficio social, serían mas bien casos de laboratorio”. Por otro lado, respecto a las externalidades negativas, los autores nuevamente proponen un análisis principalmente económico, y después de identificar su relevancia y funcionalidad en el SEIA, su relación tanto con las Declaraciones como con los EIA, y la diferencia que presenta con la noción de “impacto ambiental”, concluyen que si bien en principio las externalidades negativas son immanentes a los proyectos que ingresan al SEIA, éstas podrían en el caso concreto no generarse o ser mitigadas, compensadas o reparadas, por lo cual podría presentarse el caso de un proyecto o actividad que finalmente no genere externalidades negativas, lo cual debería ser probado por su proponente.

²⁴ Antiguo artículo 28 de la LBGMA.

²⁵ Artículos 29 inciso segundo y 30 bis inciso segundo.

²⁶ Artículo 92 inciso segundo, DS 40 de 2012. Y el inciso tercero agrega que: “En caso que la evaluación de impacto ambiental haya considerado un proceso de consulta indígena de acuerdo al artículo 85 del Reglamento, el Servicio deberá abrir un nuevo proceso de consulta con aquellos grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, esta vez por treinta días, período en el cual se suspenderá el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental.”

²⁷ Artículo 96 inciso tercero, DS 40 de 2012.

²⁸ Al respecto, éste autor señala que “No se han definido en el proyecto de Reglamento los conceptos de “alteración significativa”, “que afecte a la comunidad” y “nuevos impactos significativos o aumento significativo”, por lo que consideramos que serán evaluados y definidos en la práctica por el SEA en cada caso de forma discrecional. De esta forma, podría considerar que el proyecto de Reglamento incluiría nuevas barreras a la participación ciudadana, no establecidas en la ley 19.300 basados en conceptos que quedarán en su definición final al criterio del SEA y que no poseen reconocimiento normativo”, p. 582.

²⁹ Sobre la relación entre la justicia ambiental y el principio precautorio se puede consultar, por ejemplo: Rechtschaffen, Clifford (2003); Krieg, Eric y Faber, Daniel (2004).

³⁰ A éste respecto, por ejemplo, Pamela Meunier señala: “en el sistema de evaluación de impacto ambiental, el principio de la participación queda claramente reducido a la mera información y consulta ciudadana, herramientas unilaterales de poder que, como viéramos en un principio, no constituyen propiamente participación ciudadana” (2004: 70).

³¹ Artículo 29 y 30 bis.

³² Artículo 91 en relación al artículo 95, DS 40 de 2012.

³³ Sobre todo, porque no existe ningún antecedente que permita sostener que los alcances de la obligación de “considerar” sean distintos a los de la obligación de “ponderar”.

³⁴ Sentencia causa Rol No. R-05-2013, de 16 de agosto 2013. “*Sergio Reiss Greenwood contra Dirección Ejecutiva del SEIA*”.

³⁵ En éste caso la reserva decía relación con los Anexos C y D del EIA relativos a los estudios de calidad de aire y ruido; los cuales contenían información ambiental relevante relacionada con el flujo de vehículos, emisiones atmosféricas y de ruido.

³⁶ Considerando trigésimo segundo de la sentencia.

³⁷ Se puede utilizar el mecanismo de listados, al igual que en la EIA, pero en este caso de políticas, planes y programas. Otro enfoque consiste en analizar caso a caso si éstas tienen efectos ambientales significativos. Al respecto ver: Bermúdez, Jorge (2007).

³⁸ En este caso como se trata de un área geográfica amplia, la recopilación se concentra en los elementos claves del medio ambiente, y se trata de información más general y no de detalle como en el caso de los proyectos de inversión.

³⁹ En este caso cobran especial relevancia los impactos acumulativos tanto en el espacio como en el tiempo.

⁴⁰ Aquí se plantea un problema ya que el proponente de la acción (política, plan o programa) es una autoridad pública, que debe someter la evaluación de su actividad a otra autoridad. Por lo tanto se deben establecer arreglos institucionales que permitan garantizar la revisión de la acción por una autoridad independiente.

⁴¹ Se regula en los artículos 7 bis, 7 ter y 7 quáter LBGMA, y su artículo 2 literal i) bis, la define como “*el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales*”.

⁴² Artículo 10 letra h) de la LBGMA. Se refiere a los Planes regionales de desarrollo urbano, planes intercomunales, planes reguladores comunales, planes seccionales, proyectos industriales o inmobiliarios que los modifiquen o que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas.

⁴³ Con la particularidad que las disposiciones que se aplicaban a esta evaluación eran las mismas que se establecían para la evaluación de proyectos de inversión, cuestión que no implicaba necesariamente una evaluación de las variables que deben considerarse en una EAE.

⁴⁴ Luego la disposición agrega que: “*En esta situación el procedimiento y aprobación del instrumento estará a cargo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el Gobierno Regional o el Municipio o cualquier otro organismo de la Administración del Estado, respectivamente.*”

⁴⁵ Este reglamento todavía no ha sido dictado.

⁴⁶ Respecto éste último punto, se especifica que la 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.

Fecha de recepción: 9 de octubre de 2013. Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2013.