

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS DECLARACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL⁺

Ezio Costa Cordella* Paula Fuentes Merino**

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años la institucionalidad ambiental chilena ha sufrido una serie de modificaciones y transformaciones.

En efecto, el 26 de enero de 2010 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.417 que modifica la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente, creando el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.¹

Esta ley reformó importantes aspectos en materia de regulación y elaboración de políticas, gestión, fiscalización y sanción ambientales.

Respecto del primer aspecto es pertinente destacar la creación del Ministerio del Medio Ambiente y del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, que promete ser un organismo transversal de deliberación en materia de política y regulación ambiental.

En cuanto a la gestión ambiental la nueva ley crea el Servicio de Evaluación Ambiental, (en adelante indistintamente SEA) organismo especializado en la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante indistintamente SEIA), implementando un sistema de información ambiental público. Finalmente la creación de la Superintendencia del Medio Ambiente avanza sustantivamente en materia de fiscalización y sanción.

En materia de participación ciudadana se incorporan las siguientes modificaciones: i.- Se amplía en la calificación de los proyectos a cualquier persona natural o jurídica

– antes existía sólo respecto de personas directamente afectadas y organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica; ii.- Se contempla la participación ciudadana en etapas posteriores, siempre y cuando el proyecto haya sido objeto de modificaciones sustanciales; iii.-Se modifica la causal del recurso de reclamación, siendo ahora procedente cuando las observaciones ciudadanas no hayan sido debidamente consideradas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, en circunstancias que antes la causal se refería a observaciones indebidamente ponderadas; iv.-Se establece la participación ciudadana dentro de la Evaluación Ambiental Estratégica.; v.-Se establece un período de participación ciudadana para empresas de menor tamaño que ingresan por Declaraciones de Impacto Ambiental localizadas en una área no regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y que no generan cargas ambientales; y, vi.-Se incorpora la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, para el caso de proyectos que impliquen cargas ambientales.

⁺Nota de los autores: El presente artículo fue redactado en julio de 2011, en circunstancias que el nuevo Reglamento de la ley 19300 se encuentra en Consulta Pública y respecto del cual los autores hicieron observaciones en cuanto a la legalidad de sus disposiciones relativas a la participación ciudadana.

* Abogado de la Universidad de Chile, Diplomado en Política y Derecho de la Libre Competencia y Derecho Público Económico por la Universidad de Chile, Investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Coordinador del Centro de Estudios de FIMA

** Abogada de la Universidad Diego Portales, Diplomada de Honores en Pensamiento Político Contemporáneo de la Universidad Diego Portales y abogada de la Corporación Participa.

¹ Asimismo actualmente en el Congreso Nacional se discuten dos proyectos de ley relativos a la creación de los Tribunales Ambientales (Boletín N° 6747-12/2009) y Proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (Boletín 7487-12/2011).

Como se observa, las modificaciones en materia de Participación Ciudadana si bien no son muchas, si son a lo menos innovadoras en el tratamiento de ciertas materias ambientales.

En el presente artículo nos enfocaremos a analizar específicamente una de estas modificaciones, aquella referida a la incorporación de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental (en adelante indistintamente DIA).

Consideramos que el tratamiento legal de esta materia actualmente podría generar ciertos problemas de implementación y operatividad originados en la supuesta discrecionalidad que tocaría al Servicio de Evaluación Ambiental, en lo que se refiere determinar cuándo se puede dar lugar a una etapa de Participación Ciudadana.

Veremos como a la luz de las definiciones legales y los principios de nuestro ordenamiento jurídico, esa supuesta discrecionalidad no es tal, y de qué manera la ley hace patente la posibilidad de participar en los procesos de evaluación ambiental de los proyectos que ingresen mediante DIA, un anhelo ciudadano, considerando que de acuerdo a las estadísticas del SEA, más de un noventa por ciento de los proyectos ingresan al sistema por dicha vía.

Para esos objetivos comenzaremos analizando el concepto de participación ciudadana y su importancia para el desarrollo de un buen sistema de gobernabilidad ambiental.

Posteriormente, comentaremos el marco normativo a nivel nacional e internacional que protege y resguarda dicho derecho, para luego, realizar un análisis de la historia legislativa de las Leyes N° 19.300 y N° 20.417, en lo específicamente referido a los mecanismos de participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental y los fundamentos que impulsaron su extensión a dicho instrumento.

En seguida, abordaremos los requisitos que la Ley N° 19.300 – reformada por la Ley N° 20.417- establece para la Participación Ciudadana en las DIA. Cada uno de dichos requisitos se analiza en su mérito, en la que creemos deberá ser su realidad práctica, y en su interacción con el resto de la normativa tocante a la Participación Ciudadana.

II. CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GOBERNABILIDAD AMBIENTAL

En esta sección fundamentaremos la importancia de los derechos de acceso a la información y participación ciudadana en la construcción de un adecuado sistema de gobernabilidad ambiental, estableciendo un marco conceptual que nos permitirá reconocer los principios que rigen y delimitan las características de este sistema. Todas las modificaciones y reformas que hemos esbozado en términos generales en la introducción apuntan en un mismo sentido, cual es mejorar, ampliar y fortalecer la Institucionalidad Ambiental vigente de modo de modernizar las instituciones y gestión ambiental, instalado un nuevo modelo de gestión pública: moderno, ágil, eficiente y sujeto a rendición de cuentas que permita, en definitiva, alcanzar los estándares ambientales de los países pertenecientes a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE.

Pero para alcanzar dicho cometido y tal como queda expresado en el Mensaje Presidencial de la Ley N° 20.417, mejorar los objetivos del desarrollo sustentable depende de extender buenas prácticas de gobernabilidad ambiental, particularmente en la implementación de estrategias efectivas de desarrollo sustentable inclusivo para todas las personas.²

En seguida, la Institucionalidad Ambiental debe crear necesariamente las condiciones para mejorar la gobernabilidad ambiental, la que a su vez es componente fundamental en cualquier sistema democrático.

La gobernabilidad ambiental se refiere al manejo sostenible y preventivo del medioambiente, permitiendo que la ciudadanía acceda a la información pública ambiental, que participe en la toma de decisiones, que existan normas legales claras, y que las autoridades actúen de manera transparente y responsable.

Así, tanto el Derecho de Acceso a la Información Pública como el de Participación Ciudadana son derechos esenciales para la construcción de un adecuado sistema de gobernabilidad ambiental, ya que en materia ambiental importa el cómo se toman las decisiones y quiénes participan en ella.

La crisis de representatividad que evidencia actualmente la gobernabilidad democrática también se verifica en la forma de conducir los asuntos ambientales, que al tener un latente factor de conflictividad, exigen de mayores niveles de representación y legitimidad.

En efecto, como ha quedado en evidencia con los últimos acontecimientos sociales, hace bastante tiempo ya que la participación no puede ser entendida como el sólo ejercicio del derecho a voto sino más bien demanda una mayor vinculación e incidencia frente a los asuntos de interés público.

² Historia de la Ley N° 20.417. Mensaje del Ejecutivo, pp. 5-7. Disponible en www.bcn.cl (30/08/2011). Revista de Derecho Ambiental • Año III -

La participación es un derecho necesario para el ejercicio de otros derechos, toda vez que la ciudadanía al ejercerla busca informarse e incidir en la políticas públicas que intentan a su vez satisfacer y dar solución a sus necesidades. Asimismo, cumple una segunda función ya que su ejercicio se traduce en el necesario control ciudadano y rendición de cuentas de los asuntos públicos.

Para enfrentar estos asuntos, entenderemos por Participación Ciudadana aquellas actividades voluntarias mediante las cuales los miembros de la sociedad civil, pueden intervenir fundamentalmente en tres esferas: la elección de sus gobernantes (directa o indirectamente), en la gestión pública y en el ejercicio del control ciudadano.³

Todo proceso participativo supone la presencia y respeto de ciertos principios rectores fundamentales, que orienten y evalúen su diseño y ejecución. De la coherencia y efectiva aplicación de estos principios dependerá el éxito, reconocimiento y legitimidad del proceso participativo impulsado. A continuación, presentamos dichas directrices.

A. Principios relativos al Derecho a la Participación Ciudadana

Analizaremos estos, en concordancia con lo expuesto en el Manual de Participación Ciudadana de Corporación Participa.⁴

1) Principio de Transparencia y Acceso a la Información

En virtud del primero todo lo acontecido en el marco del proceso participativo y relativo al mismo (objetivos, alcances, resultados) debe ser abierto y de público conocimiento, por iniciativa de la autoridad. La transparencia es una condición indispensable para que los ciudadanos puedan hacer seguimiento de los compromisos y acciones establecidos.

Por su parte, el Derecho de Acceso a la Información se entiende como aquel que tiene toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, salvo las excepciones legales. Los órganos del Estado, por su parte, tienen el deber de poner a disposición de la ciudadanía toda la información pública que poseen.

Ambos principios revisten importancia ya que permiten, por una parte, que el ciudadano pueda acceder a aquella información que posee el Estado necesaria para preparar su participación y permite, por otra, que puedan ejercer un verdadero control ciudadano al contrastar la coherencia entre la intención declarada por el servicio público y lo que efectivamente realiza.

2) Principio de Equidad (igualdad de oportunidades)

La participación supone que todas las personas que sean parte de un proceso tengan garantizadas la igualdad de oportunidades y de trato. No bastaría, por ejemplo, que el proceso cumpla con el principio de acceso a la información entregando los antecedentes requeridos si dichos antecedentes no serán comprendidos por su receptor debido a su alto contenido técnico.

Enseguida, para que el proceso de entrega de la información sea equitativo es indispensable que se cumplan estándares de comprensión y accesibilidad. En conformidad al principio de Equidad, un proceso participativo adecuado, exigirá entonces que el Estado o el titular realicen esfuerzos adicionales para entregar apoyo especial a algún sector.

3) Principio de No Exclusión

Se refiere a que todas las personas que puedan verse afectadas con los resultados de un proceso y tengan un interés significativo en el mismo, deben estar representadas.

De lo contrario, la exclusión impedirá contar con la visión de todos los interesados lo que dificultará la anticipación de eventuales conflictos, el logro de mejores soluciones e inclusive la implementación de las medidas acordadas por carecer de la representatividad y consenso necesarios.

³Manual de Participación Ciudadana, Corporación Participa, Santiago de Chile, 2008, p. 24.

⁴ Ibid. pp. 55-56.

4) Principio de Reconocimiento y Respeto por la Diversidad

Este principio apunta a que los participantes reconozcan y respeten la diversidad de posturas, intereses y opiniones que tendrán sobre un mismo tema. De forma tal, que dicha diversidad se traduzca en una oportunidad de comunicación, diálogo y consideración de la diferencia para generar acuerdos.

5) Principio de Receptividad

Es fundamental que en un proceso participativo exista un compromiso real por recibir, aceptar e incorporar los resultados del proceso participativo en la decisión final en conformidad al nivel de participación establecida en el diseño.

En efecto, uno de los principales motivos de la falta de interés por participar se explica en la sensación de frustración de los afectados, quienes consideran que los resultados del proceso no fueron recogidos ni incorporados en las decisiones finales.

En el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, esta sensación es recurrente para quienes participan presentando observaciones a Estudios de Impacto Ambiental.

6) Principio de Voluntariedad

La incorporación al proceso de participación debe ser libre y voluntaria, exenta de todo mecanismo de coacción.

B. Niveles de Participación Ciudadana

Una vez establecidos los principios que inspiran un adecuado proceso participativo, a continuación identificaremos los distintos niveles de participación ciudadana en la gestión ambiental dependiendo del grado de influencia de los actores en los asuntos ambientales, esto con el objeto de reconocer qué niveles existen en la gestión ambiental actual.

En primer lugar, se encuentra el nivel informativo en el cual una de las partes, el proponente o autoridades, entrega información sobre el proyecto y sus impactos. Ejemplo de esto son, los boletines, trípticos y anuncios radiales. En este nivel, la información se entrega de forma unidireccional sin posibilidades inmediatas de solucionar dudas o precisar otros aspectos.

En segundo lugar, encontramos el nivel consultivo de Participación Ciudadana como aquel en virtud del cual los interesados forman parte de un proceso durante el cual podrán entregar recomendaciones, formular observaciones y despejar dudas, sin ser obligatorio en la toma de decisiones. En este nivel se establece una relación informativa bidireccional entre los actores.

Finalmente el nivel resolutorio, el cual implica que las partes involucradas tengan el mismo grado de incidencia en la toma de decisiones. En este nivel, los participantes entregan una opinión de carácter vinculante que debe ser ejecutada por la autoridad.

En materia de gestión ambiental, la Participación Ciudadana se aplica sólo a nivel informativo y consultivo, ya que el mandato legal para los proponentes es que entreguen información oportuna y relevante acerca del proyecto en evaluación para que la comunidad pueda formarse una opinión, presentar observaciones y reclamar en caso de que no hayan sido debidamente consideradas.

Como sabemos, el propósito del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, es identificar y evaluar los impactos ambientales de los proyectos antes de su ejecución, a fin de que el sector que las promueve (público o privado) cumpla con las obligaciones ambientales que les son exigibles.

Esta función reviste de forma inherente un alto factor de conflictividad que se explica ya que en la evaluación de un proyecto o actividad existen diversos (y en la mayoría de los casos incompatibles) intereses en juego (los titulares del proyecto, la comunidad local, la ciudadanía, los servicios públicos).

5 Comisión Nacional del Medio Ambiente. Participación Ciudadana Temprana en el Marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Guía para Titulares de proyectos de inversión, Santiago de Chile, 1999, p.7.

Son numerosos los casos que dejan en evidencia la incapacidad del sistema de compatibilizar los intereses contrapuestos, por nombrar sólo algunos podríamos mencionar lo sucedido en Pascua Lama, Ralco o Hidroaysén.

Ahora bien, esta conflictividad no puede ser entendida como un elemento consustancial del proceso de participación ciudadana sino más bien como la consecuencia esperable de la concurrencia de diversos intereses frente a un asunto ambiental que genera externalidades cuya distribución es inequitativa.

En este sentido, Sabatini sostiene que “las externalidades nos hablan, por lo tanto, de que los conflictos de intereses locales -que se suscitan por la distribución azarosa, no anticipable, de las externalidades, tanto en los términos de su distribución social como espacial o territorial- son, de alguna manera, inevitables y no el resultado de que la gente o los ecologistas sean conflictivos. En suma, no es la participación la que genera los conflictos, sino las externalidades entendidas como un fenómeno objetivo con dimensiones ambientales, económicas y político-distributivas”.⁶

Enseguida y como veremos en la próxima sección, si aceptamos que las externalidades son condición intrínseca de los proyectos y actividades susceptibles de causar impacto ambiental, debemos reconocer la necesidad de implementar adecuados mecanismos de Participación Ciudadana.

Por otra parte, la comunidad que soporta las externalidades negativas debe tener un espacio de opinión e información sobre lo que se hará y cómo se hará en el proyecto. Así, para enfrentar los conflictos ambientales no basta el factor técnico, sino también el factor político que permita determinar la adecuación de esa actividad con los intereses de la comunidad local.

En suma, la Participación Ciudadana es una forma indispensable y por lo demás conveniente de tratar estos asuntos la cual trae aparejada numerosas ventajas, entre las cuales está el que los participantes conocerán sus derechos y obligaciones y con ello aumentarán las probabilidades de asumir compromisos y actuar en responsabilidad frente a estos.

Dicha participación permitirá incorporar al proceso de evaluación los conocimientos, propuestas de la comunidad local; mejorando los proyectos. Por lo demás, se promueven relaciones, diálogo, intercambio y cooperación entre la comunidad, el proponente y los servicios públicos; se fortalecen las capacidades de la ciudadanía; se amplía y canaliza la entrega de información de acuerdo a las características propias de cada comunidad, y; se reviste al proceso de toma de decisiones de transparencia y legitimidad, estableciendo relaciones armónicas con la comunidad.

Además hará posible anticipar las dificultades y conflictos y corregir errores o complementar información ausente.

Por el contrario, de no desarrollar mecanismos de participación orientados adecuadamente en los principios reseñados se arriesga un distanciamiento entre la ciudadanía y el Estado, minando la confianza y aumentando la frustración y decepción sobre el sistema político democrático en su totalidad.

C. Consagración del Derecho de Participación Ciudadana

Ahora bien, una vez establecida la importancia de impulsar y robustecer la Participación Ciudadana dentro de la gestión ambiental es necesario exponer aquella normativa tanto a nivel internacional como nacional que le otorga exigibilidad a este derecho.

En la primera dimensión – la internacional – encontramos que el Derecho de Participación Ciudadana está reconocido en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo en junio de 1992, que establece que:

6 Sabatini Francisco, Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y fundamentos. Programa de Derecho y Política Ambiental Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2010, p.216.

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población 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.”

Reconoce, seguidamente, que la mejor (y necesaria) forma de tratar los asuntos ambientales, supone la protección y promoción del Derecho de Acceso a la Información el cual impulsa a su vez la transparencia en el sistema de gobernabilidad ambiental y es requisito previo para la participación de la ciudadanía en la adopción de decisiones ambientales, lo que debe estar resguardado por un adecuado acceso al sistema de justicia ambiental que permita perseguir la protección de derechos y un adecuado resguardo de la ley.

Por otra parte, a nivel europeo el Principio 10 se ha codificado y elaborado el Convenio sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Adopción de Decisiones y Acceso a la Justicia en Cuestiones Ambientales (Convenio de Aarhus),⁷ el cual tiene por objetivo contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, garantizando los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental.⁸

A nivel nacional, en tanto, es posible reconocer la consagración de los derechos de Acceso a la Información y Participación Ciudadana en diversos cuerpos normativos.

Respecto del Derecho de Participación la Constitución Política del Estado dispone en el inciso quinto del artículo primero que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

En tanto, el Principio de Publicidad queda establecido en el artículo 8° el cual dispone que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Seguidamente consagra el principio de reserva preceptuando que, sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Asimismo, tanto el Principio de Transparencia como el Derecho de Acceso a la Información Pública están regulados en la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública publicada el 20 de Agosto de 2008. Importante avance regulatorio ya que trata con especificidad el Derecho de Acceso a la Información, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

En cuanto a la Participación Ciudadana, cabe tener presente que el 16 de Febrero de 2011, se publicó la Ley N° 20.500, Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la gestión pública, la que reconoce el derecho de todas las personas a participar en las políticas, planes, programas y acciones estatales, prohibiendo toda conducta destinada a excluir o discriminar, sin razón justificada, el ejercicio del derecho de participación ciudadana.⁹

Finalmente, la recientemente modificada Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente reconoce en el inciso primero del artículo 4° el principio participativo preceptuando que es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.

Posteriormente, en los artículos 26 y siguientes del Título II De los instrumentos de gestión ambiental, Párrafo 3° De la Participación de la comunidad en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental se regula la participación ciudadana dentro del SEIA.

Como ha sido expuesto, la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente incorporó una serie de modificaciones relativas a la participación ciudadana.

⁷ La Convención de Aarhus está abierta para su adhesión por cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas con sujeción a la aprobación de la reunión de las Partes. El Estado Chile no ha adherido a dicha Convención.

⁸ Artículo 1°, Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la adopción de decisiones y acceso a la justicia en cuestiones ambientales (Convenio de Aarhus).

⁹ Para ello se reforma el Artículo 69 de la Ley N° 18.575 Sobre Bases Generales de Administración del Estado. Revista de Derecho Ambiental • Año III

En esta oportunidad, quisiéramos enfocarnos principalmente en uno de estos aspectos, específicamente aquel referido a la incorporación de un proceso de Participación Ciudadana en la Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas (Art. 30 bis), toda vez que la antigua Ley de Bases del Medio Ambiente sólo contemplaba la participación ciudadana respecto de los Estudios de Impacto Ambiental.

D. Desarrollo de la Participación Ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

En la primera sección expusimos la importancia de consagrar la Participación Ciudadana como elemento consustancial de una buena gobernabilidad ambiental.

Posteriormente, revisamos como está idea ha tomado fuerza mediante la consagración en diversos cuerpos normativos a nivel nacional e internacional.

A continuación revisaremos, los motivos sociales, económicos y culturales que impulsaron la incorporación de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental.

La idea de impulsar una reforma en materia de Institucionalidad Ambiental comienza a gestarse en el año 1998 en el marco de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado (conocida como Comisión Jadresic).

Sumado a esto, comienzan a adquirir cada vez más notoriedad episodios de conflictividad ambiental como lo fue el del Caso Celco en el Río Cruces. Pero lo cierto es que la idea de reforma adquiere real fuerza recién el año 2005 con la Evaluación de Desempeño Ambiental realizada por el OCDE.¹⁰

En esta línea, el año 2007 la entonces presidenta Michelle Bachelet envió al Congreso un proyecto de ley que creaba el cargo de Ministro Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente en el cual encargaba al Ministro designado presentar una propuesta de rediseño de la Institucionalidad Ambiental.

Dicho encargo se cumplió el 5 de junio de 2008, fecha en la cual ingresa el Proyecto de la Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Ahora bien, con el objeto de estudiar el desarrollo y evolución de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, es necesario establecer

primeramente que si bien la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente de 1994 no contempló un período de Participación Ciudadana para las Declaraciones de Impacto Ambiental a diferencia de la Ley N° 19.300 modificada el año 2010, según la historia de la ley, el Proyecto de Ley original enviado por el Ejecutivo contemplaba la presentación de observaciones ciudadanas para proyectos que ingresarán como Declaraciones de Impacto Ambiental.¹¹

Desafortunadamente, en el primer trámite legislativo, la Comisión del Medio Ambiente del Senado, excluyó por unanimidad esta facultad respecto de las Declaraciones de Impacto Ambiental, sin reponerse en ninguno de los trámites posteriores.

La Historia de la Ley no expone mayormente los fundamentos que motivaron esta exclusión y se limita a señalar que se eliminó por “estimarse necesario”.

Como veremos, ésta situación cambió con la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, que incorpora la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental que generen cargas ambientales en las comunidades próximas.

Para entender los motivos que impulsaron la reciente reforma ambiental es conveniente revisar el Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley donde queda en evidencia el contexto político, social y económico que enmarca esta modificación.

¹⁰ Ver: Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Comisión Económica para América Latina, Evaluaciones de Desempeño Ambiental: Chile, 2005. Disponible en www.eclac.org/publicaciones/xml/2/21252/lcl2305e_indice.pdf. (30/08/2011).

¹¹ Historia de la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>. (30/08/2011).

Luego de catorce años de implementación y regulación de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, el sistema había dejado en evidencia debilidades en su funcionamiento.¹²

Como ha sido expuesto, la entonces Presidenta Michelle Bachelet destaca que el referido proyecto de ley busca avanzar en la política ambiental nacional con el fin de modernizar el sistema, otorgando mayores derechos a la ciudadanía y que para eso, es necesario fortalecer el rol del Estado y del sistema democrático.¹³ Seguidamente, expone que el ingreso de Chile a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), eleva los estándares de las políticas públicas y la calidad de nuestro crecimiento. Recordando que en materia de políticas ambientales, el Estado chileno debe someterse al escrutinio público, lo que exige actuar con eficiencia y transparencia.

El Mensaje Presidencial se refiere a la insuficiencia de la participación ciudadana señalando, que es una de las críticas habituales al actual modelo institucional. Luego, se refiere únicamente en esta materia a la reforma del proyecto referida a someter a un nuevo proceso de participación ciudadana a los Estudios de Impacto Ambiental cuyo proyecto se haya modificado sustantivamente en etapa de adenda, suspendiendo el plazo de tramitación con tal objeto.

Agrega, que un sistema de participación ciudadana transparente, informado y público puede contribuir a una mejor calidad de las decisiones, pero también a una adecuada gobernabilidad ambiental.

Según emana de la Historia de la Ley, el proyecto original de la Ley N° 20.417 enviado por el Ejecutivo no contemplaba períodos de participación ciudadana para los proyectos que ingresaran como DIAs al SEIA.

Sin perjuicio de lo anterior, en la Comisión de Recursos Naturales de la Cámara los diputados Pascal, Accorsi, Espinosa, Girardi, Briere, León y Vallespín, formularon una indicación para incorporar formalmente la realización de un proceso de participación ciudadana en las DIA mediante los artículos 30 bis y 30 ter. El artículo fue aprobado por una unanimidad de los integrantes de la Comisión.

Con posterioridad, en el Segundo Informe de la Comisión del Medio Ambiente del Senado, el Ejecutivo presentó la indicación número 412 para sustituir el artículo 30 bis. Esta indicación incorpora una exigencia para la realización de un período de participación ciudadana cual es que dicho proyecto genere cargas ambientales para las comunidades próximas.¹⁴

Esta indicación fue aprobada y quedó finalmente como una exigencia en la Ley vigente.

A fin de entender, el sentido de la indicación del Ejecutivo resulta ilustrativo reproducir lo expuesto por la entonces Ministra del Medio Ambiente Sra. Ana Lya Uriarte en la Discusión en Sala durante el Tercer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados.

En dicha ocasión, la Ministra señaló, en primer lugar, que no es de interés organizar un proceso de participación ciudadana para aquellos proyectos que no generan un impacto o una carga negativa a la ciudadanía, ambientalmente hablando.

¹²Desde el análisis político institucional, las críticas dicen relación con los siguientes aspectos: (a) Las dificultades que presenta una institución transversal en una Administración pública vertical; (b) la incompreensión jurídica y de gestión del concepto de coordinación; (c) la intervención de la autoridad política en cuestiones que son eminentemente de decisión técnica; (d) la existencia de asimetrías de información en diversos sentidos; (e) a nivel regional, la institucionalidad ambiental ha sido contradictoria con el modelo transversal; (f) la fiscalización es dispersa e inorgánica lo cual genera muchos costos; (g) la gestión local en materia ambiental es débil; (h) la utilización de los instrumentos de gestión ha sido desequilibrada (mucho Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pocas normas), e i) la normativa ambiental sectorial es, en gran medida, definida por cada sector. Mensaje Presidencial N° 352-356. Historia de la Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Disponible en www.bcn.cl (30/08/2011).

¹³ Ibid.

¹⁴ Indicación N° 412. "Artículo 30 bis.- Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate. Si durante el procedimiento de evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, ésta hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por diez días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación de la Declaración de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar que tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos. Tratándose de los proyectos sometidos a evaluación de conformidad a lo establecido en el artículo 18 ter, el plazo para la realización del proceso de participación ciudadana será de diez días. El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto. Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución. Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación. La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas". Ibidem.

En esta línea, expone que al ejecutivo le interesa llevar a la participación ciudadana a aquellos proyectos que, aunque produzcan beneficios sociales, generen cargas ambientales negativas. Finalmente, destaca que en términos prácticos, la mayoría de los proyectos generan cargas ambientales. Por lo tanto, la gran mayoría de las Declaraciones de Impacto Ambiental podrá tener un proceso de participación ciudadana.¹⁵

Con anterioridad, la Ministra entregó un dato relevante señalando que el entre 90 ó 94 por ciento de los proyectos ambientales son evaluados mediante declaraciones de impacto ambiental.¹⁶ Sin embargo, esas evaluaciones carecen por completo de participación ciudadana.

Esto explica por qué los titulares ingresaban el proyecto de forma fragmentada al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que generaba un efecto perverso en la evaluación global del proyecto.

E. Requisitos de la Participación Ciudadana en las DIA

Una vez expuesto lo anterior, en este capítulo analizaremos los requisitos que la recientemente modificada Ley No 19.300 establece para la Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, en búsqueda de entregar una interpretación a estos requisitos, que genere mayor seguridad jurídica a las partes y que se atenga a los Principios que informan el Derecho Ambiental y la Ley N° 19.300.

Lo que parece buscar la norma del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300 – relativa a la participación ciudadana en las DIA, como veremos – es que por una parte no se restrinja la participación ciudadana en aquellos casos en que hay personas que deben soportar un costo impuesto por la actividad de un tercero y por otra, no se cree un mecanismo vacío que obligue en todos los casos a llevar a cabo procesos de participación ciudadana, en el entendido de que habrá un número importante de proyectos respecto de los cuales no habrá interés por participar, generándose para los proponentes y la administración un costo que podría calificarse de innecesario.

Prima entonces, lo que quizás es una mirada equilibrada en este sentido, no imponiendo la participación ciudadana, pero sí permitiéndola y promoviéndola.

Pero además, la participación tiene una importancia estratégica para la administración del Estado y para los titulares de proyectos, pues por definición los organismos del Estado tendrán una información limitada sobre el territorio, las actividades económicas, la realidad cultural y los recursos naturales de una determinada zona que se pretenda intervenir.

La participación ciudadana le permitirá a estos órganos adquirir un nivel mayor de información y por lo tanto tomar una decisión que se encuentre más acorde a sus principios y fines legales.

Entendemos que los requisitos, en términos generales, son accesibles y dicen relación con que efectivamente haya un interés ciudadano de participar en un determinado proyecto.

El artículo 30 bis de la Ley N° 19.300 establece en su inciso primero, lo siguiente:

“Artículo 30 bis.-Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate”.

El artículo 30 bis de la Ley N° 19.300 considera cuatro requisitos para que se de lugar a la Participación Ciudadana en los casos de Declaraciones de Impacto Ambiental. Analizaremos cada uno de ellos.

1) Solicitud

El primer requisito que señala el artículo 30 bis es que exista una presentación de parte de dos personas jurídicas o diez personas naturales directamente afectadas, solicitando la participación ciudadana.

¹⁵ Historia de la Ley N° 20.417. Tercer trámite constitucional, Cámara de Diputados, pp. 1969-1970.

¹⁶ *Ibid.*, p. 1969.

La necesidad de que la presentación de la solicitud considere un número de personas u organizaciones, aún cuando nos parece cuestionable, resulta en un requisito aparentemente simple de cumplir. Lo anterior por cuanto el número de requirientes que se exige no es elevado y efectivamente lo que más probablemente ocurra es que aquellos que deseen participar sean quienes sufren las externalidades del proyecto, vale decir, personas directamente afectadas.

Respecto a este tema, suponemos que el criterio del SEA será amplio, en cuanto no puede solicitar pruebas de afectación directa, dada la complejidad técnica de las mismas y la muy probable imposibilidad que tengan los solicitantes de acompañarlas.

De exigir dichas pruebas se atentaría abiertamente contra el espíritu de la norma y contra los principios de la Participación Ciudadana, convirtiéndola en letra muerta.

En efecto, los solicitantes de Participación Ciudadana en una DIA, en la mayoría de los casos sólo tendrán una intuición fundada de ser directamente afectados por el proyecto en cuestión, ya que si ingresa mediante una DIA no se le requerirá de una información tan detallada, a diferencia de los EIA.

Luego entonces, la información relativa a los proyectos que manejen las personas que podrían ser afectadas, siempre será de muy baja calidad y probar una afectación directa, respecto de un proyecto, podría ser extremadamente complejo y presumiblemente oneroso para los ciudadanos que pretendan participar.

En lo que se refiere a las Organizaciones Sociales, no se exige esa afectación directa.

Esto quizás responda a que, teóricamente, es complejo considerar que las personas jurídicas tengan derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, puesto que a diferencia de las personas naturales, su "vida" no depende de la existencia de elementos naturales en que sustentarse.

Y pese a la primera impresión que la afirmación anterior pueda producir, en este caso es beneficioso para las personas jurídicas afectadas o aquellas que tienen por objeto la protección del medio ambiente, pues la ley no les exige estar directamente afectadas, haciendo aparentemente más simple la solicitud de participación ciudadana hecha por este tipo de personas.

Respecto a las personas jurídicas con fines de lucro, nada se dice. A pesar de que esto llama nuestra atención, no será tratado en el presente artículo.

2) Plazo

En lo que dice relación con el plazo contemplado en la ley, nos parece adecuado que este sea de 10 días desde la publicación del listado de DIA's presentadas al SEIA.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos pertinente y necesario que en el Reglamento de la Ley N° 19.300, pronto a dictarse, indique claramente los requisitos para solicitar un período de Participación Ciudadana; el número de personas que se requiere para presentar la solicitud y la fecha en que vence el plazo. Sería además recomendable que se destacaran los proyectos que son susceptibles de producir externalidades negativas, o los que de seguro las producen. Para esta materia, el SEA es el organismo más capacitado.

Enseguida, si se informa adecuadamente a la ciudadanía sobre la forma de ejercer su derecho a la Participación Ciudadana, el plazo de 10 días parece adecuado.

3) Cargas Ambientales

El tercer requisito que da lugar a la participación ciudadana en un proceso de evaluación con DIA es, que el proyecto sometido al Sistema de Evaluación, genere "cargas ambientales en las comunidades próximas".

Nos referiremos ampliamente a este requisito en la sección siguiente.

4) Resolución de la Dirección Regional o el Director Ejecutivo del SEA

Finalmente y según sea el caso, la solicitud de participación ciudadana en Declaraciones de Impacto Ambiental, requiere ser aceptada por la Dirección Regional o el Director Ejecutivo del SEA.

Ahora bien, de la expresa redacción de la norma, nos queda claro que a pesar de la utilización de la voz “puede” esta no es una facultad discrecional para estos organismos, en la medida que, deducida una solicitud de Participación Ciudadana, si esta cumple con los requisitos legales, debe necesariamente dársele lugar y decretarse la Participación Ciudadana.

Lo anterior, se desprende de una interpretación armónica de las normas a la luz de los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Por principio de racionalidad entendemos que a cualquier decisión de la autoridad –a riesgo de ser arbitraria- debe existir una justificación racional. En palabras de MacCormick; “cada acto u omisión tiene que ser justificable con alguna razón”.¹⁷

Por “Razonabilidad”, entendemos que además de un acto racional, y por lo tanto justificado, el acto administrativo debe obedecer a razones, las cuales indudablemente deberán estar dadas por el respeto a las leyes y la Constitución. Muy unido a esto, el principio de proporcionalidad, como la necesidad de que la autoridad haga una ponderación en su decisión, respecto de los bienes jurídicos en juego y las normas y principios constitucionales que se verán afectadas a la hora de tomar una decisión, de tal manera que ésta sea lo menos gravosa posible. En un examen proporcionado, el SEA tendrá siempre en juego el Derecho a la Participación Ciudadana y luego conectado con dicho derecho, podría tener otros Derechos Fundamentales y/o Principios Constitucionales, todo ello por parte de los solicitantes. En el caso de los proponentes, al menos estará siempre en juego la Libertad Económica.

Sin embargo, es innegable que la afectación de derechos de los proponentes que pueda ser consecuencia de la decisión de la autoridad en este sentido, siempre será menor, sino es de nulo impacto. La Participación Ciudadana no es vinculante y sólo exige considerar las observaciones de la ciudadanía,¹⁸ las cuales podrían modificar un proyecto si existe una colisión de derechos que obligue al Proponente a modificarlo. En ese caso, no podríamos hablar de afectación de derechos del proponente, sino de una corrección conforme a derecho. En todos los demás casos, el único recurso que deberá invertir el proponente en definitiva, es el tiempo, de tal manera que, salvo casos excepcionales, no podríamos pretender la afectación con intensidad de ninguno de sus derechos al otorgar la posibilidad de Participación Ciudadana.

Por el contrario, en caso de negarse una Participación Ciudadana que cumpla con los requisitos, la intensidad de la medida en contra del derecho a la participación de los solicitantes sería mayor, pues se estaría anulando la posibilidad de su ejercicio. Lo cual según el caso podría traer aparejado, la afectación de otros derechos. Todo lo anterior tomando en cuenta que el órgano correspondiente, enfrentado a una solicitud de Participación Ciudadana y en caso de estimar que no dará lugar a ella, tendrá necesariamente que emitir un pronunciamiento fundado respecto de dicha negativa. Entonces surge la pregunta respecto de cuáles podrían ser los motivos que podrían fundar esta negativa, sin que ella deviniera en un acto ilegal o arbitrario y cómo podría dicha negativa sortear un examen de razonabilidad y/o proporcionalidad.

En conformidad al espíritu y letra de la ley, y la necesaria fundamentación de los actos administrativos, la única fundamentación razonable y proporcionada para negar la participación ciudadana en una DIA sería la falta de concurrencia de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 30 bis del referido cuerpo legal. Cualquier otra difícilmente podría cumplir el estándar mínimo aceptable y por lo tanto adolecería de un vicio en su origen.

Así las cosas, y completando el cuadro, nos parece que si la solicitud de Participación Ciudadana cumple con los requisitos legales establecidos para ella, el órgano competente estará obligado a pronunciarse favorablemente.

F. Las Cargas Ambientales

Según lo expuesto, es posible establecer que la clave interpretativa en este sistema estará en el requisito referido a la generación de cargas ambientales en las comunidades próximas. El concepto de “carga ambiental” es un concepto nuevo, incorporado por nuestro legislador en la reforma a la Ley N° 19.300. Así entonces, la definición legal de las mismas es la que prima en este sentido.

¹⁷ MACCORMICK, N. “I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico”, en N. MacCormick e O. Weinberg, *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, 1990, p. 259

¹⁸ En efecto, el inciso final del artículo 30 bis en comento, señala que “La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas.”

A la letra, la Ley señala en su artículo 30 bis que se entenderá que “provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionen externalidades negativas durante su construcción u operación.”

Así entonces, hay un doble requisito para que los proyectos puedan ser calificados como “con carga ambiental”, que generen tanto beneficios sociales como, externalidades negativas en fases de construcción y operación.

A continuación, analizaremos ambos elementos.

1) Los Beneficios Sociales

En cuanto a los primeros, no existiendo una definición legal de “Beneficios Sociales”, podemos acercarnos a este concepto desde su etimología o de acuerdo a la utilización que se le da en la ciencia a la que es propia, la economía. Esto en aplicación de las reglas interpretativas legales consagradas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil.

Desde su etimología podríamos señalar que beneficio es, de acuerdo a la Real Academia Española, el “bien que se hace o se recibe” o la “utilidad o provecho”, mientras que social es “Pertenciente o relativo a la sociedad”.

Así entonces, el beneficio social de un proyecto será la utilidad o provecho que la sociedad recibe por consecuencia del mismo y se verá normalmente manifestado en cosas como el desarrollo económico, el empleo, el desarrollo de la infraestructura o las prestaciones que el proyecto puede prestar a la comunidad.

Esto es confirmado por el concepto propio de la economía y que encontramos por ejemplo en el “Diccionario Económico Financiero”: “Beneficio social. Beneficio que obtiene la comunidad como resultado de realizar una determinada actividad productiva. Éste se determina en relación con el valor que asigna la sociedad a los bienes producidos y a los insumos y factores productivos utilizados. Debido a la presencia de distorsiones, no siempre coinciden los valores sociales de los bienes, insumos y factores productivos, con los precios de mercado de los mismos.”¹⁹

Vale decir, el beneficio social corresponderá a todas aquellas consecuencias de un proyecto que generan un beneficio no solamente al titular del mismo, sino también, de manera directa o indirecta, a la sociedad toda. Así las cosas, salvo una difícil interpretación restrictiva de los beneficios sociales, tenemos como consecuencia lógica que la inmensa mayoría de los proyectos que se someterán al SEIA tendrán esta característica, por cuanto de la revisión de las tipologías contenidas en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, no encontramos ningún proyecto que no produzca, aunque sea en menor escala, algún beneficio social.

De hecho, nos parece que los proyectos que podrían no reunir las características de generar un beneficio social, serían más bien casos de laboratorio.

2. Externalidades Negativas

En lo que se refiere a las externalidades negativas, este concepto tampoco tiene una definición legal y es propio de las ciencias económicas. Podríamos señalar, en principio, que son costos que no han sido internalizados por la empresa, generándose distorsiones en la producción óptima del bien, en su precio y, por lo tanto, cargas soportadas por terceros.

Una definición de amplio uso es la siguiente: “Las externalidades son efectos indirectos de las actividades de consumo o producción, es decir, los efectos sobre agentes otros que el originador de tal actividad que no funcionan a través del sistema de precios.”²⁰

¹⁹ Ver Shrader - Frechette, K., ob. cit, p. 28.

²⁰ LAFFONT, J.J. “externalities.” The New Palgrave Dictionary of Economics. Second Edition. Eds. Steven N. Durlauf and Lawrence E. Blume. Palgrave Macmillan, 2008. The New Palgrave Dictionary of Economics Online. Palgrave Macmillan. 29 de Marzo de 2011.

Otra definición interesante es la siguiente: “Podemos definir las externalidades como la imposición por parte de un agente económico a otro de un daño (externalidad negativa) o de un beneficio (externalidad positiva), valorable económicamente, por los que el causante no paga o recibe una compensación económica.”²¹

El ejemplo que siempre se da en teoría económica es el de la contaminación. Esta es producida por un proyecto, pero normalmente tendrá que ser soportada por terceros ajenos a ese proyecto, con los correspondientes costos para su salud, sus propios proyectos, etc. y sin que haya un pago por soportar dicho costo y por lo tanto sin que este se vea reflejado en el precio del bien producido por el proyecto que genera la contaminación.

Las externalidades negativas son usualmente comprendidas dentro de las llamadas “fallas de mercado”, concepto que abarca aquellas áreas grises de la economía; las ineficiencias que se producen en la distribución de costos y beneficios dentro de un mercado. La necesidad de mitigar o eliminar las fallas de mercado deviene, en nuestro sistema económico, en un deber de la legislación (sin perjuicio del deber del Estado de proteger el Patrimonio Ambiental).

La idea de evitar las externalidades negativas de los proyectos, está recogida desde el comienzo en nuestra Ley N° 19.300, bajo el principio llamado “el que contamina paga”²², principio que a su vez fue tomado de la Declaración de Río de 1992.

Vemos manifestaciones permanentes de dicho principio en diversas normas, e incluso podríamos decir que el propio Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tiene un fuerte componente en este sentido. Lo que se busca es que los impactos de un proyecto no devengan en externalidades, sino que siendo conocidos previamente por la autoridad y la ciudadanía, éstos sean internalizados, lo que en términos generales se intentará mediante los planes de mitigación, compensación y reparación.

Pero, luego de este proceso seguirán existiendo algunas externalidades negativas, aún cuando ellas, al estar reguladas y cumplir con dichas regulaciones, puedan ser calificadas como de externalidades socialmente aceptables.

Lo anterior, por cuanto las medidas de mitigación, compensación o reparación no significarán una eliminación de los impactos –y por lo tanto de las externalidades– sino en el mejor de los casos una disminución de ellos al ajustarlos a las normas vigentes.

a) Todo Proyecto sometido al SEIA tiene externalidades negativas

Dijimos anteriormente que el SEIA tenía mucho de manifestación del principio de “el que contamina paga” y en ese sentido tenía mucho de sistema de prevención de las externalidades negativas. En efecto, un proyecto ingresa al sistema porque hay una presunción de que podrá provocar estas externalidades, de ahí las causales de ingreso de los artículos 10 y 11 de la Ley N° 19.300.

El artículo 10 señala ciertas tipologías de proyectos respecto de las cuales se tiene dicha presunción, obligando a esos proyectos a ingresar al sistema.

Lo anterior surge de la interpretación sistemática de las normas de la Ley N° 19.300, la atención a sus principios, los fines del SEIA y en especial del análisis del encabezado del artículo 10 y de la definición de impacto ambiental, contenida en el artículo 2 letra k).

El artículo 10 señala en su inicio que: “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:”, para luego enumerar las tipologías de proyectos que obligatoriamente deben someterse al SEIA. En esa norma encontramos la presunción legal de que los proyectos contenidos en los literales del artículo 10°, son proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental.

²¹ GUTIÉRREZ Junquera, Pablo. “Curso de Hacienda Pública”. Ediciones Universidad de Salamanca, 2° Edición, Octubre de 2006, p. 155.

²² Mensaje número 387-324 de 14 de septiembre de 1992, señala entre sus principios el de “el que contamina paga”, especificando entre otras cosas que este “En efecto, se funda en la idea de que el particular que actualmente contamina o que lo haga en el futuro, debe incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación.” “Historia de la ley 19300”, disponible en www.bcn.cl, p. 15 (30/08/2011).

El impacto ambiental por su parte, si no es internalizado en los costos del proyecto, será una externalidad negativa. En efecto el Impacto Ambiental es definido en el artículo 2 letra k) como “k) Impacto Ambiental: la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada.”

La afectación del Medio Ambiente implica necesariamente un costo que debe ser soportado ya sea por ciertas personas puntuales, o por la sociedad toda. Ese impacto no es inocuo. Estamos aún en una etapa de pre-evaluación: la Ley describe proyectos que a su juicio impactarán o impactarían el medio ambiente; existiendo o no existiendo el sistema. Luego crea el sistema y obliga a esos proyectos a someterse a él, evaluar su factibilidad ambiental y cumplir ciertos estándares.

Lo más probable es que al instalar el sistema, las externalidades negativas de los proyectos hayan tendido a disminuir por la existencia de un incentivo irrenunciable frente a ellos; la necesidad de obtener una Resolución de Calificación Ambiental favorable, de manera de poder operar legalmente. Esto sin embargo, no significará la desaparición de dichas externalidades, como veremos.

Con todo, podríamos interpretar que cualquier proyecto sometido al SEIA es un proyecto que tiene aparejado algún tipo de externalidad negativa, eso es lo que precisamente justifica y obliga su ingreso al sistema. Luego, es el titular del proyecto el obligado a romper ese esquema, esa presunción y a demostrar que su proyecto cumple con la normativa ambiental, no genera impactos o externalidades, o las compensa, mitiga o repara.

b) Impacto ambiental y Externalidad Negativa

Todo impacto ambiental es en principio una externalidad negativa y por eso es que analogamos ambos conceptos aún cuando ellos pertenecen a planos distintos, siendo uno eminentemente normativo y el otro eminentemente económico.

Dado que en nuestra normativa los impactos ambientales están permitidos, al menos en ciertas magnitudes, de manera que resulta evidente que ellos no se internalizarán en los costos de un proyecto, por ser innecesario y económicamente (y/o técnicamente) ineficiente. Así entonces, tenemos el primer tipo de externalidades que subsistirán, que son aquellas ligadas a impactos permitidos y que no tengan medidas de mitigación, compensación o reparación.

Dentro de este tipo encontramos también las que podríamos llamar como “de internalización global”, que son aquellas cuyos supuestos costos son internalizados mediante una vía indirecta como son las tasas o impuestos. En estos casos tenemos un aumento de costos para el titular de un proyecto, que podría finalmente ser reflejado en el precio – dependiendo de la elasticidad de la oferta y la demanda – o que hace ineficiente ciertas actividades productivas, a las cuales no nos referiremos por que al ser ineficientes no se realizarán y por lo tanto no ingresarán al SEIA.

Pero no necesariamente existe una disminución de los costos de quien recibe la externalidad negativa, siendo que ese agente tiene que asumir esos costos y por lo tanto, aun habiendo sido compensada la externalidad sigue latente.

Lo mismo puede suceder en el segundo tipo de externalidades que subsisten, que son aquellas que aun habiendo sido compensadas, reparadas o mitigadas por el titular, siguen imponiendo un costo indebido a un tercero porque dichas medidas no van en directo beneficio de personas directamente afectadas, o no alcanzan a llevar el costo/beneficio a suma cero.

Entonces, salvo casos en que un proyecto genere cero impacto – cosa extremadamente improbable en las tipologías del artículo 10 – las externalidades negativas serán parte integrante de los proyectos sometidos al SEIA, tanto al ingresar a este, como al terminar su evaluación con una RCA que los apruebe.

Esto redundo en lo que hemos dicho, todo proyecto sometido al SEIA tiene una externalidad negativa latente, presunta. Todo proyecto contenido en el artículo 10, es susceptible de causar Impacto Ambiental.

En los casos en que no existan dichas externalidades, será el proponente quien deberá probarlo.

c) Externalidades Negativas en las DIA y EIA

El artículo 11 de la Ley N° 19.300²³ por su parte, no es más que un listado de externalidades negativas susceptibles de ser provocadas por proyectos, dejando (en principio) en manos del titular la determinación de si provocará alguna de esas externalidades y por lo tanto debe someterse al sistema mediante un Estudio de Impacto Ambiental.

Pero este listado tiene una particularidad, no sólo enumera algunas posibles externalidades negativas, sino que además señala ciertas magnitudes.

En general esas externalidades deben ser significativas o representar un riesgo, dejando finalmente en manos de la administración la posibilidad de definir cuándo esas externalidades o impactos son en efecto significativos o representan un riesgo. De ello se ha hecho cargo el Reglamento de la Ley N° 19.300 y otras normas complementarias.

Luego entonces, la línea divisoria entre los proyectos que ingresarán al SEIA mediante un EIA o mediante una DIA, estará dada por la magnitud de las externalidades negativas de dicho proyecto, no por el hecho de presentar o no las características propias de un generador de externalidades negativas. Si la magnitud supera cierto límite fijado por la administración con arreglo a la ley, entonces deberá someterse a un EIA. Si está bajo dicho nivel, podrá ingresar mediante DIA.

Lo anterior en ningún caso significará que los proyectos que han ingresado mediante DIA no provoquen externalidades, sino sólo que las provocarán en magnitudes aparentemente menores. En efecto, y como venimos diciendo, la ley hace una presunción de que los proyectos que se someten al SEIA tienen una potencial externalidad negativa y esa es precisamente la razón por la cual los obliga a someterse a esta evaluación.

d) Proyectos DIA sin externalidades negativas

Como hemos visto, la Ley presume que un proyecto que ingresa al SEIA viene cargado con externalidades y por ello lo hace ingresar al sistema. Sin embargo, es perfectamente posible que algunos de dichos proyectos ingresados mediante DIA no presenten esta característica y por lo tanto no sean susceptibles de Participación Ciudadana.

Lo más probable es que de no existir externalidades negativas, tampoco haya personas interesadas en la Participación Ciudadana y por lo tanto nunca sea necesario hacer este análisis, pero entendemos que podrá haber algunos casos en que sea necesaria.

Creemos que en esos casos, será el titular del proyecto el que deberá alegar frente a la Dirección Regional o el Director Ejecutivo del SEA, el mérito de la resolución que da lugar a la Participación Ciudadana, entregando para ello los antecedentes suficientes que prueben que el proyecto no presenta externalidades negativas. Cumplido lo anterior y rota la presunción legal por parte del proponente, el órgano competente debiera reconsiderar su decisión.

En este sentido, creemos que es fundamental que se establezca algún tipo de procedimiento en el Reglamento de la Ley N° 19.300 que regule solicitudes como la anterior y que respetando las reglas mínimas del debido proceso, de una solución a controversias de este tipo.

De lo contrario, presumiblemente habrá que recurrir a las herramientas de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo o a Acciones Constitucionales. En ambos casos, el cronograma que el SEA intentará establecer para las evaluaciones se verá muy alterado, cosa que sería preferible que estuviese considerada con anterioridad por la autoridad. En ambos casos además, se perjudica la certeza jurídica de los actores del proceso.

23 Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

e) Participación Ciudadana en DIA de empresa de menor tamaño

Aunque excede el propósito del presente trabajo, es necesario referirnos al artículo 18 quáter²⁴ de la Ley N° 19.300, en cuanto este se refiere a la posibilidad de las empresas de menor tamaño de someterse a un proceso de evaluación y certificación de conformidad respecto de la normativa ambiental. Dicho proceso tiene como requisito la inexistencia de cargas ambientales y establece la posibilidad de un período especial de Participación Ciudadana en los casos en que no existan instrumentos de planificación territorial vigentes.

Entendemos que cuando una empresa de menor tamaño quiera someterse al proceso del artículo 18 quáter, deberá primeramente y junto con la presentación de la DIA, probar que su proyecto no genera cargas ambientales, pues es un presupuesto para llevar a cabo el proceso de Certificación al que se refiere dicho artículo.

En los casos en que genere cargas ambientales, no podrá certificarse y en lo que se refiere a Participación Ciudadana, tendrá el mismo tratamiento que cualquier otro proyecto. Es importante este artículo por cuanto la discusión sobre si se generan o no cargas ambientales será previa a lo que puede ser en otros procedimientos, ya que acá el titular deberá ingresar su solicitud con la justificación de por qué ésta no produce cargas ambientales, de manera que le sea aprobada.

Con lo anterior, se excluirá la posibilidad de que haya un período de Participación Ciudadana, salvo en los casos que señala el mismo artículo.

Más allá de lo estrictamente ligado a la Participación Ciudadana y teniendo en cuenta lo que hemos venido analizando a lo largo de este artículo, nos parece muy difícil que se aplique este artículo 18 quáter, en cuanto a los pocos proyectos que podrán cumplir con el requisito de no generar cargas ambientales y tener que someterse al SEIA.

III. CONCLUSIONES

Como ha quedado expuesto, una adecuada Institucionalidad Ambiental debe promover y fortalecer las condiciones necesarias para mejorar el sistema de gobernabilidad ambiental, entendido como aquel manejo sostenible y preventivo del medio ambiente, que permite a la ciudadanía acceder a la información pública ambiental y participar en la toma de decisiones en el marco de una normativa ambiental clara en la cual las autoridades actúan de manera transparente y responsable. En este sentido, los derechos de Acceso a la Información Pública y Participación Ciudadana son esenciales.

La recién modificada Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente incorpora la participación ciudadana dentro del proceso de evaluación de las Declaraciones de Impacto Ambiental que genere cargas ambientales para las comunidades más próximas.

Para que este proceso participativo sea exitoso deberá regirse por principios rectores fundamentales que orienten su diseño y ejecución como lo son el principio de transparencia y acceso a la información, el de equidad, de no exclusión, de reconocimiento y de respeto por la diversidad, receptividad y voluntariedad.

La participación ciudadana es una forma necesaria y conveniente de tratar los asuntos ambientales, toda vez que éstos incorporan inherentemente elementos de conflictividad que colisionan con los diversos intereses involucrados.

Así, si bien reconocemos que el desarrollo de un proceso participativo no es fácil, es necesario. Por lo demás, resulta altamente recomendable enfrentar la eventual conflictividad desde un escenario dialogante y participativo, puesto que, con seguridad, los beneficios serán comparativamente superiores a los costos que se generarán de no realizarse un proceso participativo que cumpla con los estándares ya reseñados.

24 Artículo 18 quáter.- Si el titular del proyecto es una empresa que según la ley califica como de menor tamaño y debe presentar una Declaración de Impacto Ambiental podrá comprometer a su costo, someterse a un proceso de evaluación y certificación de conformidad, respecto del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al proyecto o actividad. En este caso, la Comisión establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, observará el siguiente procedimiento: a) Verificará si el proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, en el plazo de 10 días contado desde la presentación de la Declaración. b) En caso de no requerir un Estudio de Impacto Ambiental, procederá al registro de la Declaración, siempre que el proyecto se encuentre localizado en un área regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y no genere cargas ambientales. c) Si el proyecto o actividad se localiza en un área no regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y no genera cargas ambientales, abrirá un período de participación ciudadana, en el que citará a una audiencia especial a lo menos a tres organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica vigente, cuyo domicilio legal se encuentre en aquellas comunas en que el proyecto o actividad se emplazará. Dicho período no se extenderá más de 10 días, debiendo levantarse un acta por un ministro de fe en donde consten los compromisos con la comunidad. Finalizada dicha etapa, procederá a su registro. d) El registro consistirá en la anotación del proyecto o actividad, en el que debe constar el lugar del emplazamiento, la caracterización de la actividad, tiempo de ejecución de las obras y el proyecto, indicadores de cumplimiento de la certificación de conformidad y compromisos asumidos por el proponente con la comunidad. e) Realizado el registro una copia de la Declaración, que contendrá las observaciones de la ciudadanía, cuando correspondiere, será visada por el Servicio de Evaluación Ambiental y hará las veces de Resolución de Calificación Ambiental para todos los efectos legales."

Según lo expuesto en este artículo si bien el derecho de Participación Ciudadana se encuentra amparado a nivel normativo tanto nacional como internacional, sólo ha sido incorporado, con la actual reforma ambiental, en la evaluación de las DIAs. Por lo anterior resulta del todo atingente, desarrollar una interpretación sobre el tratamiento establecido en esta normativa respecto del derecho de Participación Ciudadana.

Hemos señalado, en primer lugar, que las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental deberán (no podrán) decretar la realización de un proceso de participación ciudadana siempre que los solicitantes cumplan íntegramente los requisitos consagrados en el artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, a saber, número mínimo de solicitantes y dentro de un determinado plazo.

Enseguida y en conformidad a la interpretación armónica de los artículos 10 y 11 del referido cuerpo legal, la existencia tanto de los beneficios sociales como las externalidades negativas (elementos de la carga ambiental) se presumirán en todos los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y por tanto, tocará al titular del proyecto (y no al solicitante) probar la inadmisibilidad del referido período de participación ciudadana por la no ocurrencia de alguno de los requisitos que configuran la carga ambiental.

En este escenario, a nuestro juicio, el SEA tendrá que dar lugar siempre a la participación ciudadana que sea solicitada en cumplimiento a los requisitos legales. Asimismo, el SEA deberá crear los mecanismos que permitan resolver las controversias que se generarán en aquellos casos en los que el titular del proyecto considere que la Declaración en estudio, no produce cargas ambientales. Esperamos que estos mecanismos sean abordados en el próximo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.