

Revista de Derecho Ambiental. Año IV N° 6.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La *Revista de Derecho Ambiental*, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Director Responsable

Prof. Sergio Montenegro Arriagada

Editor Responsable

Jorge Ossandón Rosales

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción
Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso
Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile
Dra. Pilar Moraga Sario, Universidad de Chile
Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad Católica de Temuco
Dr. Jaime Tijmes, Universidad de La Frontera

Revista de Derecho Ambiental (en línea)
Centro de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho. Universidad de Chile
Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile
+562 29785354

cda@derecho.uchile.cl

<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



**(In)justicia ambiental en Chile y principales mecanismos para mitigar la inequidad:
planificación territorial y derechos de comunidades vulnerables**

*Environmental (un)justice in Chile and main mechanisms to mitigate inequality: land
use planning and rights of vulnerable communities*

Paloma Infante

Abogada, U. Chile

Mg. en Derecho Ambiental, New York University

palomaim@yahoo.com

Resumen: El presente trabajo describe las principales herramientas para mejorar y equilibrar la distribución de los impactos ambientales de un proyecto o actividad, desde la perspectiva de la justicia ambiental. Para lo anterior, primero se define justicia ambiental y se hace referencia a los orígenes del concepto, su inclusión normativa y la experiencia comparada. Posteriormente, el artículo se refiere al estado de la justicia ambiental en Chile y a algunos instrumentos políticos y regulatorios que abarcan de manera indirecta el concepto. Finalmente, se analizan la planificación territorial y la integración normativa del concepto de comunidades vulnerables, como los principales mecanismos para que exista mayor equidad ambiental. Con respecto al reconocimiento de comunidades vulnerables, se revisan a su vez sub-mecanismos derivados de dicho reconocimiento, tales como el acceso a la información, el equilibrio en las capacidades negociadoras de las partes y la participación ciudadana, entre otros.

Palabras Clave: Justicia ambiental, planificación territorial, comunidades vulnerables.

Abstract: *The paper describes the main tools in order to enhance and equilibrate the environmental impacts distribution of a project or activity, from the environmental justice perspective. First, the article gives a definition of environmental justice and refers to the origins of the environmental justice movement, its normative incorporation and the comparative experience. Then, the article focuses on the environmental justice in Chile and on some legal tools, policies and regulations that indirectly integrates the environmental justice concept. Finally, the paper analyses two main regulatory tools associated to the environmental justice enhancement: the land use planning and the overburdened communities rights. In connection with the legal recognition of the overburdened communities concept, the paper reviews sub-mechanisms connected to the overburdened communities rights, such as the access to the information and a level the playing field in the negotiations processes, among others.*

Key Words: *Environmental justice, land use planning, overburdened communities.*

Introducción

La justicia ambiental es un concepto amplio que aborda diversos temas, que van desde la participación ciudadana hasta la planificación territorial, pasando por políticas, capital social y estructura de la regulación ambiental, riesgos para la salud de la población e incluso, cambio climático. Sin embargo, el eje transversal de todas estas ideas tiene que ver con cómo las comunidades vulnerables son las más afectadas con el desarrollo de ciertos proyectos, actividades e instalaciones, desde el punto de vista ambiental. En otras palabras, la justicia ambiental hace referencia a la relación que existe entre medio ambiente y los derechos humanos, al medio ambiente en su relación con el hombre y, específicamente, con quienes deben soportar las cargas de manera desproporcionada.

No es novedad que las comunidades más negativamente impactadas por las actividades y el desarrollo sean aquellas que, en general, han sido excluidas del proceso de toma de decisiones, ya sea de manera intencional, ya sea por falta de recursos o por la estructura regulatoria que se aplique. Tampoco es novedad que dichas comunidades sean las más vulnerables desde un punto de vista socioeconómico. Dado lo anterior, existe especial atención desde una óptica discursiva, pero faltan herramientas concretas que permitan subsanar la discriminación ambiental.

Es relevante tener presente que la justicia ambiental no persigue re-distribuir los impactos entre los miembros de la sociedad para que todos reciban “la misma cuota de impactos”, sino que lo que se pretende es lograr la igual protección frente a riesgos ambientales y la minimización de éstos (principio preventivo). Las comunidades que se han visto constantemente vulneradas no tienen problemas compartimentados -no separan la localización de los desechos peligrosos cerca de su casa, del hecho de que no tengan acceso al sistema de salud o no haya escuelas para sus hijos, ni trabajos, ni veredas- y la razón de esto es que la calidad de vida de dichas comunidades se ve afectada por causas políticas, económicas y sociales que están interconectadas¹.

Como revisaremos a continuación, la justicia ambiental es una institución que busca mitigar o nivelar la desigual distribución de cargas ambientales, gatillada por una serie de factores sociales tales como el racismo, la “commodityficación” del suelo, el agua, la energía y el aire, la falta de una institucionalidad clara y la ausencia del empoderamiento ciudadano. Diversas son las teorías sobre las cuales se basan las causas de las injusticias generadas: la planificación territorial, el mercado, la regulación ambiental y la forma en que esta se genera, las instancias de participación no vinculantes, el desequilibrio en la capacidad de negociación de las partes, y la discriminación racial y de clases. En nuestra opinión, la falta de justicia ambiental es multi-causal y tiene su origen en una combinación de factores convergentes. Son todas estas causas, en mayor o menor medida, y dependiendo del caso concreto, las que generan la discriminación.

En Chile, cada vez se hace más presente la noción de justicia ambiental y existe un reconocimiento político y social al problema de la injusticia; sin embargo, aún falta un

¹ RECHTSCHAFFEN, C., GAUNA, E. y O'NEILL, C. 2009. Environmental Justice. Law, Policy and Regulation (second edition), Carolina Academic Press, p.13.

reconocimiento explícito y normativo. Ciertas regulaciones (especialmente las que tienen que ver con la reforma a la institucionalidad ambiental y el ordenamiento del territorio) han abordado algunos de los elementos claves de la justicia ambiental², pero aún falta mucho camino por recorrer. No obstante, Chile se encuentra en un estadio político e institucional ambiental apropiado para asumir la integración del concepto. La ciudadanía está cada vez más empoderada y participativa, y existe una intención política de avanzar en estos temas. Asimismo, actualmente se encuentran en elaboración y/o discusión algunos proyectos de ley y estrategias de participación que permitirían la integración de herramientas claves para avanzar hacia una justicia ambiental, como por ejemplo la modificación de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional en relación con la planificación del uso de suelo -en particular, la creación de los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (PROT)-, la discusión acerca de la Política Nacional de Ordenamiento Territorial, y los Programas de Recuperación Ambiental y Social en las comunas de Huasco, Quintero y Puchuncaví. Por otra parte, a tres años de la entrada en funcionamiento de las nuevas instituciones ambientales creadas por las Leyes N° 20.417 y 20.600 (Superintendencia del Medio Ambiente, Tribunales Ambientales y Servicio de Evaluación Ambiental³), ha surgido una reflexión acerca del rol que cumplen éstas en la justa distribución de los impactos ambientales y en la capacidad de la ciudadanía de participar y acceder a los procedimientos.

A partir de las falencias de la justicia ambiental en Chile, en el entendido que este es un problema que aborda una serie de factores y cuyas respuestas a su vez también son diversas, el presente trabajo describe de manera específica dos de las principales herramientas que pueden servir para combatir la injusticia. En primer lugar, la planificación del territorio en el país, en relación con la regulación inorgánica y poco vinculante que existe. En especial, se aborda la actual discusión acerca de los PROT, la asociatividad comunitaria en el desarrollo de proyectos de energía, la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) y la planificación en el área rural del país. En segundo lugar, se aborda el concepto de comunidades vulnerables como uno de los ejes claves en el desarrollo de la noción de justicia ambiental. El presente trabajo propone incluir de forma explícita la definición de comunidades vulnerables en la regulación, con el objeto de tener especial consideración en dichos grupos a la hora de evaluar proyectos, definir los usos de suelo, establecer mecanismos de acceso a la información, etc. Por medio de este reconocimiento, se derivan una serie de sub-mecanismos que pueden lograr hacer efectiva la equidad ambiental, tales como la creación de fondos de participación, la incorporación de mediadores en los procesos de evaluación ambiental, y el acceso a la justicia ambiental.

² HERVÉ, D. 2010. Noción y Elementos de la Justicia Ambiental: Directrices para su Aplicación en la Planificación Territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica. *Revista de Derecho*, Vol. XXIII N° 1, pp. 9-36.

³ Aún se encuentra pendiente la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas del Estado, que se encuentra actualmente en proceso de consulta indígena del proyecto aprobado en Sala del Senado.

1. Concepto de Justicia Ambiental y orígenes del movimiento en Estados Unidos

La Justicia Ambiental ha sido definida por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA, por sus siglas en inglés) como “el trato justo y la participación significativa de la comunidad en el desarrollo, implementación y exigibilidad de las leyes, regulaciones y políticas ambientales, sin importar su raza, color, sexo, nacionalidad o ingresos”⁴. A contrario sensu, la falta de un trato justo y abuso de poder, implica que las comunidades vulnerables y de bajos ingresos sufran los efectos ambientales negativos de una actividad. Los principales elementos de la justicia ambiental son: (i) la equitativa distribución de las externalidades ambientales, tanto positivas como negativas, (ii) la justa y significativa participación de la comunidad en el proceso de la toma de decisiones ambientales; (iii) el reconocimiento de los sistemas de vida de las comunidades, el conocimiento local y cultural que tengan sobre el entorno y las diferencias entre éstas; y (iv) la capacidad de las comunidades e individuos de vivir y relacionarse en comunidad⁵.

De acuerdo al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la justicia ambiental aborda las relaciones dinámicas entre pobreza, servicios eco-sistémicos y contaminación, que afectan de manera directa y desproporcionada a comunidades vulnerables. La justicia ambiental busca poner freno a los abusos de poder en relación con el uso de los recursos naturales y pretende empoderar, social y legalmente, a dichas comunidades desarrollando nuevos conceptos de sustentabilidad para asegurar una mejor calidad de vida a las generaciones futuras⁶.

La justicia ambiental nació en Estados Unidos a principios de los años 80, tras alegaciones de algunas comunidades de color que comenzaron a denunciar un racismo ambiental. A lo largo del país, las comunidades de color empezaron a oponerse a la instalación de residuos peligrosos, actividades industriales y otras actividades riesgosas en el entorno de sus comunidades. Posteriormente, el movimiento se amplió -ya no solo a una desigual distribución de impactos ambientales según raza- sino que además sumó al discurso las diferencias existentes entre comunidades ricas y comunidades pobres. Posteriormente, las autoridades comenzaron a investigar lo denunciado (por ejemplo, en 1983, la *Environmental Protection Agency Region IV* llegó a la conclusión de que 3 de los 4 mayores vertederos de residuos peligrosos estaban ubicados en comunidades afroamericanas).

⁴ Traducción 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”, NATIONAL ENVIRONMENTAL JUSTICE ADVISORY COUNCIL. 2004. Meaningful involvement and fair treatment by tribal environmental regulatory programs. [en línea] <<http://www.epa.gov/environmentaljustice/resources/publications/nejac/ips-finalreport.pdf> (29/08/2011)> p.5

⁵ SCHLOSBERG, D. 2007. Defining Environmental Justice: Theories, Movements and Nature, Oxford University Press.

⁶ PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. 2014. Environmental Justice: Comparative Experiences in Legal Empowerment Report [en línea] <http://www.unep.org/delc/Portals/119/documents/montevideo/report-implementation-forth-programme-sp.pdf>

Luego de una serie de declaraciones y controversias legales, en 1991, se llevó a cabo el Primer Encuentro Nacional de Líderes Ambientales de Color, en Washington D.C., en el cual los principios del movimiento fueron adoptados. Luego, en 1994, el Presidente Clinton firmó la *Executive Order on Environmental Justice (Executive Order 12898)*, requiriendo a todas las agencias públicas que hicieran de la justicia ambiental parte de su misión, y creando una comisión inter-agencias al respecto⁷.

Posteriormente, en 1995, la EPA dictó la “Estrategia de Justicia Ambiental”, consagrando la definición de justicia ambiental. Sobre la base de esta definición, se han establecido los lineamientos de las políticas relativas a justicia ambiental en Estados Unidos, con especial énfasis en dos dimensiones: el trato justo y la participación significativa. Dichas dimensiones demarcan las dos distinciones tradicionales de justicia ambiental en el foro académico: la justicia ambiental distributiva y la justicia ambiental participativa. Por justo trato, se entiende que ningún grupo de personas debe asumir de manera desproporcionada las consecuencias ambientales negativas del desarrollo de un determinado proyecto o actividad. Por su parte, participación significativa implica que la comunidad tenga una oportunidad de participar en decisiones sobre actividades que puedan afectar el medio ambiente o su salud, que las opiniones de la comunidad puedan tener algún grado de influencia en las decisiones de las autoridades, que las preocupaciones y cuestionamientos de las personas sean consideradas en el proceso de toma de decisiones y que las autoridades y los tomadores de decisiones faciliten la participación de las comunidades en estos procesos.

Actualmente, la justicia ambiental es una noción bastante integrada y operativa a nivel legal en Estados Unidos. En efecto, recientemente fue aprobado el Plan de Justicia Ambiental 2014⁸, que tiene como principales metas proteger la salud de las comunidades más afectadas por la sobre-exposición a impactos ambientales, empoderar a las comunidades para que tomen acciones destinadas a mejorar su salud y entorno y establecer *partnerships* con dichas comunidades.

Sin embargo, la amplia cobertura regulatoria y política que ha alcanzado la justicia ambiental en Estados Unidos no ha significado que la discriminación en este sentido haya sido superada. Un reporte del estado de la justicia ambiental del año 2007, indicaba que a pesar de los avances en la materia, millones de norteamericanos continúan viviendo, trabajando, jugando y yendo a la escuela, en ambientes poco sanos e inseguros. Más de 9 millones de personas viven en un radio de tres kilómetros de depósitos de residuos peligrosos, siendo el 56% gente de color. Los niveles de pobreza en los barrios con depósitos de residuos peligrosos son 1,5 veces más elevados

⁷ ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. 1994. Executive Order on Environmental Justice N° 12898, Sección 1-101 “...To the greatest extent practicable and permitted by law, and consistent with the principles set forth in the report on the National Performance Review, each Federal agency shall make achieving environmental justice part of its mission by identifying and addressing, as appropriate, disproportionately high and adverse human health or environmental effects of its programs, policies, and activities on minority populations and low-income populations in the United States and its territories and possessions”.

⁸ ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. Environmental Protection Agency. Plan EJ 2014. [en línea] <<http://www3.epa.gov/environmentaljustice/resources/policy/plan-ej-2014/plan-ej-2011-09.pdf>>

que en otros barrios (18% vs. 12%) y el salario anual de las personas que viven en dichos barrios es 15% más bajo (US\$ 48.234 vs. US\$ 56.912)⁹.

Finalmente, cabe destacar que luego del nacimiento del movimiento de justicia ambiental en Estados Unidos, que tuvo como origen la discriminación racial, el concepto se ha ido integrando en la discusión, primero en Europa y luego en el resto del mundo, pasando a ser los factores de discriminación la condición socio-económica y la relación entre países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo¹⁰.

2. La Justicia Ambiental en Chile

En el 2014, la Unión de Comunas de Zonas de Sacrificio de Chile¹¹ emitió un pliego de peticiones al Estado. En dicho documento se definen las zonas de sacrificio como aquellos territorios de asentamiento humano devastados ambientalmente por causa del desarrollo industrial. Esta devastación tiene implicancias directas en el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las personas; derecho a la vida, a la salud, a la educación, al trabajo, a la alimentación, a la vivienda, etc. En estos territorios el daño ambiental ha significado la situación de vulnerabilidad y empobrecimiento de las comunidades¹².

Lo que indica que en Chile existan las denominadas zonas de sacrificio es simple: algo no está funcionando. Existen zonas sobreexigidas en términos ambientales y no hay instrumentos que permitan considerar la concentración de proyectos empresariales en los territorios, ni ver sus consecuencias acumulativas¹³. Asimismo, la Unión de Comunas de Zonas de Sacrificio indicaba en el referido pliego de peticiones que una de las demandas básicas es generar estudios sobre los impactos socioeconómicos y la vulnerabilidad socio-económica y cultural de los habitantes, que pudiera abordar, con una dimensión histórica, los impactos del desarrollo industrial¹⁴.

⁹ BULLARD, R; MOHAI, P; SAHA, R. y WRIGHT, B. 2007. Toxic Wastes and Race at Twenty 1987–2007: Grassroots Struggles to Dismantle Environmental Racism in the United States. United Church of Christ Justice and Witness Ministry, Cleveland OH.

¹⁰ HERVÉ, D. y REBOLLEDO, S. 2013. La Justicia Ambiental en el Ordenamiento Jurídico Ambiental Chileno, Astrolabio N° 11. pp. 180-181.

¹¹ Integrada por las comunas de Huasco, Tocopilla, Puchuncaví, Quintero y Coronel. El diagnóstico de las comunas al respecto es que éstas son: “Comunas devastadas ambientalmente producto del desarrollo industrial, lo cual ha generado un impacto directo en la salud y el desarrollo socioeconómico de la población. Comunas con gran presencia de actividades productivas de tipo portuaria industrial, con presencia de fundiciones, termoeléctricas, celulosas, entre otras.” [en línea] <http://www.ojoconelparlamento.cl/sites/default/files/minuta/S.%25208a%25201er%2520Conclave%2520Im%2520Amb%2520y%2520Des%2520Comunal%2520Puch%252029-30.05.14.pdf>

¹² CHILE. Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile, Informe Anual de Derechos Humanos. 2014. Capítulo V Territorio y Derechos Humanos. pp. 253-267.

¹³ Ibid., pp. 253-267.

¹⁴ Primer Cónclave sobre Impacto Ambiental y Desarrollo Comunal. Puchuncaví 29 y 30 de mayo 2014. [en línea] <http://www.ojoconelparlamento.cl/sites/default/files/minuta/S.%25208a%25201er%2520Conclave%2520Im%2520Amb%2520y%2520Des%2520Comunal%2520Puch%252029-30.05.14.pdf>

En relación con la justicia ambiental, estas denominadas zonas de sacrificio corresponden además a comunidades socioeconómicamente vulnerables¹⁵, lo que es bastante ejemplificador de cómo se distribuyen los impactos en el país. En general los proyectos más invasivos en términos ambientales (entendiendo por éstos los relativos a emisiones, inmisiones, pasivos, instalaciones y acceso, entre otros) se ubican en o cerca de comunidades vulnerables. A modo de ejemplo, el 70% de los rellenos sanitarios y el 100% de las plantas de tratamiento de aguas servidas de la región de La Araucanía se localizan contiguas a comunidades indígenas¹⁶. El Informe Anual de Derechos Humanos del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile, del año 2014, abarca en su capítulo 5, de Territorios y Derechos Humanos, el análisis acerca la participación de los pueblos indígenas y del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. El informe señala que: “prácticamente todos los mecanismos de protección y procedimientos especiales de derechos humanos -tanto a nivel del Sistema Universal como en el ámbito del Sistema Interamericano- que han tenido la oportunidad de revisar la situación de los pueblos indígenas en Chile, han advertido los déficits que el Estado exhibe en relación con el respeto y garantía de los derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales”¹⁷.

Por otra parte, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) establece como causales para que un determinado proyecto o actividad ingrese como estudio de impacto ambiental, que exista reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 11 letra c, de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente); así como la localización de un proyecto o actividad en o próximo a poblaciones; recursos y áreas protegidas; sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados; o valor ambiental del territorio (artículo 11 letra d, de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente)¹⁸. No obstante, la revisión de proyectos con resoluciones de calificación ambiental aprobadas indica que estas causales se encuentran muy poco reconocidas como impactos¹⁹ y en los pocos casos en los que se reconocen, las medidas de mitigación, compensación y reparación son deficientes²⁰.

A su vez, no existe una relación directa entre los avances conseguidos a nivel institucional y legislativo en materia ambiental, y el nivel de judicialización de los proyectos que “da cuenta de las deficiencias que aún persisten en los esfuerzos destinados a articular los objetivos de

¹⁵ De acuerdo al índice de pobreza a nivel comunal según metodología de estimación por áreas pequeñas del Observatorio Social del Ministerio de Desarrollo Social de Chile, del año 2013, los niveles de pobreza en las comunas eran los siguientes: (i) Puchuncaví: 16,9%, (ii) Quintero: 14,8%, (iii) Huasco: 16,4%, (iv) Coronel: 23,1% y (v) Tocopilla: 8,5%. De acuerdo a la encuesta CASEN 2013, el promedio de pobreza en Chile es de 14,% lo que indica que 4 de las 5 comunas de las zonas de sacrificio se encuentran por sobre el promedio de pobreza de Chile.

¹⁶ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Universidad Diego Portales. 2008. Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2008. Hechos 2007. Santiago. pp. 521-528.

¹⁷ CHILE. Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile. *Op. cit.*

¹⁸ CHILE SUSTENTABLE. 2014. ¿Ley de Asociatividad? Análisis Crítico y Propuestas de la Sociedad Civil. [en línea] <http://www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2014/12/Ley-de-Asociatividad-Analisis-Critico-y-Propuestas-de-la-Sociedad-Civil.pdf>

¹⁹ De los 257 proyectos analizados por Chile Sustentable, solo 22 proyectos (13 del sector minero y 9 del sector energía) reconocen afectación a grupos humanos, sea a través de la letra c) o d) del artículo N°11 de la Ley N° 19.300.

²⁰ CHILE SUSTENTABLE, *supra*.

crecimiento económico, de la protección del medio ambiente y de los aspectos sociales del desarrollo”²¹. En este mismo sentido, la recientemente publicada Evaluación de Desempeño Ambiental de Chile (2005-2016) efectuada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), indica que “Para resolver los recurrentes conflictos ambientales [...] resultará esencial incrementar la participación de las partes interesadas y de las comunidades locales e indígenas en los procesos de tomas de decisiones”²².

En Chile no existe una consagración explícita del concepto de justicia ambiental, aunque desde hace algunos años se venga haciendo parte del discurso político. No obstante, podemos registrar que de un tiempo a esta parte existen una serie de instrumentos regulatorios, normativos y estratégicos actualmente en discusión que recogen los elementos básicos de la justicia ambiental.

3. Programas de Recuperación para Territorios Ambientalmente Vulnerables (PRAS)

El Ministerio de Medio Ambiente lanzó el año 2014 el Plan de Recuperación para Territorios Ambientalmente Vulnerables, de conformidad con el anuncio presidencial del 21 de mayo efectuado por la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, con el objeto de implementar los PRAS en las comunas de Huasco, la bahía de Quintero y Coronel (y eventualmente en otros sectores en el futuro). Para la elaboración e implementación de los referidos Programas, se crearon los Consejos para la Recuperación Ambiental y Social (CRAS) en cada una de las zonas determinadas, que están divididos en subcomisiones (Comisión de Planificación Territorial y Reparación Ambiental, Comisión Normativa y Regulación Ambiental, Comisión de Desarrollo Socio-Ambiental Local y Comisión de Salud, entre otras) cuyo objetivo es “constituirse como la instancia resolutoria y representativa encargada de liderar un trabajo multisectorial cuyo punto de partida es el diálogo entre actores del sector público, ciudadano y empresarial, que permita definir mediante un modelo participativo y vinculante los mecanismos que aseguren a los ciudadanos vivir un proceso de recuperación ambiental y social a través de la ejecución de las iniciativas que se prioricen en el Programa de Recuperación con medidas a corto, mediano y largo plazo”²³.

Dentro del proceso de creación de los PRAS, se contempla una fase de consulta pública, de forma que la propia ciudadanía priorice sus necesidades²⁴. El objetivo de los PRAS es “mejorar la calidad de vida de la población que habita comunas con conflictos ambientales históricos mediante soluciones estructurales, y transformarlas en el mediano en áreas con un

²¹ MORAGA, P. 2012. Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 39, Valparaíso. pp. 291-317.

²² OCDE. 2016. *Evaluaciones de Desempeño Ambiental. Chile. Prefacio.*

²³ CHILE. Ministerio de Medio Ambiente. [en línea] <<mailto:http://portal.mma.gob.cl/pras/>>

²⁴ CHILE. Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile. *Op. cit.* p. 253-267

medio ambiente limpio”²⁵. Actualmente, las comunas de Huasco, Quintero y Puchuncaví se encuentran en las fases finales de elaboración de los anteproyectos de los PRAS, para ser sometidos a consulta pública.

3.1 Evaluación Ambiental Estratégica

Otro claro ejemplo de cómo el concepto de justicia ambiental se ha ido incorporando de manera indirecta en la regulación chilena tiene que ver con la EAE. La EAE fue incluida en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente con la reforma del año 2010. El artículo 2 letra i) bis de la Ley define EAE 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”. Luego, el artículo 7 bis señala que: “se someterán a evaluación ambiental estratégica las políticas y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que el Presidente de la República, a proposición del Consejo de Ministros decida. En todo caso, siempre deberán someterse a evaluación ambiental estratégica 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. 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”.

La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente le entrega a un Reglamento la regulación del proceso y etapas a las que deberá someterse la EAE. El Reglamento fue publicado en el Diario Oficial con fecha 4 de noviembre de 2015, por medio del Decreto Supremo N° 32/2015, del Ministerio del Medio Ambiente. Antes de su publicación y a falta del Reglamento, la Contraloría General de la República había indicado que los instrumentos de planificación territorial que no se hubieren sometido al SEIA antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417 que incorporó la EAE, debían de todas maneras ceñirse a este procedimiento²⁶. Para lo anterior, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo en conjunto con el Ministerio de Medio Ambiente dictaron la Guía para la Evaluación Estratégica de los Planes Regionales de Desarrollo Urbano, los Planes Reguladores Intercomunales, los Planes Comunales y los Planes Seccionales.

En nuestra opinión, la EAE incorpora el concepto de justicia ambiental ya que considera el conjunto de proyectos, directrices, estrategias de desarrollo y entorno al evaluar los diversos planes y programas que tengan impacto sobre el medio ambiente y, en particular, de los

²⁵ CHILE. Ministerio de Medio Ambiente. [en línea] <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-56220.html>

²⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 78.815, de 28 de diciembre de 2010.

instrumentos de planificación territorial. Lo anterior deberá influir directamente en cómo se distribuyen los impactos a lo largo del territorio nacional, al considerar los efectos de los proyectos y actividades en conjunto²⁷, la definición de comunidades que requieran tratamiento prioritario y la consulta pública.

Por último, habrá que analizar en el futuro la aplicación del Reglamento de la EAE en relación con el tipo de comunidades localizadas en las áreas que se planifican. Como hemos indicado, consideramos de la mayor relevancia que se tomen en cuenta los aspectos de vulnerabilidad de tales grupos, ya que esto será fundamental para medir cómo los impactos se distribuyen y se reciben. Por otra parte, como señalaremos más adelante, los instrumentos de planificación territorial están limitados al área urbana del país, por lo que las zonas rurales quedan excluidas de la EAE, salvo en lo relativo a los lineamientos generales establecidos en los Planes Regionales de Desarrollo Urbano y las Estrategias de Desarrollo Regional, y en otros planes y programas que se sometan a EAE de así estimarse por el Presidente de la República a proposición del Consejo de Ministros.

3.2 Consulta Indígena

La consulta indígena es un proceso establecido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. El Convenio N° 169 es un tratado internacional ratificado por nuestro país en 2009, según el cual los Estados que adscriban a él deben consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que puedan afectarles directamente²⁸. El Estado ha dictado dos instrumentos destinados a institucionalizar el deber de consulta previa. El primero corresponde al Reglamento del SEIA y el segundo instrumento corresponde al Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que regula el Procedimiento de Consulta Indígena contemplado en el Convenio N° 169. Sin embargo, en el proceso de dictación de estos instrumentos no participaron todos los actores relevantes en el marco de la misma lógica de la consulta previa, lo que ha dado pie a algunas críticas²⁹.

En materia ambiental, la consulta indígena ha estado lejos de ser un tema pacífico y varios de los grandes proyectos han terminado en la Corte Suprema por este motivo. Los tribunales sin embargo han tenido opiniones discordantes en relación al tema. Por ejemplo, en el caso El Morro, la Corte Suprema dejó sin efecto la resolución de calificación ambiental del proyecto minero por considerar que el proceso de consulta indígena no se había realizado correctamente³⁰. Por el contrario, en el caso del proyecto Los Pumas, la Corte Suprema no se pronunció con respecto a la consulta indígena (argumento utilizado por la Corte de Apelaciones para dejar sin efecto la

²⁷ HERVÉ, D. y REBOLLEDO, S. *Op. cit.*, p. 196-199.

²⁸ Ver: <mailto:http://consultaindigena.gob.cl/>

²⁹ CHILE. Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile. *Op. cit.* p. 245-246.

³⁰ CORTE SUPREMA. Rol N° 11.299-2014 7 de octubre de 2014. La primera Sentencia es de 27 de abril de 2012, Rol N° 2211- 2012 por la que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 49 de 14 de marzo de 2011, que calificó como ambientalmente favorable el estudio de impacto ambiental del proyecto.

resolución de calificación ambiental del proyecto), indicando que estas materias eran de competencia de los tribunales ambientales³¹. Finalmente, en el caso del proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” de la empresa minera S.Q.M. Salar S.A, la Corte Suprema dejó sin efecto el fallo de primera instancia que ordenaba al titular a someterse a un estudio de impacto ambiental³², haciendo alusión al informe favorable de la CONADI en estas materias³³.

En resumen, sin perjuicio de la intención positiva del Estado de Chile por otorgar instancias especiales de participación a los grupos indígenas a través de un procedimiento particular, aun no existen criterios administrativos ni judiciales claros en relación al tema.

3.3 Participación Ciudadana en el SEIA

El reconocimiento de una instancia de participación ciudadana en el SEIA constituye uno de los mecanismos más relevantes en el marco de la justicia participativa y el acceso a la información, considerando además que a contar del 2010 se incluyó la participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental (DIA), aunque de manera limitada. Al respecto, en la doctrina se han formulado algunas críticas en contra de la herramienta de participación ciudadana en el SEIA, en cuanto no sería un mecanismo lo suficientemente inclusivo y determinante a la hora de definir si un proyecto se aprueba o no³⁴. Específicamente, se critica que: (i) la apertura de la instancia de participación en las DIAs se encuentra entregado a las autoridades que deben decidir si es que concurren los elementos exigidos por la ley³⁵; (ii) la limitación de la legitimación activa para participar en el proceso de evaluación de las DIAs a personas jurídica y personas naturales directamente afectadas; (iii) la limitación de la participación en el caso de las DIAs, cuando durante la evaluación ambiental se generen modificaciones sustantivas asociadas exclusivamente a los impactos y excluyendo los impactos imprevistos; y (iv) lo que puede ser el elemento más conflictivo, la ausencia de vinculación de las opiniones generadas por la comunidad en el proceso de participación.

³¹ CORTE SUPREMA. Rol N° 11.299-2014, 7 de octubre de 2014. Considerando vigésimo.

³² CORTE SUPREMA. Rol N° 17.120-2013, 12 de agosto de 2014. Considerando décimo séptimo.

³³ Ibid.

³⁴ HERVÉ, D. y REBOLLEDO, S. *Op. cit.*, pp. 190-196.

³⁵ El artículo 94 del Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, señala que: “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 o actividades que generen cargas ambientales para las comunidades próximas, entendiendo por éstas, aquellas ubicadas en el área donde se manifiestan los impactos ambientales del proyecto. 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 diez días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto o actividad sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate”.

3.4 Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía, del Ministerio de Energía

En el marco de la Agenda de Energía 2014, el Ministerio de Energía propuso la dictación de una Ley de Asociatividad que tenía como objetivo generar un modelo energético más inclusivo, en base a los siguientes lineamientos: (i) creación de patentes que fueran pagadas en el lugar de instalación de los proyectos; (ii) igualación de las tarifas eléctricas a lo largo del país; y (iii) establecimiento de un marco institucional que permitiera compartir los beneficios generados por el desarrollo de proyectos energéticos³⁶.

En un comienzo, se barajó la idea de que las empresas compartieran los beneficios económicos del desarrollo del proyecto con las comunidades pero fue descartada. Posteriormente, el Ministerio de Energía desechó la propuesta legal y actualmente se encuentra trabajando mecanismos administrativos enfocados en la igual tarificación de la electricidad, el pago de patentes en los lugares de instalación de los proyectos, y la participación ciudadana. En relación con este último aspecto, el Ministerio desarrolló la Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía.

La Guía tiene como objetivo sugerir un mecanismo a través del cual las empresas y los distintos actores que se ven involucrados en el desarrollo de proyectos puedan dialogar y avanzar en la generación de acuerdos que permitan un diseño armónico en todas sus dimensiones: económicas, técnicas, sociales y ambientales³⁷. El proceso de elaboración de la Guía incluyó una etapa participativa y mesas de diálogo entre los actores interesados. Destaca en particular, dentro del principio de Proceso Inclusivo establecido en la Guía, la observación relativa a que es recomendable que el titular del proyecto energético contemple mecanismos de apoyo para el proceso participativo, tales como apoyo económicos en gastos de comunicación, transporte, etcétera³⁸.

No obstante, han surgido dudas con respecto al proceso de participación que contempla el presente instrumento, en particular en relación a su compatibilidad con la etapa de participación establecida en el SEIA y la consulta indígena.

3.5 Acuerdos Voluntarios de Pre-Inversión (AVP)

Los AVP son instrumentos elaborados por el Consejo Nacional de Producción Limpia, destinados a “promover la adopción de altos estándares socioambientales por parte de proyectos de inversión, mediante la implementación temprana de procesos participativos que faciliten el

³⁶ CHILE SUSTENTABLE. *Op. cit.*

³⁷ REVISTA QUÉ PASA MINERÍA. 2015. Proyectos y Comunidades: el modelo a seguir. [en línea] <<mailto:http://www.quepasamineria.cl/index.php/galerias/item/4233-proyectos-y-comunidades-el-modelo-a-seguir>>

³⁸ MINISTERIO DE ENERGÍA. 2016. Compromiso de Diálogo. Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía.

logro de acuerdos orientados a mejorar el proyecto y sus beneficios, así como a crear relaciones constructivas de largo plazo entre empresas, comunidades locales y otros actores de interés. Para promover la adopción de altos estándares socioambientales en proyectos de inversión, se implementará un proceso de participación temprana que garantice la inclusión y representación de los actores locales y sus intereses, la incidencia e igualdad de oportunidades de quienes participen, la educación mutua, la transparencia en el acceso a la información y la legitimidad de las decisiones que se tomen.” Actualmente hay dos programas pilotos que están siendo implementados en Vallenar y Río Negro³⁹.

Los AVP podrían significar la materialización de las instancias de participación promovidas por el Ministerio de Energía en la Guía de Estándares, haciendo a ambos instrumentos compatibles, pero al igual que con respecto a la Guía, surgen dudas entre los referidos acuerdos y las instancias de participación del SEIA y la consulta indígena.

De la enumeración no taxativa de las herramientas descritas precedentemente, se desprende que hay una intención de mejorar los canales de comunicación entre comunidades, desarrolladores de proyectos y la administración pública, con especial énfasis en el desarrollo de proyectos de energía. Sin embargo, habrá que evaluar cómo los diversos instrumentos y políticas conversan entre sí, son compatibles y no redundantes; y prever que no se genere una duplicidad de trámites y gestiones que puedan sobrecargar las responsabilidades de los titulares de los referidos proyectos y actividades.

Finalmente, es necesario indicar que actualmente Chile se encuentra participando en Comité de Negociación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. El objetivo de la negociación es crear un instrumento regional sobre acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe⁴⁰.

4. Planificación territorial e inclusión normativa del concepto de comunidades vulnerables como mecanismos para mejorar el estado de la justicia ambiental en Chile

A continuación se describen dos herramientas que, en nuestra opinión, tienen la mayor relevancia para corregir la situación de la justicia ambiental en Chile: una planificación territorial adecuada y el reconocimiento de derechos especiales a comunidades vulnerables. Ambas herramientas dicen relación con el mejoramiento de ciertos mecanismos hoy día existentes, y con la inclusión de conceptos fundamentales para corregir la desigual distribución de los impactos ambientales. Estos mecanismos deben desarrollarse de manera paralela y son complementarios. Mientras la correcta determinación de los usos de suelo permite proteger a las comunidades y establecer las reglas del juego en materia de inversión de forma preventiva, el reconocimiento de comunidades vulnerables para efectos ambientales permite que los grupos más desventajados de

³⁹ CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. [en línea] <<mailto:http://www.cpl.cl/AcuerdosVoluntariosPreInversion/>>

⁴⁰ CEPAL. 2015. Segunda Reunión del Comité Negociador, Principio 10. Ciudad de Panamá, 27 a 29 de octubre de 2015. [en línea] <<mailto:http://www.cepal.org/es/temas/principio-10>>

la sociedad formen parte de la planificación, sean actores relevantes y puedan en última instancia reclamar la desequilibrada distribución de los impactos ambientales.

4.1 Planificación territorial

La planificación del uso de suelo ha sido una de las razones históricas de la injusticia ambiental, siendo descrita por algunos como la herramienta legal potencialmente más poderosa de la causa de la discriminación⁴¹. Si no hay una definición clara de dónde pueden instalarse los proyectos o actividades, de acuerdo a una la planificación territorial nacional construida bajo criterios que asuman como elemento fundamental la justicia ambiental, la discusión quedará muchas veces entregada al mercado. La teoría clásica de mercado acerca de la mala distribución de impactos ambientales descansa fundamental y básicamente en un criterio económico: en los cálculos de factibilidad de una determinada localización se contabilizan los costos del valor del uso de suelo, las demoras en caso que exista oposición de la comunidad y el valor de las compensaciones otorgadas. Por lo tanto, la conclusión razonable es que las áreas escogidas sean aquellas en donde viven personas de estratos socioeconómicos más bajos, que en general tienen menos acceso a información y menos capacidad de generar oposición y *lobby*, viven en sectores donde el valor del suelo es más bajo, y están dispuestas a aceptar compensaciones relativamente menores⁴². Lo anterior, siempre y cuando existan alternativas de instalación. En este sentido, un contra-argumento interesante dice relación con la localización de los recursos y la delimitación natural que tienen los desarrolladores para buscar alternativas de instalación (particularmente en relación con la industria extractiva).

Uno de los elementos más conflictivos relacionados con el desarrollo de un proyecto, si no el más, es su localización. Desde la perspectiva de la justicia ambiental, surgen conflictos cuando los proyectos se ubican cerca de comunidades o impactan su calidad de vida. La localización y el entorno de los proyectos no eran hasta hace poco elementos esenciales a tomar en cuenta a la hora de definir su instalación, salvo por supuesto, en relación con la ubicación de los recursos naturales de los cuales dependían. En otras palabras, la localización de un proyecto estaba casi exclusivamente determinada por su factibilidad de desarrollo o explotación, en base a elementos técnicos y de ingeniería.

Desde hace unos años sin embargo, el desarrollo de proyectos ha estado marcado por la relación de éstos con el entorno, y en particular, con las comunidades aledañas. Emblemáticos son algunos casos en los que incluso habiendo sido aprobados ambientalmente los proyectos, éstos se han paralizado (ya sea por vía judicial o convencional), por la oposición de la comunidad. No es novedad hablar de la “judicialización de proyectos”, entendida como la instancia en que los proyectos son discutidos en los tribunales de justicia, y derivada de conflictos

⁴¹ YALE, R. 1989. Expulsive Zoning: The Inequitable Legacy of Euclid. *En*: CHARLES M. HAAR y JEROLD S. KAYDEN (eds.). *Zoning and the American Dream: Promises Still to Keep*, 107, American Planning Association.

⁴² SAHA, R. y MOHAI, P. 1997. Explaining Racial and Socioeconomic Disparities in the Location of Locally Unwanted Land Uses. A Conceptual Framework. Annual Meeting of the Rural Society, Canada.

ambientales suscitados por diferentes actores involucrados en los procesos de aprobación ambiental⁴³.

El factor común de muchos de los conflictos ambientales se ha dado por la localización de los proyectos (para ponerlo en contexto, también hay conflictos ambientales relativos a los impactos negativos en determinados componentes ambientales, como la alteración de flora, fauna, aire, etcétera y, en la mayoría de los casos, los conflictos ambientales son multifactoriales). Y la pregunta que viene a continuación es: ¿pueden los proyectos instalarse en cualquier parte? La respuesta está (debiera estar) en gran medida, en los instrumentos de planificación territorial y usos de suelo disponibles y, al respecto, no hay total claridad. Lo anterior puede encontrar su origen en la escasa participación que tiene el Estado al momento de definir la ubicación de los proyectos, por una parte, y la descoordinación que existe dentro de los mismos instrumentos de planificación⁴⁴.

Actualmente coexisten en nuestra regulación una diversidad de instrumentos destinados a delinear los usos de suelo del territorio⁴⁵. Una de las consecuencias de lo anterior es que no haya comunicación y/o vinculación entre los proyectos que se pretenden desarrollar y las comunidades aledañas, debiendo soportar las comunidades las externalidades negativas que se generen, considerando además que “los costos sociales y las desventajas ecológicas del uso y consumo de los bienes naturales frecuentemente no los asumen sus usuarios sino otros grupos de la sociedad, deja entrever la dimensión social de la justicia ambiental”⁴⁶.

En Chile, los instrumentos de planificación territorial se enmarcan dentro de las áreas urbanas del país⁴⁷, y *a contrario sensu*, en las áreas rurales del país no existe planificación territorial vinculante salvo en lo que dice relación con la determinación de áreas protegidas y otros lineamientos generales relacionados precisamente con la expansión y desarrollo de las áreas urbanas (planes intercomunales). En las áreas rurales la definición de los usos de suelo es poco clara y se sujeta a una serie de instrumentos (cuando los hay) que a veces se contraponen entre sí, no se encuentran coordinados y que además no son vinculantes: las Estrategias de Desarrollo Regional y la Planificación del Borde Costero.

⁴³ Tales han sido los casos de las centrales termoeléctricas Barrancones, Campiche, Punta Alcalde y Castilla, los proyectos hidroeléctricos Hidroaysen, Ranco, Achibueno y Río Cuervo, y los proyectos mineros El Morro, Pascualama, Los Pumas y Pelambres, solo por nombrar algunos. La información acerca de la localización de dichos proyectos y las observaciones técnicas y ciudadanas efectuadas al respecto se encuentra disponible en: <mailto:http://seia.sea.gob.cl/busqueda/buscarProyecto.php>

⁴⁴ PODUJE, I.; CORDERO, L. y MARTÍNEZ, D. 2015. Políticas Nacionales, Territorios Regionales: Propuestas para un ordenamiento territorial en energía. Informe de Políticas Públicas N° 7, Espacio Público. pp. 4-6.

⁴⁵ Instrumentos de planificación territorial (planes seccionales, comunales, intercomunales), planes regionales de desarrollo territorial, estrategias de desarrollo regional, zonificación del borde costero, sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado (la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas se encuentra en tramitación en el Congreso y el proyecto aprobado por la Sala del Senado está actualmente siendo sometido a Consulta Indígena), categorías de protección especiales dadas por la Ley de Monumentos Nacionales y la Ley General de Urbanismo y Construcciones, territorios indígenas determinados por la Ley Indígena y el espacio costero marino de los pueblos originarios.

⁴⁶ KLÖEPFER, M. 2013. El Derecho Ambiental en Alemania. Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Chile 4.

⁴⁷ El artículo 1.1.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones define área rural como: “el territorio ubicado fuera del límite urbano”.

Estos instrumentos son de carácter indicativo y general y apuntan al desarrollo estratégico de las áreas que definen. Estas características los hacen poco determinantes en relación con la consideración de comunidades aledañas que puedan verse afectadas por el desarrollo de proyectos. En estos casos, la evaluación de los proyectos y actividades, la discusión acerca de sus impactos, la revisión de las sinergias en el área y la participación ciudadana, se dan en el marco del SEIA de manera casi exclusiva y, eventualmente, en los Tribunales o en la Contraloría General de la República de manera posterior a su aprobación. El problema en este caso es que la evaluación de los efectos se efectúa luego de que el agente desarrollador del proyecto ha definido la localización en su etapa de pre-factibilidad, no habiendo mucho margen para nuevas alternativas (“decidir, anunciar y defender”)⁴⁸.

Por lo anterior, la planificación territorial es fundamental, aun en las áreas rurales de nuestro país, y en particular en las zonas donde hay asentamientos humanos. Lo que hace que la planificación territorial sea una de las herramientas fundamentales para evitar la inequidad ambiental es su carácter preventivo. Por esto, es clave unificar criterios a través de todos los instrumentos de planificación, haciendo a los meramente indicativos, vinculantes. Para esto, se propone determinar los usos de suelo en todo el territorio nacional, incluyendo el área rural del país, por medio de la utilización vinculante y participativa⁴⁹ de las Estrategias de Desarrollo Regional a través de los PROT⁵⁰ y la completa zonificación del uso del borde costero⁵¹. Actualmente el Ministerio de Energía se encuentra revisando las Estrategias de Desarrollo Regional para el desarrollo de proyectos de energía. En este sentido, ya han sido aprobadas por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, la Política Energética de Chile 2050 y la Política Energética para la Región de Aysén, para ser sometidas a evaluación ambiental estratégica, conforme a lo establecido en el artículo 71 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Asimismo, está en trámite un proyecto de ley para modificar la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, en donde se estipulan nuevas formas y procedimientos para elaborar los PROT. En estos procesos de revisión hay una gran oportunidad de evaluar e incluir la definición de impactos que se generen a las comunidades aledañas a dichos

⁴⁸ PODUJE, I.; CORDERO, L. y MARTÍNEZ, D. *Op. Cit.* pp. 18-20.

⁴⁹ El Ministerio de Medio Ambiente recientemente dictó una Guía de Orientación para incorporar la dimensión ambiental en procesos de ordenamiento territorial sustentable. Dicha Guía establece algunos mecanismos unificados de participación en los PROT y en la Zonificación del Uso del Borde Costero.

⁵⁰ Actualmente, los PROT son instrumentos indicativos que reflejan los lineamientos estratégicos y las políticas regionales que se encuentran plasmadas en la Estrategia Regional de Desarrollo, armonizando las demandas sociales y económicas de la población con las funciones y requerimientos ecológicos, para el logro del desarrollo regional sustentable bajo las limitaciones y potencialidades del espacio natural. Estos planes, que tienen un horizonte temporal de mediano plazo (10 años), identifican las limitantes y potencialidades del territorio con objetivos de desarrollo sustentable. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. 2015. Guía de Orientación para incorporar la dimensión ambiental en procesos de ordenamiento territorial sustentable.

⁵¹ El Decreto Supremo N° 475, de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional, establece la Política Nacional del Uso del Borde Costero del Litoral, que tiene en sus objetivos el propender por una adecuada compatibilización de las múltiples actividades que se realizan o puedan realizarse en el Borde Costero. Para ello, se proponen cinco usos preferentes que corresponden a una macro zonificación nacional para: i) puertos, ii) astilleros y construcción de naves, iii) regularización de asentamientos humanos y caletas de pescadores, iv) recreación y esparcimiento, y v) industrias, actividades económicas y de desarrollo. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, *Op cit.*

proyectos, crear instancias de participación en la implementación de los PROT y de hacer de estos instrumentos una herramienta vinculante⁵².

En este mismo sentido, se encuentra funcionando la Comisión Interministerial de Ciudad y Territorio (COMICIVYT), liderada por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que tienen como objetivo desarrollar la Política Nacional de Ordenamiento Territorial y coordinar a los diversos servicios públicos en materia de políticas, planes y programas relacionadas con el desarrollo y ordenamiento del territorio, tanto urbano como rural, incluyendo la infraestructura necesaria para ello, con el objeto de obtener incrementos significativos en los estándares de calidad de vida y reducir las brechas en materia de equidad urbana y territorial del país.

Finalmente, es de suma relevancia que en la planificación territorial se incluyan los conceptos de comunidades vulnerables y de sinergias ambientales, como veremos a continuación.

4.2 Definición de Comunidades Vulnerables⁵³

La noción de vulnerabilidad es una de las bases del concepto de justicia ambiental. La vulnerabilidad reconoce que las comunidades desventajadas y sobre-exigidas se enfrentan a los impactos ambientales con déficits físicos y sociales pre-existentes, que muchas veces hacen que nuevos impactos sean intolerables (en general los impactos son multi-causales y multifocales tienen un efecto sinérgico significativo). En efecto, el concepto de vulnerabilidad en la justicia ambiental es el elemento que agrega la dimensión clave de considerar, en particular, al receptor del riesgo o impacto a la hora de definir que éstos son desproporcionados⁵⁴.

Se entiende que una comunidad es vulnerable en el marco de la justicia ambiental cuando es más probable que sea adversamente afectada, en comparación con el resto de la población. Hay cuatro maneras en las cuales una comunidad puede ser vulnerable⁵⁵:

- Susceptibilidad/ sensibilidad: un grupo de la población puede ser más sensible a ciertos efectos, dado su estado de salud o condición (edad, embarazo, enfermedades respiratorias, etc.);
- Exposición diferenciada: un grupo de la población puede ser más vulnerable si se encuentra más directamente expuesto a efectos negativos (por ejemplo, si vive cerca de una instalación). En este sentido es particularmente importante tener en cuenta la exposición histórica que han sufrido dichas comunidades. Las exposiciones a ciertos contaminantes en el pasado, pueden aumentar o exponenciar los efectos de ciertos elementos y cómo estos repercuten en la salud de las personas;

⁵² La Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo dictó un Manual de PROT que establece que estos instrumentos deben ser construidos sobre los principios de descentralización, participación social, sustentabilidad urbana e integración social, cohesión socio-territorial, diferenciación territorial, gobernabilidad, diversidad, solidaridad territorial, subsidiariedad y complementariedad. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, *Op cit*.

⁵³ En justicia ambiental, a estos grupos también se los ha llamado *Environmental Justice Communities* o *Overburdened Communities* (EPA). En un sentido amplio también se les denomina Grupos Desventajados. GARGARELLA R. 1999. Derecho y Grupos Desventajados. Ed. Gedisa, Barcelona, España.

⁵⁴ NATIONAL ENVIRONMENTAL JUSTICE ADVISORY COUNCIL. Ensuring Risk Reduction in Communities with Multiple Stressors: Environmental Justice and Cumulative Risk/Impacts, 2004. [en línea] <mailto:http://www2.epa.gov/sites/production/files/documents/2011_0120_nejac_update_0.pdf>

⁵⁵ Ibid.

- Preparación diferenciada: la preparación menos adecuada a ciertos impactos o contaminantes, tales como falta de acceso a salud o vacunación, por ejemplo, influyen en cómo las comunidades enfrentan las cargas; y,
- Recuperación diferenciada: mientras mejor acceso a salud y mejor acceso a información se tenga, más rápida será la recuperación a ciertos impactos o contaminantes y *a contrario sensu*, la menor preparación hace que las comunidades sean más vulnerables.

Por lo tanto, una definición de vulnerabilidad que incluya elementos sociales, económicos e históricos, permitirá evaluar los diversos tipos de impactos o cargas a las que se vean sometidas las comunidades, pudiendo diferenciarse los efectos de un proyecto entre diversos grupos de la población.

La inclusión normativa del concepto puede conllevar una serie de medidas que favorezcan la inclusión, participación e igualdad de condiciones de las comunidades más desventajadas. Lo anterior, además de generar en el discurso regulatorio una noción de justicia ambiental que hoy en día no se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la inclusión positiva del concepto no ha estado exenta de discusión en el marco general de la noción de *affirmative action* o discriminación positiva. Algunos señalan que las políticas especiales a favor de ciertos grupos violentan exactamente el mismo tipo de principios que los defensores de aquéllas aseguraban defender: el principio según el cual nadie debe ser tratado peor a partir de circunstancias que no están bajo su propio control. La posición a favor de la determinación de derechos de estas comunidades indica que a nivel constitucional parece ser un objetivo valioso y urgente contribuir a que ningún grupo resulte arbitrariamente desaventajado⁵⁶.

En particular, en el caso de Estados Unidos, la *Executive Order N° 12.898* de la EPA, que establece acciones federales para abarcar la justicia ambiental en grupos minoritarios y de escasos recursos, incluía explícitamente como responsabilidad de la Agencia, hacer la justicia ambiental parte de su misión identificando cualquier actividad que pudiera afectar a comunidades minoritarias o grupos de escasos ingresos. Asimismo, se establecía que la recolección de datos y análisis debían considerar y comparar riesgos ambientales y sanitarios en relación con las especiales características de la población, identificada por raza, nacionalidad y/o ingresos socioeconómicos. Sin embargo, con el cambio de administración de Clinton a Bush, la EPA modificó el foco del concepto de justicia ambiental, ampliándolo a toda la población, sin distinción de raza o ingresos. Este cambio de enfoque fue duramente criticado por el Inspector General de la EPA, indicando que el objetivo específico de la *Executive Order* no podía ser reiterar la misión general de la agencia ambiental, sino que había sido especialmente dictada con énfasis en las comunidades vulnerables que eran quienes sufrían la discriminación. El tema no ha sido pacífico ya que existe en torno a la distinción, la discusión de la *Equal Protection Clause*, en relación a la justificación de que haya distinción de razas o ingresos.

Asimismo, la determinación de un área o comunidad como vulnerable no es fácil desde el punto de vista técnico, ya que no hay elementos taxativos que permitan definir cuándo se está en

⁵⁶ GARGARELLA, Roberto. *Op. cit.*

esta situación. La EPA por ejemplo, utiliza el Método de Cumplimiento Estratégico de Justicia Ambiental (EJSEAT por sus siglas en inglés), estableciendo tres factores: demográficos, ingreso *per cápita* y porcentaje de población bajo la línea de la pobreza. Los indicadores demográficos incluyen información relativa al porcentaje de la población que vive en la pobreza, porcentaje de la población contabilizado como “minoría”, porcentaje con estudios, mayores de 65 años, menores de 5 años, entre otros.

En nuestra opinión, el primer paso para garantizar la justicia ambiental es reconocerles a las comunidades vulnerables una categoría especial de protección. La determinación de dichas comunidades debe hacerse teniendo en cuenta factores económicos, sociales, culturales y demográficos⁵⁷ y debe ir de la mano de la definición de las políticas de usos de suelo que analizamos anteriormente. La determinación del concepto debería influir directamente en una serie de regulaciones asociadas a la justicia ambiental que entreguen mecanismos concretos de inclusión. A continuación se describen de manera no taxativa algunos de estos mecanismos:

- Planificación territorial: en la planificación territorial, y específicamente en los PROT, la inclusión del concepto podría permitir que se identificaran las comunidades vulnerables, por una parte, y se regularan los usos de suelos en todo el territorio del país estableciendo reglas claras para el emplazamiento de proyectos y/o actividades;

- Acceso a la información y a la participación ciudadana: las comunidades vulnerables deberían contar con asesoría experta que les permitiera entender en lenguaje simple las implicancias de los proyectos. La participación ciudadana ha sido definida como el proceso mediante el cual aquellas personas, organizaciones y entidades gubernamentales interesadas y afectadas son consultadas e incluidas en el proceso de toma de decisiones⁵⁸. Para lo anterior, existen una serie de mecanismos tales como los fondos de participación (*Intervenor Funding*). Dichos fondos son creados en general por los titulares de los proyectos en relación a un porcentaje de la inversión, con el objetivo de ser utilizados por las comunidades locales para contratar expertos y consultores independientes que los asesoren en el proceso de evaluación ambiental de un proyecto⁵⁹. Otra de las ventajas de los fondos es que, existiendo recursos limitados, las comunidades deberán organizarse para definir posiciones, incrementando así la red comunitaria y el diálogo social;

- Mediadores y defensores ciudadanos: del número de factores que influyen en el conflicto ambiental, pocos parecen ser tan relevantes como el rol de los mediadores

⁵⁷ EPA. 2003. Addressing Community Concerns: How Environmental Justice Relates to Land Use Planning and Zoning Report by a Panel of the National Academy of Public Administration for the U. S. Environmental Protection Agency. [en línea] <<http://www.epa.gov/compliance/ej/resources/reports/annual-project-reports/napa-land-use-zoning-63003.pdf>>

⁵⁸ BRAM, A. 1996. Public Participation Provisions Need Not Contribute to Environmental Injustice, 5 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 145: 150-51.

⁵⁹ Por ejemplo, la *Power New York Act* incluye este mecanismo para todas las instalaciones eléctricas de al menos 25 MW. El fondo considera un monto de US\$350 por cada mil kw. de capacidad generada. Los titulares de los proyectos de generación deberán depositar la suma en un *utility intervenor fund* para asistir a comunidades afectadas en la obtención de ayuda legal. SUGARMAN, Danier. Climate Law Blog, Center for Climate Change Law, Columbia University. [en línea] <<http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2011/06/28/the-power-new-york-act-of-2011-reauthorizes-and-modernizes-article-x-of-the-public-service-law/>>

profesionales⁶⁰. Mediadores, incluyendo facilitadores y coordinadores, son actores independientes e indirectamente relacionados con el conflicto ambiental y se encuentran destinados a acercar posiciones entre las partes. La gran ventaja de los mediadores es que, al ser imparciales, son percibidos con un alto grado de legitimidad y objetividad⁶¹. En Chile, al menos en el SEIA, el rol coordinador es cumplido por los servicios de evaluación ambiental regionales, pero es sabido que los referidos servicios están sobrecargados por el mismo proceso de evaluación. En relación con los mediadores, que actualmente no existen en nuestra regulación ambiental, el Centro de Mediación Ambiental de Estados Unidos entrega una lista con las principales características con las que debe contar un mediador: (i) es una alternativa voluntaria y confidencial al proceso legalmente establecido, (ii) los mediadores no determinan posiciones, quien está en lo correcto y quien no, sino que más bien le indican a cada parte que hacer, y (iii) le dejan el poder en la toma de decisiones estrictamente en manos de los actores involucrados. En Chile ha habido casos de mediación informal en conflictos ambientales de mayor envergadura, pero el problema es que los mediadores han participado una vez que el conflicto ha comenzado y lo ideal es que la intervención de los mediadores sea preventiva.

Conclusiones

En Chile, 14,4 % de la población vive en situación de pobreza y 5,4 % en situación de extrema pobreza⁶². Por tanto, un porcentaje importante de la población chilena es más vulnerable a los potenciales efectos ambientales negativos que puedan generarse por el desarrollo de un proyecto o actividad, por diversas razones: tener menos acceso a información, falta de participación en la toma de decisiones, menos capacidad de oposición y negociación, un *background* de exposición a efectos ambientales acumulativos que hace que nuevos impactos puedan ser exponencialmente más perjudiciales, localizarse en zonas urbanas o rurales que hacen más atractiva la instalación de proyectos (por valores de usos de suelo, costos asociados a compensaciones y falta de oposición), etc.

La injusticia ambiental es un hecho irrefutable. En Chile, así como en el mundo entero, los grupos desaventajados son los más afectados por la contaminación y los impactos ambientales negativos del desarrollo.

El ordenamiento jurídico chileno aún no reconoce de manera explícita el concepto de justicia ambiental; no obstante (y cada vez más), cuenta con mecanismos que abarcan el concepto y buscan prevenir situaciones de injusticia e integrar a toda la población. Tal es el caso de la EAE, las reformas que se pretenden en torno a los PROT, el reconocimiento de un proceso especial de consulta ciudadana para los grupos indígenas, los programas de recuperación de

⁶⁰ O'LEARY, R. y BINGHAM, L. 2003. *The Promise and Performance of Environmental Conflict Resolution*, Resources for the Future, Washington D.C. pp. 148-156

⁶¹ Ibid.

⁶² CHILE. Encuesta Casen. 2013. [en línea] <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/resultados-encuesta-casen-2013/>

territorios vulnerables y las, cada vez más, abiertas instancias de participación en el SEIA, por nombrar algunos.

Sin embargo, nos parece fundamental que la justicia ambiental en Chile trabaje de la mano con dos de las principales herramientas destinadas a nivelar la cancha: la planificación territorial y el reconocimiento normativo de las comunidades vulnerables a través de derechos especiales entregados a éstas.

Con respecto a la planificación territorial, debe haber armonía entre la cantidad de instrumentos que existen, y deben definirse (de forma estratégica y vinculante), los usos de suelo en todo el territorio del país, incluyendo el área rural. Los PROT son parte de los mecanismos para lograr lo anterior. La planificación además debe establecer y reconocer el emplazamiento de comunidades vulnerables, para que se tomen medidas especiales a la hora de desarrollar proyectos en estas áreas. Asimismo, la discusión y la toma de decisiones acerca de la planificación territorial deben contemplar procesos participativos e inclusivos.

Con respecto al reconocimiento legal de comunidades vulnerables, es un tema no pacífico por la discusión que existe en torno al “favorecimiento” de algunos grupos por sobre otros, por una parte, y por su difícil determinación, por otra. En nuestra opinión, el reconocimiento legal es fundamental para otorgar a su vez, mecanismos específicos a dichas comunidades, que les permitan ser parte de los procesos, equiparar los poderes negociadores, entender el desarrollo de proyectos y considerar sus especiales características como comunidades muchas veces históricamente expuestas.

Lo anterior no significa que exista una oposición constante al desarrollo de cualquier proyecto sino más bien, todo lo contrario. El reconocimiento de estos grupos y las herramientas que permitan su mayor entendimiento en los procesos de desarrollo puede permitir prevenir conflictos y legitimar el desarrollo de proyectos y actividades productivas que muchas veces son prejuzgadas por la comunidad. A nuestro juicio, esta es la clave para terminar con la llamada judicialización de proyectos ambientales, y enfocar la discusión a la planificación y prevención de impactos. Como señalamos en un comienzo, una de las claves de la justicia ambiental es no buscar que los mismos impactos se distribuyan a todos los miembros de la sociedad de la misma manera, sino que evitar que estos impactos recaigan sobre los mismos, siempre.

Recibido: 10-11-2015

Aceptado: 19-12-2015