

# ENERGÍA, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS HUMANOS\*

## SÍNTESIS

La ausencia de una política energética y la todavía deficiente regulación ambiental en Chile pueden conducir a que los proyectos de inversión en energías terminen siendo injustificadamente discriminatorios. El marco analítico de la justicia ambiental proporciona un modo de evaluar estas situaciones, vinculando los resultados del proceso de evaluación ambiental de proyectos energéticos con los estándares de derechos humanos. El objetivo de este capítulo es exponer cómo se configura el examen de justicia ambiental aplicado a proyectos energéticos, en particular el de HidroAysén, un caso en el cual es posible que se esté incurriendo en una discriminación sustantiva, de hecho y sistémica, en tanto que la puesta en marcha de este proyecto –y de otros similares– supone desventajas para algunos grupos y privilegios para otros.

*PALABRAS CLAVE: Política energética, justicia ambiental, discriminación (sustantiva, de hecho y sistémica)*

## INTRODUCCIÓN

Chile carece de una política energética, cuestión que en el último tiempo se ha hecho evidente.<sup>1</sup> Además, la institucionalidad ambiental

\* Capítulo preparado por Juan Pablo Aristegui Sierra, investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales. El autor agradece a Dominique Hervé Espejo y Sergio Pérez Correa por su colaboración en la búsqueda de información y revisión del capítulo, así como a los ayudantes alumnos de la Facultad de Derecho de la UDP Matías Miranda y Gonzalo Mura.

<sup>1</sup> Dados los acontecimientos que han rodeado los megaproyectos energéticos en Chile en el último tiempo, en su Mensaje Presidencial del 21 de mayo pasado el Presidente Piñera anunció la conformación de un panel de expertos que tenía plazo hasta septiembre para entregar los lineamientos de una política energética de largo plazo para Chile. El anuncio presenta dos problemas: el reducido plazo de trabajo (no se entiende un plazo tan corto cuando el problema exige reflexión, lo que hace sospechar que el impulso del Presidente está pautado por las urgencias de la contingencia energética) y la conformación del grupo de expertos, pues del conjunto de personalidades que integran el panel, de mayoría masculina, casi todos han prestado su apoyo al proyecto HidroAysén. Ver Eldinamo.cl, “Sepa quiénes son y qué piensan los que decidirán el futuro energético”, 23 de mayo de 2011.

encargada de evaluar los proyectos energéticos adolece de graves deficiencias. Megaproyectos como los de Campiche, Barrancones, Castilla e HidroAysén son ejemplos palmarios de este doble problema.

La ausencia de una política energética y la deficiente institucionalidad y regulación ambiental pueden conducir a resultados injustificadamente discriminatorios, lo que exige trasladar la discusión sobre la energía –capturada hasta el momento por aspectos técnicos y económicos– al ámbito de los derechos. El marco analítico que ofrece la idea de *justicia ambiental* es idóneo porque su preocupación excede los intereses que se esconden detrás de los conceptos de seguridad e independencia energética, y porque permite abordar el tema de la producción de energía desde un enfoque que vela por la igual distribución de las cargas y los beneficios ambientales que conllevan los proyectos energéticos.

Los dos aspectos más relevantes de la justicia ambiental, la justicia distributiva y la justicia participativa, apuntan directamente al campo de los derechos humanos.<sup>2</sup> Desde esta perspectiva, incluso si Chile resolviera sus necesidades energéticas, podría vulnerar derechos fundamentales como el de no discriminación y el de participación.<sup>3</sup> Por su parte, la dimensión colectiva de la justicia ambiental también juega un papel importante en las decisiones que se adopten en materia de energía.

Abordar la discusión energética desde la perspectiva de los derechos no implica abandonar sus aspectos técnicos y económicos, ni supone esconder la estrecha relación entre el problema del cambio climático y la energía;<sup>4</sup> menos todavía implica obviar problemas fundamentales como el del acceso a la energía, cuestión que ha sido analizada bajo el paradigma de los derechos humanos por su carácter de bien público básico, al igual que el agua y los alimentos.

En este capítulo se ofrece una mirada adicional a la discusión energética en Chile, que no altera los aspectos señalados arriba sino que los complementa. El objetivo es aportar herramientas para confrontar los proyectos energéticos más cuestionados de los últimos años con los ob-

2 Ver los capítulos de medio ambiente de los *Informes 2007, 2008, 2009 y 2010*, en donde se aborda el tema de la justicia ambiental en sus dos dimensiones.

3 Terram.cl, “Comisión de Derechos Humanos investigará eventuales irregularidades en aprobación de HidroAysén”, publicado originalmente en Camara.cl, 18 de mayo de 2011. Se informa que la Cámara de Diputados aprobó la solicitud de parlamentarios opositores que proponen que la Comisión de Derechos Humanos investigue el proceso de aprobación del megaproyecto hidroeléctrico de la Región de Aysén.

4 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), “Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático”, Ginebra, 2007, pp. 3-5. Como se estableció en este informe, el campo del suministro de energía contribuye al 25,9% de la emisión de gases de efecto invernadero (GEI), responsables del calentamiento global (si se le suma el transporte y la industria, llegan a casi al 60%) y en particular de la perturbación de numerosos sistemas naturales, trastocando con ello la gestión agrícola y forestal, y por ende la seguridad alimentaria, ciertos aspectos de la salud humana, como la mortalidad a causa del calor y ciertas actividades humanas, y compromete el acceso, disponibilidad y calidad del agua.

jetivos de la justicia ambiental, de manera de averiguar si se cumplen los estándares nacionales e internacionales que protegen derechos fundamentales. En otras palabras, la idea es someter a HidroAysén al “test de la justicia ambiental”, para averiguar si en este proyecto se violan los estándares relativos a la no discriminación y participación.

Para conseguir este objetivo, primero se expone el contexto energético de Chile. A continuación se explica el concepto de justicia ambiental y de qué manera constituye un marco analítico para la toma de decisiones, y su relación con los derechos humanos; luego este marco de análisis se aplica al proyecto HidroAysén destacando los problemas de distribución de los beneficios y cargas –económicos y ambientales– derivados del proyecto. El capítulo finaliza con conclusiones y recomendaciones destinadas a prevenir injusticias y violaciones de derechos fundamentales comprometidos en los problemas que rodean la matriz eléctrica chilena.

## 1. CONTEXTO ENERGÉTICO (ELÉCTRICO) CHILENO

En las últimas décadas, el consumo energético en Chile ha experimentado un crecimiento significativo, particularmente en el sector eléctrico. Si bien en promedio el consumo energético final ha crecido casi un 3% anual en los últimos diez años, el consumo eléctrico ha aumentado en cerca de 6%.<sup>5</sup> De hecho, la evolución de la demanda de energía es similar a la del PIB.<sup>6</sup>

En cambio, en los países desarrollados el crecimiento económico está desacoplado del consumo total de energía gracias a la eficiencia energética, entre otros motivos. Es decir, la curva de crecimiento y la curva de la energía no son iguales ni van paralelas. Pero en los países en vías de desarrollo, como Chile, las curvas tienden a confundirse. Entonces, si la producción de energía eléctrica no aumenta junto con el crecimiento económico proyectado, tendremos una crisis de desarrollo. El problema es que en un escenario inercial (lo que en inglés se

<sup>5</sup> Chile tiene 15.559,98 MW de capacidad energética instalada. El Sistema Interconectado Central (SIC) representa el 72,6% de la energía en Chile, vale decir, 11.847 MW, y abastece de la Tercera a la Décima Regiones. El SIC hoy se compone en un 53,55% por centrales térmicas, en un 45,1% por centrales hidroeléctricas, y en un 1,36% por parques o granjas eólicas. Fuera del SIC, Chile dispone del Sistema Interconectado del Norte Grande (SING), que abastece a la Primera y Segunda Regiones y representa el 26,4% de la capacidad instalada, vale decir, 3.574,9 MW. El SING está compuesto en un 99,6% por centrales térmicas y solo en un 0,4% por hidroeléctricas. Aysén abastece a la región que lleva su nombre, que representa un 0,3% de la capacidad instalada, con una potencia instalada de 48,98 MW, compuesto en un 57,2% por energía térmica, en un 4% por ERNC y en un 38,8% por energía hidráulica. Magallanes, que representa un 0,7%, esto es, 89,1 MW de potencia instalada, solo se abastece de energía terminal. Comisión Nacional de Energía (CNE), “Capacidad instalada por sistema eléctrico nacional”, Santiago, 2009.

<sup>6</sup> CNE, “Política energética. Nuevos lineamientos. Transformando la crisis energética en una oportunidad”, Santiago, 2008, p. 23.

conoce como *business as usual*, BAU), es decir, si todo continúa inalterado, habrá una crisis ambiental, cuestión que se agudiza al considerar que los efectos los padece más intensamente una parte de la población, por lo general la más vulnerable.

De acuerdo con la Comisión Nacional de Energía (CNE), en 2007 la producción de electricidad se descomponía en un 38% proveniente de plantas hidroeléctricas, un 10,4% de gas natural, un 26,3% de carbón, un 22,1% de petróleo combustible y un 3,1% de fuentes renovables no convencionales.<sup>7</sup> Hoy, estas cifras son prácticamente iguales, a excepción del gas natural (recordemos la crisis del gas con Argentina en 2004),<sup>8</sup> por lo que la producción térmica a partir del carbón se ha reforzado.

En concordancia con la actividad económica del país, el 37% del consumo de energía eléctrica lo concentra el sector minero, en tanto que otras industrias consumen el 31%, el sector residencial el 17%, y el comercial y público el 14%.<sup>9</sup> Estas cifras revelan cuáles serán los principales beneficiarios de los megaproyectos energéticos, cuestión que se retomará más adelante, pero es posible adelantar la desproporción entre los sectores en lo que respecta a la demanda de energía en Chile. El argumento de que la minería y la industria son necesarias para el crecimiento del país desvía la atención a un problema relacionado, pero distinto del que se quiere abordar.<sup>10</sup> No se aboga por un crecimiento cero o por un decrecimiento, sino por el legítimo derecho a no ser discriminado por las cargas ambientales provenientes de este desarrollo, así como por el derecho del pueblo chileno a autodeterminarse en materia de energía.

### 1.1 La política energética subyacente y la política declarada

Como dijimos, Chile carece de una política energética sancionada por la autoridad. Sin embargo, esa ausencia no implica que no responda a un determinado modelo.<sup>11</sup> En efecto, la política subyacente que predomina en el sector eléctrico se basa en aspectos como precios reales, neutralidad tecnológica, cumplimiento de regulaciones ambientales y

7 CNE, "Las energías renovables no convencionales en el mercado eléctrico chileno", Santiago, 2009, p. 27.

8 Roberto Kozulj, *Crisis de la industria del gas natural en Argentina*, CEPAL, Serie División de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago, 2005, pp. 25-26.

9 CNE, *Las energías renovables no convencionales en el mercado eléctrico chileno*, p. 24.

10 Además, el argumento del crecimiento pierde peso ante la triste realidad de la distribución de la riqueza en Chile, país que ocupa uno de los puestos más bajos en los rankings al respecto. Si la riqueza generada por la industria estuviera mejor repartida, el vínculo entre la demanda energética y la industria, por un lado, y la justicia distributiva por el otro, sería más estrecho, aunque los problemas de la inequidad en las cargas ambientales igualmente puede persistir. Sobre pobreza, desigualdad y distribución de las riquezas, ver Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama social de América Latina 2010*, capítulo 1, Santiago, 2010, p. 11 y ss.

11 Sobre la política energética de Chile y la de cambio climático, ver los capítulos respectivos de VV.AA., "Derecho ambiental y políticas públicas", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Ambiental, Programa de Derecho y Política Ambiental, Universidad Diego Portales, 2011.

territoriales, y decisiones privadas.<sup>12</sup> En otras palabras, en Chile la decisión de qué tipo de proyectos energéticos se hacen, dónde y cuándo, queda exclusivamente a cargo del sector privado, con lo que el Estado cumple a rajatabla su papel subsidiario.

El problema es que esta estrategia no considera las necesidades actuales del país, y que los aspectos señalados –en particular la “neutralidad tecnológica”– son una de las barreras de entrada más difíciles de superar para las energías renovables no convencionales (ERNC), las que, desde el punto de vista de la justicia ambiental, probablemente lidien mejor con los problemas distributivos a los que se hará referencia más adelante.

Por su parte, la política declarada del Gobierno pretende, entre otras cosas, que en 2020 la matriz energética de Chile contemple un 20% de ERNC y disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en un 20%. En cuanto a lo primero, se explicita en el programa de gobierno del Presidente Piñera; sin embargo, al margen de las promesas electorales, el exministro de Energía y Minería, Laurence Golborne, ya dejó en claro la imposibilidad de cumplir con esa meta.<sup>13</sup> En cuanto a lo segundo –la disminución de las emisiones de GEI–, la exministra de Medio Ambiente, Ana Lya Uriarte, dijo en 2008:

En materia de mitigación, y pese a que aportamos un 0,2% de las emisiones totales, queremos entregar un testimonio de esfuerzo, como país en vías de desarrollo que somos, señalando que estamos dispuestos a contribuir a los esfuerzos mundiales de mitigación, a través de una desviación significativa de nuestra línea base hasta en un 20% al año 2020, financiada significativamente con recursos nacionales.<sup>14</sup>

Otros atisbos de políticas que también provienen de la administración anterior dicen relación con la seguridad energética y con la eficiencia en el uso de la energía. Y en 2010 se creó el Ministerio de Energía (Ley 20.402),<sup>15</sup> iniciativa que supone un cambio clave en la

<sup>12</sup> Nicola Borregaard y Ricardo Katz, *Opciones para la matriz energética eléctrica: Insumos para la discusión*, Quito, Fundación Futuro Latinoamericano, 2009.

<sup>13</sup> *La Tercera*, “Golborne pone en duda meta del gobierno sobre energías renovables”, 12 de abril de 2011. Chile tiene una ley de promoción de ERNC, la Ley 20.257, que establece un objetivo de 10% de ERNC eléctrica (sistema de cuota), que debe cumplirse el año 2024.

<sup>14</sup> En el discurso con motivo de la 15ª Conferencia de las Partes en Copenhague (COP 15) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC).

<sup>15</sup> Publicada el 3 de diciembre de 2009 y vigente desde el 1 de febrero de 2010. El aspecto central de la ley radica en la separación de funciones, pues distingue entre elaboración de políticas (rectoría), regulación técnico-económica y fiscalización, lo que implica un traspaso de competencias desde los Ministerios de Minería y de Economía hacia el de Energía. Antes había ministro de Energía pero no Ministerio de Energía (solo existía la Comisión Nacional de Energía), cuestión que fue resuelta con la modificación legislativa. El mismo problema se daba con el ministro de Medio Ambiente, pues si bien lo hubo en la anterior administración no había una cartera del ramo, como en la actualidad.

política energética de Chile, aunque la sola creación del organismo no asegura que las políticas que promueva sean óptimas.

La seguridad energética es un objetivo que persiguen prácticamente todos los Estados del planeta, sobre todo los más poderosos. Para que haya seguridad energética se debe contar con la mayor cantidad de fuentes de energía propias y no depender de energías extranjeras, que están sometidas a los vaivenes del mercado internacional y a las veleidades políticas de los tradicionales productores de petróleo y gas natural. Por consiguiente, alcanzar grados cada vez mayores de seguridad energética es una cuestión urgente en que las ERNC desempeñan un papel clave.<sup>16</sup>

En Chile, el tema de la seguridad energética fue motivo de un documento el primer año de la administración Bachelet, pero no fue sancionado y por lo mismo nunca gozó de autoridad, aunque al menos demuestra un interés del Ejecutivo en la materia. En el documento se afirmaba que

... el Gobierno chileno está impulsando su propio ambicioso, pero realista, Plan de Seguridad Energética (PSE) a través de acciones de corto y mediano plazo tendientes a: i) diversificar la matriz (en términos de insumos y proveedores); ii) lograr mayor independencia/autonomía; y iii) promover uso eficiente e inteligente de la energía.<sup>17</sup>

El tema de las ERNC fue abordado como una cuestión clave, aunque las metas impuestas eran completamente irreales: 15% de ERNC para el año 2010.

Respecto de la eficiencia energética, cada vez más relevante puesto que su objetivo es generar lo mismo con menos, o más con lo mismo, el país ha avanzado a través del Programa País de Eficiencia Energética, que se ha transformado en la Agencia Chilena de Eficiencia Energética (AChEE).<sup>18</sup> Muchos consideran que la eficiencia energética es parte de la matriz energética, es decir, que se trata de una fuente de energía más. Se considere o no una fuente de energía, la eficiencia energética puede ser determinante, al punto de que es posible comparar los proyectos energéticos que proponen una cantidad de megawatts determinada con algún otro cuyo objetivo sea utilizar menos energía para

**16** Por ejemplo, y aunque debido a la crisis económica y financiera de 2008-2010 el escenario cambió, las ERNC son clave en la política energética del Gobierno de Obama, cuyo objetivo declarado es alcanzar altos grados de seguridad e independencia energéticas. Ver Paul Isbell, "A Preliminary View of Obama's Future Energy Policy", Working Paper 2/2009, Madrid, Real Instituto Elcano.

**17** Plan de Seguridad Energética (PSE), Comisión Nacional de Energía, 2006.

**18** De acuerdo con el art. 4 transitorio de la Ley 20.402 que crea el Ministerio de Energía, esta agencia será una persona jurídica de derecho privado, sin fines de lucro y su naturaleza será público-privada.

producir lo mismo. Por ejemplo, se ha calculado cuántos megawatts serían necesarios si se explotara este recurso de ahorrar energía.<sup>19</sup>

El problema es que –al menos aparentemente– las políticas de eficiencia energética se dirigen a la población, pero deberían complementarse con políticas destinadas a la industria, en particular a la minería, pues son aquellos rubros los que en conjunto consumen el 68% de la energía y, por lo demás, poseen el capital para mejorar su tecnología en pos de la eficiencia energética.

## 2. JUSTICIA AMBIENTAL COMO MARCO ANALÍTICO Y DERECHOS HUMANOS

La justicia ambiental permite incorporar los elementos clásicos de la teoría de la justicia –más otros, como el elemento colectivo y el elemento ecológico– a las decisiones ambientales.<sup>20</sup> Las consideraciones respecto de la distribución de las cargas y los beneficios ambientales se relacionan con los derechos humanos porque los estándares relativos a la no discriminación y a la igualdad pueden verse incumplidos en casos concretos. Los derechos humanos aplicados a proyectos energéticos de gran escala suponen humanizarlos hasta poder hablar de proyectos justos, en el sentido de no discriminatorios.

Además, la justicia ambiental va más allá de la necesidad de distribuir las cargas ambientales, pues lo que exige, en el fondo, es que estas cargas no se acepten en niveles no tolerables. En otras palabras, como señala Barry Hill, “lo que está últimamente en juego en el debate de la justicia ambiental es la calidad de vida de las personas. El objetivo es misma o igual protección, no igual contaminación”.<sup>21</sup>

### 2.1 La justicia ambiental como marco analítico

Existen diversos marcos analíticos que explican y justifican las decisiones ambientales de la autoridad. Según Salzman y Thompson, una decisión que tenga consecuencias tanto en la salud como en el ambiente puede justificarse desde el enfoque de los derechos ambientales, el enfoque del análisis costo-beneficio o el enfoque de la justicia ambiental.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Stephen Hall y asociados, Roberto Román, Felipe Cuevas y Pablo Sánchez, *¿Se necesitan represas en la Patagonia? Un análisis del futuro energético chileno*, Santiago, OchoLibros, 2009, p. 27 y ss.

<sup>20</sup> Sobre los elementos de la justicia ambiental, ver Dominique Hervé, “Noción y elementos de la justicia ambiental: Directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”, *Revista de Derecho* 23(1), Universidad Austral de Chile, julio de 2010.

<sup>21</sup> Barry Hill, *Environmental Justice: Legal Theory and Practice*, Washington, DC, Environmental Law Institute Press, 2009, p. 4.

<sup>22</sup> James Salzman y Barton Thompson, *Environmental Law and Policy*, Nueva York, Foundation Press, 2007, pp. 28-41. En Estados Unidos estos enfoques interactúan de manera vinculante. En 1994 se dictaron dos órdenes ejecutivos, la primera relativa a evaluar decisiones ambientales bajo el marco analítico de costo-beneficio (*Executive order* 12.866), y una segunda sobre la exigencia de tener en cuenta en las regulaciones ambientales los problemas distributivos de las

La justicia ambiental como marco analítico se ocupa de que los resultados de una determinada regulación o un proyecto de inversión contemplen una repartición equitativa de las cargas y los beneficios ambientales. En ocasiones, opera como correctora de la solución alcanzada siguiendo el enfoque costo-beneficio, según el cual es perfectamente posible que los efectos negativos de una actividad se concentren en un lugar determinado, sin atender a la distribución de las cargas ambientales. Un ejemplo evidente de esta situación es el de la localidad de Puchuncaví, en la Región de Valparaíso, donde en el último tiempo se han sucedido las denuncias acerca de problemas de salud y ambientales derivados de la concentración de la industria energética y minera en la zona.<sup>23</sup> Aquí es clara la desigual repartición de cargas y beneficios ambientales y económicos,<sup>24</sup> pues dicha comunidad ha soportado años de discriminación injustificada sin la debida compensación.

Los elementos más relevantes de la justicia ambiental son la justicia distributiva y la justicia participativa. Respecto de la primera, como hemos dicho, lo que se busca es que la distribución de cargas y beneficios ambientales sea equitativa y proporcional. En cambio la justicia participativa está dirigida a garantizar que las consecuencias de una determinada actividad sean el resultado de la participación deliberativa de todos los afectados por ella. Como se aprecia, mientras la equidad o inequidad en cargas y beneficios es una consecuencia, la participación es un asunto previo, que podría estar entre las causas de la futura discriminación si no se tuvo debidamente en cuenta.<sup>25</sup>

Por su parte, el elemento colectivo es propio de la justicia ambiental y escapa de la teoría de la justicia clásica. Dominique Hervé lo explica brevemente:

... en general la teoría de la justicia se ha elaborado desde una perspectiva liberal que considera la justicia respecto de los individuos, y no en relación con los grupos o comunidades. Sin

mismas (*Executive order* 12.898).

**23** *La Tercera*, "Ordenan clausurar escuela La Greda tras intoxicación de niños y profesores", 23 de marzo de 2011, y *El Mercurio*, "En 10 años, consultas por cáncer y males respiratorios en Ventanas crecieron en 40%", 25 de marzo de 2011.

**24** Esta discriminación se conoce como efecto NIMBY (*Not in my backyard*, "no en mi patio trasero"). Nadie quiere vivir cerca de una empresa contaminante porque probablemente cargará con costos que suponen una discriminación, como cuando un vecino arrienda a una empresa de telecomunicaciones una antena celular. El precio del arriendo es para el titular de la propiedad, mientras que los costos ambientales, de salud, paisajísticos y de plusvalía recaen en el vecindario, que ni siquiera tiene la posibilidad de disfrutar de los beneficios económicos del arriendo, lo que constituye un vacío en nuestra legislación y una evidente injusticia.

**25** La participación e información en cuestiones ambientales, como las relacionadas con los proyectos energéticos térmicos e hídricos, será tema en la cumbre Río+20, que se celebrará en 2012, momento en que los Estados deben renovar sus compromisos, dentro de los cuales están aquellos contenidos en el Principio 10 de la Declaración de Río. Una manera de renovar los compromisos del Principio 10 sería promover la negociación de acuerdos regionales vinculantes como el Convenio de Aarhus, al cual Chile ha adscrito públicamente.



perjuicio de ello, es evidente que muchas injusticias se cometen con respecto a ciertos grupos vulnerables, más que respecto de los individuos que las conforman. De ahí que algunos autores hayan querido abordar de manera más amplia el elemento de las capacidades considerando que debe incluir también la forma de realización de los grupos y comunidades. En efecto, la realidad lleva a concluir que los propios grupos demandan justicia respecto de sus respectivas comunidades como tales. En cuanto a la justicia ambiental, esta es una de las características claves. Las situaciones de injusticia ambiental se producen respecto de grupos y comunidades antes que [de] individuos.<sup>26</sup>

Por último, y aunque más controvertido porque centra la atención en el medio ambiente en sí mismo y no necesariamente en el ser humano (ecocentrismo), el elemento ecológico apunta a que habría una obligación de no destruir bienes cuando sean irremplazables,<sup>27</sup> cuestión que muchas veces está en juego en megaproyectos como el de HidroAysén o de centrales termoeléctricas como la fracasada Barrancones, que ponía en peligro una biodiversidad única, que incluía a los pingüinos de Humboldt.

## 2.2 Justicia ambiental y derechos humanos

Todos los elementos de la justicia ambiental están en línea con la protección de los derechos humanos, aunque esto no supone necesariamente identidad ni resuelve el problema de la titularidad de los derechos humanos. Los dos primeros (distribución equitativa y participación) han sido abordados en los capítulos sobre medio ambiente de *Informes* anteriores, por lo que nos remitimos a ellos. Además, la no discriminación y la información (ambiental) están recogidas en diversos instrumentos internacionales y en nuestra Constitución (art. 19, n<sup>o</sup> 2 y 8).

El elemento distributivo de la justicia ambiental, que no es sino una aplicación concreta del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación, se encuentra reconocido al menos en los siguientes instrumentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>28</sup> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>29</sup> el Pacto Internacional

<sup>26</sup> Dominique Hervé, "Noción y elementos de la justicia ambiental: Directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica", p. 22.

<sup>27</sup> *Id.*, p. 23.

<sup>28</sup> Artículos 1, 2.1 y 7.

<sup>29</sup> Artículo 2.1: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; y artículo 26: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>30</sup> la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José,<sup>31</sup> la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,<sup>32</sup> el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,<sup>33</sup> la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano<sup>34</sup> y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.<sup>35</sup>

Sin embargo, esta aplicación concreta de la garantía de no discriminación exige averiguar cuál es el estándar de la misma en el contexto de los derechos humanos. Si bien este análisis escapa a la extensión de este capítulo, es necesario al menos señalar qué proposiciones han hecho al respecto los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Tanto el Comité de Derechos Humanos como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) se han pronunciado, mediante las Observaciones Generales N° 18 y 20, respectivamente. El Comité de Derechos Humanos señala que

... si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo.<sup>36</sup> Prohíbe la discriminación *de hecho o de derecho* en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requi-

respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

**30** Artículo 2.2: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

**31** Artículos 1.1 y 24.

**32** Artículos 1, 2 y 5.

**33** Artículos 2 y 3.1.

**34** Principio 1.

**35** Principios 3, 5 y 22.

**36** El artículo 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos *reconocidos en el presente Pacto*, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (el destacado es nuestro). En cambio, el artículo 26 afirma: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

sito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.<sup>37</sup>

Por su parte, en 2009, el CDESC planteó que la obligación del Estado a no discriminar es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto y, al distinguir entre obligaciones formales y sustantivas, señala respecto de estas últimas que: “Los Estados Partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*”.<sup>38</sup>

Además, el CDESC reconoce un tipo de discriminación que ha denominado “sistémica”, respecto de la cual establece lo siguiente:

El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.<sup>39</sup>

Como se observa, la discriminación no solo opera en términos “clásicos” –por ejemplo a través de una ley que prohíba a minorías sexuales realizar determinadas acciones o prive de derechos en razón de la raza, religión, etc.–, sino que existe una discriminación más sutil pero igualmente grave, que puede ser indirecta, de hecho y/o de derecho, sustantiva más que formal, de carácter sistémico y que afecta por lo tanto a grupos o colectividades más que a individuos. Cabe preguntarse si determinados megaproyectos energéticos, visados por la autoridad, vulneran dicho estándar, o si la ley encargada de autorizar estos proyectos vela por una equilibrada distribución de las cargas ambientales y la debida compensación, cuestión que se aborda más adelante al someter el proyecto HidroAysén al “test de la justicia ambiental”.

El elemento participativo, por su parte, se debe entender en su acepción más amplia, es decir no solo como el derecho público subjetivo de participar activamente en la toma de decisiones ambientales, sino como un derecho que a su vez supone el deber del Estado de informar

<sup>37</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n° 18*, HRI/GEN/II/Rev. 9, (vol. I), 2008, párr. 12. El destacado es nuestro.

<sup>38</sup> CDESC, *Observación General n° 20*, E/C.12/GC/20, 2009, párr. 8.

<sup>39</sup> *Id.*, párr. 12.

sobre las cuestiones ambientales, dado que es la entidad que se encuentra en la mejor posición para entregar esa información.<sup>40</sup> Entonces, participar e informar son acciones profundamente relacionadas, como se reconoce en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992:

*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 estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.<sup>41</sup>*

Años después de esta Declaración, en 1998, en Aarhus, Dinamarca, se materializó este principio en uno de los tratados sobre medio ambiente que más claramente vincula el tema con los derechos humanos, la Convención de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en temas Medioambientales, o Convenio de Aarhus, que aunque se adoptó en Europa está abierto a la adhesión de cualquier miembro de Naciones Unidas.

Ahora, el elemento colectivo de la justicia ambiental también tiene cabida dentro del movimiento de los derechos humanos, aunque limitado al ejercicio individual del derecho. Es decir, si bien los Estados han reconocido, por ejemplo, el derecho de los indígenas a sus tierras, este no puede ser ejercido por el pueblo indígena como tal, sino por personas naturales o morales.

Se relaciona con lo anterior el principio de autodeterminación de los pueblos contenido en el artículo 1 de los dos pactos de derechos humanos de 1966.<sup>42</sup> De este principio puede decirse que fue la causa y

<sup>40</sup> Así lo estima la Corte IDH: "... el artículo 13 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], al estipular expresamente los derechos a 'buscar' y a 'recibir' 'informaciones', protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado (...). Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto". Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 77.

<sup>41</sup> El destacado es nuestro.

<sup>42</sup> El artículo común a ambos Pactos señala: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre

el resultado de los procesos de descolonización del continente africano y del sudeste asiático en las décadas de 1960 y 1970,<sup>43</sup> pero hoy su contenido se ha relacionado con los derechos humanos.

Probablemente hayan sido los pueblos indígenas los primeros en reivindicar este derecho, porque supone un cierto autogobierno, un nivel importante de autonomía política que aprecian como absolutamente necesaria. Esta autonomía comprende la *autodeterminación energética*, cuestión que ya se discute académicamente en otras latitudes.<sup>44</sup> La pregunta, entonces, es si la cantidad y clase de energía que se quiere es una cuestión que debe decidir el gobierno de turno o si es un problema de Estado que debería resolverse con todos los actores involucrados.<sup>45</sup>

Ahora bien, no cabe confundir la autodeterminación energética, que incluso puede llevarse a cabo dentro de un proceso plebiscitario, con los resultados que podría conseguir, puesto que el factor preponderante de la justicia ambiental es el distributivo. Por consiguiente, siempre se deberá respetar la equidad en las cargas y los beneficios ambientales, cualquiera sea el resultado. Por ejemplo, si hubiera un plebiscito respecto del proyecto hidroeléctrico HidroAysén<sup>46</sup> cuyo resultado fuera que la mitad más uno considera que debe hacerse, esto no significa que no deba guardarse estricto respeto a la dimensión distributiva.<sup>47</sup>

### **3. LA JUSTICIA AMBIENTAL APLICADA A LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS ENERGÉTICOS, EN PARTICULAR HIDROAYSÉN**

La autorización de proyectos como Campiche, Barrancones, Castilla e HidroAysén comparte características fundamentales que justifican abordarlos en conjunto, sobre todo desde la perspectiva de la justicia ambiental, aunque en esta ocasión solo nos concentraremos en el último de ellos, por ser el caso más emblemático y actual.

determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

<sup>43</sup> Ver Resoluciones 1514 y 1541 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1960.

<sup>44</sup> Kathleen Unger, "Change is in the Wind: Self-Determination and Wind Power through Tribal Energy Resources Agreements", *Loyola of Los Angeles Law Review* 43, 2009, pp. 329-372.

<sup>45</sup> No es esta la interpretación que surge del Comentario General N° 12 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1984 sobre el derecho a la autodeterminación, puesto que desde un punto de vista internacionalista, en rigor, y de acuerdo con la historia del artículo 1 común a los dos pactos, este derecho apunta sobre todo a la no injerencia externa en el autogobierno. Sin embargo, la interpretación que se ofrece aquí (autodeterminación energética y su vinculación con el elemento colectivo y participativo de la justicia ambiental) no fuerza ni trastoca la del Comité, sino que dota de sentido al derecho, pues lo relaciona con la justicia ambiental.

<sup>46</sup> *El Mostrador*, "Parlamentarios y activistas piden plebiscitos para proyectos como HidroAysén y llaman a movilización", 16 de mayo de 2011, y Radio Bío-Bío, "Coordinan plebiscitos para evitar la construcción de 5 represas de HidroAysén", 9 de junio de 2011.

<sup>47</sup> De acuerdo con Michael Anderson, las democracias son enteramente capaces de la destrucción ambiental, e incluso pueden estar estructuralmente predispuestas a un consumo desbordado, lo que refuerza la idea de que el elemento distributivo es esencial en la justicia ambiental. Michael Anderson, "Introduction", en Alan Boyle y Michael Anderson, eds., *Human Right Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 10.

En primer lugar, los cuatro proyectos implican una gran inversión y generación eléctrica, debido a lo cual impactarán (menos Barrancones, por su retiro) fuertemente en el medio ambiente, muchas veces con irreparables daños ecológicos.<sup>48</sup> Además, tres de ellos implican producción de electricidad mediante carbón, consolidando la tendencia de nuestra matriz energética a carbonizarse, lo que no colabora con la cruzada internacional contra el cambio climático.

Estos cuatro proyectos se asemejan también en la desaprobación que han suscitado en la ciudadanía, en la cohesión que ha mostrado esta última para organizarse (y el papel de las redes sociales) y, sobre todo, en la gigantesca distribución desigual de las cargas ambientales, mientras que los beneficios son más bien difusos cuando apuntan a toda la población, y en cambio muy concretos si se consideran los titulares de los proyectos.

Ahora bien, lo que permite que estos proyectos se presenten, y luego de evaluados se aprueben sin los resguardos necesarios, es la institucionalidad ambiental de nuestro país, que a pesar de haberse modificado recientemente sigue siendo deficiente. En Chile, como en muchos países, el instrumento de gestión ambiental por excelencia es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA): este es el marco institucional para la autorización de los proyectos energéticos y para la expresión del rechazo de la ciudadanía a ellos. Por consiguiente, es necesario averiguar si la participación ciudadana y la igual distribución en las cargas ambientales están debidamente garantizadas a través del SEIA. Por lo mismo, a continuación se muestra cómo ha operado el SEIA en HidroAysén, pero antes se revisará brevemente este instrumento de gestión a la luz de la justicia ambiental.

### **3.1 La justicia ambiental y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental**

El SEIA es el instrumento de gestión ambiental clave en nuestra institucionalidad.<sup>49</sup> Si bien esta institucionalidad, resultado de la Ley 19.300 de 1994, recoge el concepto y el objetivo del desarrollo sustentable,<sup>50</sup> no es tan claro que haga lo mismo con los elementos de la justicia ambiental, al menos no explícitamente. En cualquier caso, desarrollo sustentable y

<sup>48</sup> Tras la ejecución de los proyectos, ciertas especies endémicas o en peligro o amenaza de extinción pueden desaparecer. En la zona que se inundaría en Aysén, algunas de las especies que podrían extinguirse son el huillín (*Lontra provocax*), el huemul (*Hippocamelus bisulcus*), el pudú (*Pudu pudu*) y la ranita de Darwin (*Rhinoderma darwini*). El proyecto Barrancones ponía en peligro a los pingüinos de Humboldt de la zona.

<sup>49</sup> Hay muchos otros instrumentos de gestión, como las normas de calidad o los planes de manejo, y también instrumentos que no están o se han incorporado solo recientemente y en forma tenue, como la evaluación ambiental estratégica.

<sup>50</sup> El artículo 2 letra g) de la Ley 19.300 señala que se entenderá por desarrollo sustentable "el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras".

justicia ambiental son cuestiones diferentes que pueden complementarse y “aprovecharse mutuamente”, pero el cumplimiento de una no supone el de la otra. En efecto, el equilibrio entre crecimiento económico, desarrollo social y protección ambiental detrás de la noción de desarrollo sustentable no asegura una igual repartición en las cargas ambientales ni una apropiada participación en las decisiones de orden ambiental. Puede alcanzarse el desarrollo sustentable y que, no obstante, parte de la población cargue con la mayoría de los pasivos ambientales de un país. En otras palabras, ni uno ni otro son garantía de los objetivos de ambos.<sup>51</sup>

El SEIA es, en efecto, una manifestación concreta del concepto de desarrollo sustentable, pero no así del de justicia ambiental. Como apunta Hervé,

... el SEIA no incluye ni considera dentro de sus objetivos el análisis de los potenciales efectos distributivos de un proyecto de inversión sometido a evaluación ambiental. Es decir, el SEIA no evalúa la distribución de los impactos ambientales o de los costos ambientales entre los grupos sociales o dentro de un territorio. Sin embargo, a pesar de no tratarse de un instrumento de gestión que persiga lograr situaciones de justicia ambiental, se debe tener presente que el SEIA puede contribuir, aunque de manera parcial y quizás insuficiente, en la aplicación de la misma. Desde ya, es clara su relevancia en materia de *participación ciudadana* (dimensión participativa de la justicia ambiental) y quizás también en la distribución de costos y beneficios ambientales (dimensión distributiva), a través de las *medidas de compensación*.<sup>52</sup>

Tras la entrada en vigor en 2010 de la Ley 20.417, que crea el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, muchos de estos aspectos se han mejorado, aunque los avances no se aplican a los proyectos energéticos citados, pues todos ellos ingresaron antes de la reforma, salvo por aquellas cuestiones procesales que rigen *in actum* (tan pronto se publique la ley porque no afecta a derechos adquiridos), como podría ser la participación ciudadana en caso de modificación del proyecto (adendas).

**51** La justicia ambiental y el desarrollo sostenible, por lo tanto, aportan diferentes elementos al desarrollo de las políticas públicas y la planificación; y por ende la compatibilidad de estos conceptos ha sido desafiada. Un breve desarrollo de este debate se puede ver en Dominique Hervé, “Environmental Justice and Sustainable Development: Guidelines for Environmental Law-Making”, en Duncan French, ed., *Global Justice and Sustainable Development*, Leiden, Holanda, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 307-326, en particular, pp. 325-326.

**52** Dominique Hervé, “El desarrollo sustentable y la justicia ambiental en la Ley 19.300 y en el proyecto de reforma a la institucionalidad”, *Reforma a la institucionalidad ambiental. Antecedentes y fundamentos*, Programa de Derecho y Política Ambiental, Universidad Diego Portales, 2010, p. 265 y ss. El destacado es nuestro.

En materia de participación ciudadana, la Ley 19.300 –modificada por la Ley 20.417– contempla una instancia de participación en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) con carácter no obligatorio,<sup>53</sup> mientras que en los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), que es por donde ingresan los proyectos ambientalmente más agresivos, esta instancia se aumentó en cuanto al plazo y oportunidad, lo que constituye un avance cualitativo.

En lo que respecta a las DIA, el nuevo artículo 30 bis innova al señalar 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 que generen *cargas ambientales* para las comunidades próximas.

El inciso siguiente continúa diciendo:

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...<sup>54</sup>

El Reglamento debe definir cargas ambientales y afectación sustantiva. Según Hervé,

... la idea de “carga ambiental” incorporada al texto legal resulta novedosa e interesante desde la perspectiva del análisis de equidad y justicia ambiental. Este concepto fue incorporado al final de la tramitación del proyecto de ley, por lo que no se conoce gran discusión en torno a su alcance, pero permite entender que la participación de la comunidad está directamente vinculada a las externalidades a las que se verá sometida con motivo de un proyecto específico. Es decir, *vincula* la dimensión participativa y distributiva de la justicia ambiental. Sin perjuicio que constituye un elemento que habrá que analizar para

**53** 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” (el énfasis es nuestro).

**54** El destacado es nuestro.



determinar su significado real, pareciera estar orientado exclusivamente a permitir o abrir procesos de participación donde no los hay, y no a hacerse cargo de la distribución equitativa de las externalidades ambientales que ocasionan los proyectos.<sup>55</sup>

En otras palabras, el vínculo –o la confusión– entre ambas dimensiones de la justicia ambiental no colabora con la necesaria distinción que debiera hacer la ley, ya que mientras la participación tiene una naturaleza más procedimental, la distribución apunta a una cuestión netamente sustantiva.

En cuanto a los EIA, el nuevo inciso segundo del artículo 29 de la Ley 19.300 señala que

... si durante el procedimiento de evaluación el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por treinta días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental.

Con ello se incorporaría la participación ciudadana en las etapas posteriores de tramitación y evaluación de los estudios cuando estos sean objeto de adendas, aunque no en todos los casos, sino solo cuando las modificaciones afecten “sustancialmente” el proyecto.

Sin embargo, no hay que olvidar que la opinión de la ciudadanía no es vinculante. Y el problema no es que la ciudadanía no tenga derecho a “veto” respecto de los proyectos de inversión, sino que su participación sea un mero cumplimiento de etapas procesales administrativas y no el necesario vínculo entre la propuesta de inversión y su realización. En otras palabras, si la participación no tiene peso específico, su cumplimiento es un mero trámite. La consecuencia, como se evidenció palmariamente en 2011, ha sido que se debe recurrir a la vía extrainstitucional (pero constitucional) de las marchas ciudadanas y las muestras de enfado colectivo.

No está claro que en materia de participación las modificaciones de la Ley 20.417 redunden en menos marchas ciudadanas; para ello habrá que ver si la autoridad estima que lo que dicen las comunidades afectadas y la ciudadanía en general debe tenerse en cuenta para aprobar o rechazar un proyecto energético, es decir, si los planteamientos de la ciudadanía tienen tanto peso como los de los expertos.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Dominique Hervé, “El desarrollo sustentable y la justicia ambiental en la Ley 19.300 y en el proyecto de reforma a la institucionalidad”, p. 281. El destacado es nuestro.

<sup>56</sup> A esto apunta Hristin Shrader-Frechette en *Environmental Justice. Creating Equality, Reclaiming Democracy*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 6 y ss.

Respecto de las compensaciones, es necesario acudir a la definición del artículo 6o del Reglamento de la Ley 19.300, según el cual estas medidas

... tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado. Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad.

Una interpretación literal de este artículo concluiría que los compromisos para “mejorar” la calidad de vida de las comunidades afectadas –como la construcción de plazas, centros médicos, becas de estudios, mejoramiento de infraestructura, etc.– no cabrían dentro de las “compensaciones”. El problema es que aunque en rigor estas mejoras son deberes primeramente del Estado, en diversos proyectos de inversión (no solamente energéticos) han pasado a formar parte de las “compensaciones”, con lo que se ha forzado y estirado el concepto de medio ambiente.<sup>57</sup>

Cuestión distinta son los compromisos de creación de áreas de conservación, porque estos sí que son ejemplos de compensación de acuerdo con los términos de la ley, aunque no necesariamente desde la perspectiva de la justicia ambiental.

Antes de continuar, cabe notar que la Ley 20.417 incorporó un artículo 13 bis a la Ley 19.300, que reconoce y regula una práctica más o menos difundida consistente en la negociación, entre el proponente de un proyecto y los afectados (interesados, dice la ley), de medidas de mitigación y compensación, que exige al proponente informar acerca de las negociaciones alcanzadas pero que sanciona como no vinculantes los acuerdos a que arriben las partes.<sup>58</sup> Probablemente, el objetivo de esta regla es poner coto a las negociaciones fuera de la institucionalidad, evitando así posibles abusos derivados de la asimetría en el poder negociador y de la disponibilidad de información entre las partes.<sup>59</sup>

**57** El artículo 2, letra II) de la Ley 19.300 recoge una definición amplia de medio ambiente, entendiendo por tal “el sistema global constituido por *elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones*, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (el destacado es nuestro). Al positivarse la dimensión humana o antropológica, y no solo la dimensión natural o biológica, se considera a la población, la cultura, elementos socioeconómicos, valores patrimoniales, valores históricos y la calidad de paisaje en la definición de medio ambiente. Nancy Yáñez, “Investigación evaluativa de impacto ambiental en territorios indígenas”, informe final para Conadi, vol. I, Temuco, Referencia S.A., 2004, p. 3.

**58** Artículo 13 bis: “Los proponentes deberán informar a la autoridad ambiental si han establecido, antes o durante el proceso de evaluación, negociaciones con los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental. En el evento de existir tales acuerdos, estos no serán vinculantes para la calificación ambiental del proyecto o actividad”.

**59** Sin embargo, las observaciones realizadas al proyecto de reforma a la nueva institucionalidad ambiental en 2009 por parte del Observatorio Ciudadano no fueron recogidas en su totalidad por las autoridades, ya que la observación original requería “prohibir como un caso de nego-

Está claro que por sí sola la compensación dentro del SEIA no garantiza la justicia ambiental. Deben concurrir otros instrumentos para alcanzar los objetivos distributivos, tales como el Ordenamiento Territorial y la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), ambos virtualmente ausentes en nuestra institucionalidad.<sup>60</sup> Por lo tanto, hay que tener presente los límites del SEIA y no sería justo cargarle toda la responsabilidad a este instrumento por no alcanzar los imperativos de la justicia ambiental.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, entonces, es que se someterá al proyecto HidroAysén al “test de la justicia ambiental”, para tener una idea meridiana de si su evaluación ambiental ha violado el derecho fundamental a la no discriminación, y si la participación ciudadana tuvo un papel sustantivo en ella o se redujo a un mero trámite.

La idea es someter este proyecto a las siguientes interrogantes: ¿supone una desigual distribución de las cargas ambientales? ¿Constituye lo anterior una discriminación? En caso afirmativo, ¿qué justifica tal discriminación?, ¿cuáles son los remedios institucionales para pensarla? ¿Qué papel desempeñó la participación ciudadana en estos proyectos? ¿Cuál es el peso real de dicha participación? ¿Incide en la decisión final y real de autorizar un determinado proyecto?

### 3.2 HidroAysén

Por más que se insista en que se trata solo de las represas, y que la institucionalidad lo permite, el proyecto hidroeléctrico HidroAysén (HA) consiste en la construcción de cinco centrales de generación más la línea de transmisión de corriente continua de unos 1.900 kilómetros para inyectar electricidad al sistema interconectado central (SIC). Las represas y la línea de transmisión no son dos proyectos distintos, al menos no en términos ambientales ni energéticos, sino un solo megaproyecto, el más grande que se haya proyectado nunca en Chile.

De acuerdo con Claudio Meier,<sup>61</sup> los proyectos grandes de hidroelectricidad pueden ser sustentables; sin embargo, HA no cumpliría con

ciación incompatible los contratos celebrados entre empresas y afectados y todas las prácticas asociadas destinadas a obtener la aprobación ciudadana de un proyecto previo pago de compensaciones al margen del SEIA. Establecer, en este marco, sanciones para quienes realicen o promuevan estas prácticas de negociación incompatible”. Claudia Sepúlveda y Alejandro Rojas, “Conflictos ambientales y reforma ambiental en Chile: Una oportunidad desaprovechada de aprendizaje institucional sobre participación ciudadana”, *Ambiente & Desarrollo* 24(2), Santiago, CIPMA, 2010, p. 17.

<sup>60</sup> La EAE es solamente obligatoria respecto de los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT), que se circunscriben exclusivamente al ámbito urbano. Pero tras la Ley 20.417, que reforma la Ley 19.300, la EAE ha aumentado su rendimiento dado que el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad tiene la atribución de “[p]roponer al Presidente de la República las políticas sectoriales que deben ser sometidas a evaluación ambiental estratégica”, art. 71, letra d) de la Ley 19.300.

<sup>61</sup> Claudio Meier, “Hidroelectricidad realmente sustentable para Chile”, disponible en <http://verdeseo.cl>.

esta condición. Y en todo caso, ya vimos que desarrollo sustentable y justicia ambiental no son lo mismo, por lo que incluso si HA fuera “sustentable” resta averiguar si las cargas ambientales y los beneficios económicos están repartidos con justicia, o si hay discriminaciones que no están debidamente justificadas ni compensadas.

La decisión de dónde, cuándo y cómo emplazar las represas fue adoptada por la empresa Centrales Hidroeléctricas Aysén S.A., creada en 2006, cuyos accionistas son dos de los más importantes generadores eléctricos en el país, Endesa Chile y Colbún S.A., con una participación del 51% y del 49% de las acciones, respectivamente.<sup>62</sup>

El megaproyecto se localizará en la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, en la provincia de Capitán Prat, en las comunas de Cochrane, Tortel y O’Higgins. El asiento de estas cinco hidroeléctricas serán los ríos Baker y Pascua –situados entre Campos de Hielo Norte y Campos de Hielo Sur–, los cuales se caracterizan por su caudal abundante y torrencioso.

La línea de transmisión, que en su origen parecía estar bajo la gestión de Transelec S.A., terminó en un llamado a licitación pública por parte del Comité de Inversiones Extranjeras (CIE), coordinado por Endesa Chile y Colbún. En aquel llamado se describe que el proyecto consistirá en la “construcción e instalación de 1.912 kilómetros de tendido eléctrico necesarios para la transmisión de corriente continua desde las futuras centrales del proyecto hidroeléctrico de Aysén al Sistema Interconectado Central (SIC)”. El tendido eléctrico atravesaría ocho regiones, extensión que, según el senador de la zona Antonio Horvath (RN), atentaría contra la belleza escénica de la región, pues, en sus palabras, “la Patagonia quedaría convertida en una guitarra eléctrica”, imagen que expresa el gran impacto que tendría su construcción. También el ambientalista y economista Manfred Max-Neef, director del Instituto de Economía de la Universidad Austral de Chile, emplazó al Presidente Piñera a rechazar el proyecto, entre otras razones por el gran impacto que generaría el tendido eléctrico, considerando que si se concreta “Chile podrá sentirse ‘orgulloso’ de haber generado la cicatriz más grande del planeta”.<sup>63</sup>

La oposición a la construcción de las represas se gestó en los inicios del proyecto y está liderada por el Consejo de Defensa de la Patagonia (CDP).<sup>64</sup> A medida que la decisión de la autoridad ambiental se acerca-

**62** Endesa Chile es una filial de Enersis S.A., la que a su vez es controlada por la empresa accionista hispanoitaliana Endesa (Enel). Colbún es una empresa hidroeléctrica chilena cuyos accionistas principales son Minera Valparaíso S.A. (Grupo Matte), con un 34,97%, y Electropacifico Inversiones Ltda. (28,6%).

**63** Radio Bío-Bío, “Manfred Max-Neef exhorta en carta abierta a Presidente Piñera a rechazar proyecto HidroAysén”, 6 de mayo de 2011.

**64** El CDP es un colectivo de organizaciones sociales creado el 3 de agosto de 2007, que agrupa a setenta organizaciones de diversa índole, internacionales y nacionales, cuya finalidad es resguardar el patrimonio natural de Aysén. Su campaña más popular es “Patagonia sin represas”, [www.patagoniasinrepresas.cl](http://www.patagoniasinrepresas.cl).

ba, y gracias a la labor de difusión de las organizaciones contrarias al proyecto, la ciudadanía fue sumándose al rechazo y el malestar cristalizó en una sistemática y decidida manifestación ciudadana en diferentes puntos del país.

Habrá que esperar el EIA de la línea de transmisión para averiguar cuáles son los impactos ambientales y sociales del proyecto. De todas formas, es posible adelantar que serán incluso mayores que los de las represas, y que por la cantidad de individuos y comunidades afectados, la oposición será todavía mayor. Esto es especialmente cierto respecto de las comunidades indígenas, ya que hoy cuentan con el Convenio 169 de la OIT, herramienta diseñada para la protección y garantía de sus derechos.<sup>65</sup>

El EIA original de HidroAysén recibió miles de observaciones de la autoridad y más de diez mil de la ciudadanía. Por lo mismo, la actual administración critica que el Gobierno anterior no haya aplicado el artículo 24 del Reglamento del SEIA, el único que permite rechazar de plano un proyecto por falta de información relevante y esencial.<sup>66</sup> Pues bien, así y todo, tras largas modificaciones y en un clima de gran expectativa en todo Chile,<sup>67</sup> el proyecto se aprobó el 9 de mayo de 2011. Sin embargo, la decisión estuvo salpicada de irregularidades que han motivado quejas parlamentarias y ciudadanas, recursos judiciales y una investigación a cargo de la Comisión de Derechos Humanos del Senado.

### **3.3 Las cargas ambientales y su compensación**

De acuerdo con el EIA y la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), los impactos ambientales y sociales de las represas son de gran intensidad, tanto en la etapa de construcción como en la operación. Las alteraciones inciden sobre el medio físico, biótico, humano, el uso del suelo, la planificación territorial y de áreas protegidas, el patrimonio cultural, el paisaje y el turismo.

Solo en cuanto al turismo, la riqueza paisajística de la Patagonia constituye un capital natural extraordinario, que le proporciona a la zona un inigualable atractivo turístico. Hoy el turismo representa una de las principales actividades económicas de Chile, con ingresos sobre los US\$ 1.977 millones.<sup>68</sup> En Aysén, zona visitada por 125.000 turistas al año, esta actividad genera US\$ 80 millones al año.<sup>69</sup> Una encuesta

<sup>65</sup> Los problemas que pueden presentarse en estos casos serán de alto impacto, dado que los mapuches u otros pueblos originarios se opondrán a que la línea cruce sus tierras y exigirán participar de los beneficios, aunque es difícil de imaginar cómo podría implementarse esta petición.

<sup>66</sup> La Ley 20.417 incorporó esta facultad que otorgaba el Reglamento como una disposición legal. Ver art. 15 bis de la Ley 19.300 reformada.

<sup>67</sup> *La Tercera*, "Aprueban megacentral en medio de manifestaciones ambientalistas", 10 de mayo de 2011.

<sup>68</sup> INE, "Turismo. Informe anual 2009", 2009, p. 12.

<sup>69</sup> FACSO, "Impacto de los proyectos de represas en Aysén en el desarrollo del turismo de la

realizada por la Universidad de Chile indicó que el 72% de los turistas entrevistados no regresaría a la región durante la construcción de la represa de HA, en tanto que el 40% no volvería a la región de materializarse el proyecto.<sup>70</sup> De este modo, las megarrepresas de HA impactarían negativamente el turismo en su conjunto –mientras que, una vez iniciada su operación, las represas generarán solo 140 empleos permanentes–,<sup>71</sup> así como las proyecciones de la Patagonia chilena como invaluable activo ambiental y turístico mundial.

En cuanto a los impactos ambientales, no cabe duda de que recaen sobre las poblaciones asentadas en las inmediaciones del proyecto. Por otro lado, las necesidades energéticas de Chile son evidentes y hasta cierto punto urgentes. Entonces, ¿es esta última condición razón suficiente para hacer cargar a Aysén con todas las externalidades ambientales negativas? Teniendo en mente el estándar de discriminación sistémica –*prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros*–, se podría concluir que el proyecto concuerda con esta hipótesis, así como muchos otros de naturaleza energética y no energética.<sup>72</sup> Si en la región viviera gente poderosa o hubiera inversiones con intereses distintos de los energéticos (turismo, por ejemplo), ¿hubiese pensado el titular del proyecto en represar los ríos más torrentosos de Chile?

Este proyecto, que ni siquiera suministra electricidad a las poblaciones afectadas,<sup>73</sup> que además exige que dichas poblaciones carguen con los pasivos ambientales y vean afectado su potencial turístico y de empleo, está generando una situación de desventaja comparativa. Por otro lado, no es sencillo identificar quiénes son los privilegiados con este proyecto o, al menos, parece políticamente incorrecto apun- tarlos. Se dirá que evidentemente todo Chile se beneficia (menos los afectados, claro está), pero no es tan claro que realmente sea así. Fuera

región”, p. 6. Aunque tanto la Patagonia chilena como la argentina se han convertido en uno de los principales destinos de naturaleza en el mundo, atrayendo a un número creciente de visitantes, el lado argentino recibe una cantidad considerablemente mayor de ellos (un promedio de 350.000 turistas al año), resultado de una política pública de fomento del turismo y cuidado de sus ecosistemas y paisajes. Beatriz Román, *Análisis comparado de la competitividad turística en la Patagonia Austral*, Zaragoza, Centro de Estudios sobre la Despoblación y Desarrollo de Áreas Rurales, 2009, p. 2 y ss.

**70** El estudio, coordinado por el profesor Rodolfo Sapiains, concluyó que la construcción de nuevas represas en esa región significará “más energía, pero posible perjuicio regional”. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, “Impacto de los proyectos de represas en Aysén en el desarrollo del turismo de la región”, FACSOC, Departamento de Psicología, 2008, pp. 38-40, [www.patagoniasinrepresas.cl](http://www.patagoniasinrepresas.cl).

**71** HidroAysén, “EIA: Cap. I, Antecedentes generales”, p. 24.

**72** Ver capítulos sobre medio ambiente y derechos humanos de los *Informes* anteriores.

**73** En efecto, este proyecto no contempla suministrar energía eléctrica a Aysén, sino trasladar la energía generada directamente al SIC a través de una línea de transmisión continua, que impide liberar energía en todo el transcurso de la línea de transmisión, así como inyectar energía que se genere en algún punto entre Aysén y la Región Metropolitana.

de duda está que el titular del proyecto ganará dinero. La industria en general y la minera en particular serían también beneficiarias; cabe recordar que demandan casi el 70% del total de la energía eléctrica del país. Pero hay que tener presente que, si bien en el último tiempo la industria ha hecho crecer a Chile a tasas elevadas, la distribución del ingreso continúa estando mal balanceada.

Ahora bien, en caso de que la distribución del ingreso en Chile fuera justa, todavía cabe preguntarse por qué algunos tienen que cargar con los pasivos ambientales en beneficio de la mayoría. Podría argumentarse que el margen de apreciación que tienen los Estados les permite poner en la balanza los intereses de todos por sobre los de algunos. Pero en ese caso restaría todavía la debida compensación.

Dicha compensación se establece en el SEIA, que concluye con la Resolución de Calificación Ambiental (RCA). De acuerdo con la RCA del proyecto HidroAysén,<sup>74</sup> es posible identificar al menos siete medidas de compensación. Prácticamente todas tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo, aunque caben serias dudas acerca de si tales medidas son equivalentes a los efectos adversos, dado que estos significan –entre otros aspectos– una pérdida definitiva de biodiversidad, que no puede ser compensada con medidas de equivalencia. Sin embargo el Reglamento (en el mencionado artículo 6o) exige que el efecto positivo sea equivalente al efecto adverso. El problema estriba en que los efectos adversos son de proporciones y que todas las medidas juntas no parecen compensarlos, pues la creación de áreas protegidas no “compensa” la cantidad ni la calidad de las hectáreas que se inundarían, así como la biodiversidad que se sacrificaría.

Esto se explica porque la compensación opera una vez que las cuestiones fundamentales de todo proyecto –dónde se ubicará, cuándo operará y cómo lo hará– las ha decidido el titular antes de que el proyecto ingrese al SEIA. Por consiguiente, lo que se compensa no dice relación con dichas cuestiones fundamentales, sino con los “efectos adversos identificados”, dentro de los cuales no se incluye el lugar donde se emplazará el proyecto.

Es menester añadir que muchos de los efectos adversos o negativos del proyecto, enunciados por las diversas autoridades sectoriales en sus respectivos informes, fueron objeto de modificaciones desde la administración central, cuestión denunciada por parlamentarios y por servicios como la Conaf y el Sernageomin.

En efecto, profesionales de la Conaf denunciaron que el informe emitido por ellos sugería prohibir la inundación de 18,8 hectáreas del Parque Nacional Laguna San Rafael (Red Mundial de Reservas de la Biosfera), mientras que el informe definitivo solo sugiere que se respe-

<sup>74</sup> Comisión de Evaluación Ambiental de la XI Región de Aysén, “Resolución Exenta N° 225/2011: RCA que aprueba el proyecto hidroeléctrico Aysén”, Coyhaique, 2011, p. 203 y ss.

te la sustentabilidad en caso de que se apruebe el proyecto;<sup>75</sup> es decir, algo ocurrió en el camino del informe del servicio que supuso un cambio sustancial en su contenido. Además, el equipo técnico y jurídico de Conaf Aysén se pronunció negativamente ante la inundación, para lo cual se amparó en la Convención de Washington para la Protección de la Fauna, la Flora y las Bellezas Escénicas de América, que en su artículo 3 indica: “Los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente”. Por ello para los evaluadores la sorpresa fue mayúscula cuando la dirección ejecutiva de la corporación en Santiago modificó el informe, interpretando como restrictivo y no prohibitivo el artículo citado.<sup>76</sup>

También funcionarios de Sernageomin presentaron un memorando con diversas consideraciones antes de que se aprobara el proyecto. Sin embargo, luego de seguir el conducto regular, se transformaron en el Oficio N° 95, que daba su conformidad a la adenda que había motivado el memorando de los funcionarios y señalaba que el servicio no tenía observaciones al informe, sino que más bien lo “condicionaba” a cuatro consideraciones que poca relación dicen con las observaciones originales realizadas por el Departamento de Geología Aplicada del organismo.<sup>77</sup>

Si estas acusaciones son ciertas, los verdaderos impactos ambientales del proyecto no serían los contemplados en el EIA y en la RCA. Por lo mismo, cabría suponer que las medidas de compensación no pretenden realmente equilibrar los efectos adversos.

Pero, incluso si los impactos ambientales fueran los consignados en la RCA, caben poderosas dudas sobre si en verdad se compensan con las medidas señaladas por la autoridad (dicho sea de paso, el titular del proyecto ya anunció que se opondrá a algunas medidas por considerarlas desproporcionadas).<sup>78</sup> Así, por ejemplo, como medida de compensación se decidió crear el Centro de Difusión Cultural, cuyo objetivo es difundir el patrimonio cultural del área de influencia, además de los aspectos materiales e inmateriales que caracterizan la cultura o el estilo de vida patagón. La idea es generar espacios abiertos y comunitarios que promuevan la difusión y valoración de las distintas culturas de la región, y crear archivos audiovisuales e investigaciones etnográficas y culturales.<sup>79</sup>

**75** Centro de Información Periodística (CIPER), “Profesionales de Conaf y cambios a informe HidroAysén: ‘Aquí se quiere favorecer la inversión privada’”, 3 de diciembre de 2010, y Sindicatos de Trabajadores de la Conaf Región de Aysén y del Sindicato Nacional de Profesionales de la Conaf, “Declaración pública”, Coyhaique, 2 de diciembre de 2010, <http://ciperchile.cl>.

**76** El oficio que da cuenta de esta modificación se encuentra en <http://ciperchile.cl>.

**77** CIPER, “El informe crítico a HidroAysén que fue eliminado por Sernageomin”, 9 de junio de 2011, <http://ciperchile.cl>.

**78** *El Mercurio*, “HidroAysén impugna el 20% de las condiciones adicionales”, 30 de junio de 2011.

**79** Comisión de Evaluación Ambiental de la XI Región de Aysén, “Resolución Exenta N° 225/2011: RCA que aprueba el proyecto hidroeléctrico Aysén”, p. 243.



Esta medida está diseñada para compensar los efectos que supondrá el contingente de personal laboral que se trasladará a la región, lo que sin duda modificará patrones culturales, pues es una zona con poca población. Sin embargo, no parece posible concebir esta especie de “museo” (con un claro valor testimonial, como asumiendo la desaparición de la idiosincrasia patagónica) como una medida de compensación, porque no hay un equilibrio entre lo que se pone en riesgo y los beneficios del centro de difusión cultural. De hecho, no se aprecia cuál es el “reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad”, como reza el artículo 6o del Reglamento del SEIA. Solo “estirando” el concepto de medio ambiente hasta el punto de incorporar los aspectos socioculturales podría esta medida cumplir con su cometido, aunque el enunciado del artículo 6o sigue pareciendo forzado.

### 3.4 Acceso a la información y participación ciudadana

En los procesos de evaluación ambiental de los proyectos de inversión, el acceso a la información y la participación ciudadana están íntimamente relacionados. En el caso de HidroAysén, la participación se dividió en dos etapas: participación ciudadana anticipada y participación ciudadana formal. Esta última, a su vez, se dividió en cinco etapas que contribuyeron a estructurar el EIA: i) etapa informativa y dirigida a público específico; ii) etapa denominada “diálogo ciudadano”; iii) etapa informativa dirigida al público en general; iv) etapa de cierre de la participación anticipada, y v) etapa de publicación de información del proyecto.

Al margen de la legalidad y legitimidad de una “etapa” anticipada, cuestión que se intentó resolver con la modificación de la ley en 2010,<sup>80</sup> cabe destacar el *modus operandi* del titular del proyecto, que en su prurito por entregar información (y propaganda) involucró a los alumnos de colegios dentro de sus objetivos, cuando estos ni siquiera pueden participar en la etapa formal. De hecho, los apoderados de la escuela de Villa O’Higgins impidieron la realización de la muestra “Conversemos de energía”, la que finalmente se llevó a cabo solo con aquellos niños cuyos padres no se opusieron. Al final del evento se regalaron linternas con el logo de HidroAysén.<sup>81</sup>

Parece evidente que lo anterior constituye una estrategia de persuasión y manipulación y, aunque sea marginal, es inaceptable que la autoridad local y el Ministerio de Educación permitan semejante intromisión en las escuelas de la región. A ello se sumaron “los ori-

<sup>80</sup> El artículo 13 bis de la Ley 19.300, introducido por la reforma de 2010 y relativo a los acuerdos que pudieran llegarse antes o durante el proceso de evaluación sobre medidas de mitigación y compensación, y su valor para la calificación ambiental, no opera en el caso de HidroAysén por el carácter no retroactivo de la ley.

<sup>81</sup> *El Divisadero*, “Apoderados de escuela de Villa O’Higgins impidieron muestra ‘Conversemos de Energía’ de HidroAysén”, 21 de septiembre de 2009.

ginales e inofensivos cuadernos de Endesa, becas de estudio, cursos técnicos, concursos para emprendimientos comunitarios, donaciones de caridad, viajes a territorios represados, seminarios de variado tipo, financiamiento de libros de identidad e historia regional y un largo etcétera”,<sup>82</sup> acciones que derivaron en un cierto grado de división en la comunidad y pusieron en jaque el proceso de participación ciudadana.

En cuanto a la participación ciudadana formal, es aquella en virtud de la cual HidroAysén da cumplimiento a lo establecido en la Ley 19.300. Pero como esta ley sufrió modificaciones importantes en 2010, hay que hacer la distinción, puesto que al titular del proyecto se le aplicó la ley no reformada, que exige la publicación del extracto del EIA en diarios y la apertura formal del plazo de sesenta días para las observaciones ciudadanas, provenientes de las organizaciones con personalidad jurídica y de las personas naturales directamente afectadas. En cambio, hoy las observaciones pueden surgir de *cualquier persona*, natural o jurídica.

No obstante la alta participación ciudadana, el proceso no estuvo exento de inconvenientes. El primero y el más evidente dice relación con el volumen y la complejidad del EIA, por lo que muchas de las observaciones ciudadanas tuvieron que canalizarse a través del Consejo de Defensa de la Patagonia, lo que demuestra que existe poco espacio para la participación de las personas naturales.

Sin perjuicio de lo anterior, en este proyecto, cuyo EIA tenía alrededor de 10.000 páginas, la participación ciudadana se concretó en 10.081 observaciones. Estas, no obstante su cantidad, pueden reducirse a doce argumentos u observaciones tipo, lo que demuestra, según algunos, la manera de operar de las organizaciones ciudadanas, que han comenzado a utilizar la estrategia de repetir las observaciones con el objeto de impactar en la comunidad.<sup>83</sup> (Por lo demás, si se consideran las complejidades técnicas de estos proyectos, el tiempo con que cuenta el titular frente al plazo de la ciudadanía para participar claramente no está en una relación de equilibrio.)<sup>84</sup>

Estos argumentos reiterados cientos de veces apuntaban al menos a cinco cuestiones clave del proyecto: 1) el fenómeno del GLOF (*Glacial Lake Outburst Flood*, desborde de lagos glaciales) debido al vaciamiento del lago Cachet II, que podría producir un rebalse e incluso derrumbes de las represas; 2) el aumento de la densidad demográfica; 3) los efectos sobre el turismo; 4) los efectos en la flora y fauna, y 5) los derechos de agua.

**82** *El Ciudadano*, “¿RSE en la Patagonia o el precio de las voluntades?”, 25 de marzo de 2010.

**83** *Electricidad Interamericana*, “La estrategia de los opositores a HidroAysén tras las más de diez mil observaciones ciudadanas”, 20 de julio de 2009, [www.revistaei.cl](http://www.revistaei.cl).

**84** De alguna manera, al ampliar las oportunidades de participación en caso de adendas (lo que casi siempre ocurre en los megaproyectos), la nueva ley mejora la situación anterior, que es la que rige para HidroAysén.

### 3.5 Acceso a la justicia

Junto a la información y la participación ciudadana, es importante resaltar brevemente el tema del acceso a la justicia. Como se señaló a propósito de la Convención de Aarhus, estas tres dimensiones son relevantes para vincular la protección del medio ambiente con los derechos humanos.

Del conjunto de presentaciones judiciales, es posible distinguir entre acciones interpuestas antes y después de la RCA. En cuanto a las primeras, la mayoría se dirigió al Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y aluden a problemas de concentración de derechos de agua, cuestión que Chile ha permitido, impulsado y protegido, con lo que se ha transformado en el país de más *laissez faire* del mundo en la materia.<sup>85</sup>

Hasta la fecha, la única acción judicial después de la RCA han sido los recursos de protección presentados por los senadores Antonio Horvath (RN) y Guido Girardi (PPD), y los diputados Patricio Vallespín (DC) y Enrique Accorsi (PPD), junto a diversas organizaciones y personas, en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén, por la Resolución Exenta N° 225/2011, que calificó favorablemente el proyecto hidroeléctrico. Los recursos, acumulados, se presentaron ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que acogió una orden de no innovar y paralizó el proyecto,<sup>86</sup> luego de que la Corte de Apelaciones de Coyhaique se inhabilitara para conocer los recursos interpuestos tras resolver un recurso anterior.<sup>87</sup>

Desde una concepción amplia de acceso a la justicia, habría que estudiar si cabe interponer un recurso o solicitud ante instancias internacionales como la OCDE, dado que Chile forma parte de este exclusivo “club” de países ricos desde 2010. En particular, habría que considerar interponer un recurso ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues en ocasiones puede que se configure una violación particular y colectiva de la garantía de no discriminación. Lo mismo podría hacerse ante el Comité de Derechos Humanos y el CDESC de Naciones Unidas. Sin embargo, por lo general, estas medidas pertenecen al plano internacional de la responsabilidad del Estado y podrían plantearse una vez agotados los recursos internos.

**85** Si bien “en muchos países de la región se han implementado reformas de políticas tendientes a liberalizar los mercados y eliminar las intervenciones estatales directas, quizás Chile sea el único país en desarrollo que cuenta con un sistema de derechos de aguas en el que se hace hincapié en la liberalización de este mercado”. Eugenia Muchnik, Marco Luraschi y Flavia Maldini, “Comercialización de los derechos de agua en Chile”, Santiago, CEPAL, División de Desarrollo Productivo y Empresarial, 1997, p. 5.

**86** *El Mostrador*, “Corte de Puerto Montt paraliza HidroAysén en antesala de decisión del Consejo de Ministros”, 20 de junio de 2011.

**87** *El Mostrador*, “Corte de Apelaciones de Coyhaique rechaza recurso de protección por reunión que aprobó HidroAysén”, 9 de junio de 2011.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Chile requiere de una política energética que permita orientar la iniciativa privada en el desarrollo de proyectos de generación eléctrica, pues el modelo actual deja en manos del mercado todas las decisiones energéticas. Hay pequeños avances, como la ley que promueve las ERNC, aunque en este caso, debido a las barreras de entrada y la falta de voluntad política, las metas legales y las del Gobierno están lejos de alcanzarse.

A ello se suma una regulación e institucionalidad ambiental todavía deficientes, a pesar de las modificaciones sustantivas de 2010. En resumen, la carencia de políticas y la insuficiencia de la institucionalidad ambiental son el complemento perfecto para permitir que megaproyectos energéticos conduzcan a resultados injustificadamente discriminatorios, reñidos con los estándares constitucionales e internacionales de los derechos humanos.

La noción de justicia ambiental permite vincular energía con medio ambiente y derechos fundamentales, con el objetivo de velar por la igual repartición de las cargas ambientales y por la debida participación ciudadana en la toma de decisiones. El estándar internacional más apropiado para los casos de megaproyectos energéticos es el de la no discriminación sustantiva, de hecho y sistémica, puesto que el resultado de su violación es la generación de desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.

En este capítulo se ha sometido al proyecto HidroAysén a un “test de justicia ambiental” que incluye la dimensión participativa y los pilares contemplados en la Convención de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Temas Medioambientales, porque es el instrumento que la doctrina considera la mejor expresión de la relación entre medio ambiente y derechos humanos.

Así, de este examen de justicia ambiental aplicado a HidroAysén es posible concluir que este proyecto concentra las cargas ambientales en la región (dejando de lado por un momento el problema de la línea de transmisión) y en la población de Aysén, mientras que los beneficios económicos y energéticos recaen en otros sectores de la población. Por consiguiente, el proyecto es claramente discriminatorio. Si esta discriminación está justificada es una cuestión que *a priori* no es posible afirmar con contundencia, dada la ausencia de una política energética que pueda orientar sobre este punto; pero, incluso en caso de que lo estuviera, no parece razonable que la discriminación quede sin una debida y completa compensación.

La institucionalidad ambiental y en particular el SEIA son, en teoría, los encargados de compensar las cargas ambientales que conforman la discriminación. Pero hemos visto los límites de la Ley 19.300 y de la

“compensación” en relación con las cargas ambientales, que ni siquiera están específicamente definidas. Si a lo anterior se suman las presuntas irregularidades en la aprobación del proyecto, la discriminación parece injustificada y no debidamente compensada, con lo que se replica precisamente lo que el CDESC denomina *discriminación sistémica*.

El elemento participativo de la justicia ambiental, aunque en apariencia parece estar garantizado dentro de la institucionalidad (que ha mejorado sustancialmente luego de la reforma de 2010), en realidad está plagado de problemas que muchas veces reducen la participación a un mero trámite y la despojan de su evidente vínculo con los problemas sustantivos de los proyectos. Si bien en el caso de HidroAysén esta participación fue masiva, adolece del mismo problema que toda participación ambiental: los resultados no son vinculantes para la autoridad.

No es la idea identificar esta participación con una suerte de veto, pues eso simplemente paralizaría la actividad económica del país y su desarrollo. Pero, si la participación ciudadana no pesa lo mismo que la de los expertos, seguirá habiendo proyectos que, sin importar si suscitan una oposición arrolladora, igualmente se lleven a cabo, con lo que se realizará el concepto de discriminación sistémica. El caso de HidroAysén da cuenta de esta situación: las más de 10.000 observaciones al proyecto no tuvieron el eco suficiente, ni siquiera para obtener las debidas medidas compensatorias.

Teniendo en cuenta los resultados del “test de la justicia ambiental” a HidroAysén (al que deberían someterse Castilla, Campiche y todos los proyectos relevantes), y con el objeto de contribuir al diseño de políticas públicas energéticas justas, que supongan cambios en la regulación ambiental, se recomienda al Estado de Chile:

1. Diseñar sin apuro una política energética que defina los objetivos del país a largo plazo, teniendo en cuenta los problemas asociados al cambio climático.
2. En esa política, discriminar positivamente las ERNC, pues este tipo de energía posee ventajas en lo que respecta a la seguridad energética y al cuidado del medio ambiente y la distribución de las cargas ambientales.
3. Tener una actitud propositiva respecto de la ubicación de proyectos energéticos, considerando siempre el tema de la biodiversidad y las cargas ambientales de las poblaciones afectadas.
4. Respecto de la institucionalidad y regulación ambiental, las medidas de compensación en el contexto del SEIA deberían reforzarse exigiendo que se cumpla con el enunciado del artículo 60 del Reglamento. Esto puede suponer un cambio en la legislación actual, y una mayor y efectiva fiscalización de la autoridad ambiental.

5. En materia de participación ciudadana, es necesario reformar el artículo 13 bis de la Ley 19.300 para prohibir las negociaciones fuera de la institucionalidad, puesto que se ha demostrado que es una fuente de división de comunidades y un recurso muchas veces mal utilizado por los titulares de los proyectos.
6. Es necesario que la participación ciudadana no solo sea ponderada, considerada o haya que pronunciarse fundadamente respecto de ella, sino que además tenga un peso específico que la asimile a la opinión de los expertos; de lo contrario es difícil que se obtengan resultados concretos.
7. Fuera del contexto del SEIA –pues no es posible responsabilizar a este instrumento de todos los males de los proyectos energéticos–, habría que prestar muchísima más atención al Ordenamiento Territorial y a la Evaluación Ambiental Estratégica. Son los instrumentos más idóneos para introducir los elementos de la justicia ambiental en la definición de los proyectos de inversión. Si bien estos instrumentos existen en la actual legislación, su rendimiento está limitado a los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT), aunque cabe la posibilidad de ampliar su aplicación a través del Consejo para la Sustentabilidad, pero este es un problema más político que técnico-jurídico.