

Con derecho al ambiente



## Resumen Ejecutivo

*Hacia una Constitución Ecológica*

# **Agencias reguladoras independientes en materia ambiental y la Nueva Constitución de Chile**

Abril, 2022

## RESUMEN EJECUTIVO

En un sentido más amplio al tradicional económico, el fenómeno regulatorio se entiende como el “control sostenido y focalizado, ejercido por una agencia pública sobre actividades que son *valoradas por la comunidad*”<sup>1</sup>. Esta herramienta del Estado ha ido en aumento, y una de las causas de esto es la preocupación por el riesgo y la seguridad. Siendo que la regulación de riesgos tiende a asociarse al valor de la salud, al complementar su definición con la más amplia de regulación antes dada, pasa a abarcar otros *valores de la comunidad*, entre ellos, el medio ambiente.

Justamente, el derecho del medio ambiente puede ser entendido como un derecho de regulación y gestión de riesgos, que se encarga de establecer el procedimiento para la valoración del riesgo y posterior decisión sobre qué riesgos se rechazan y cuáles se admiten, y de estos últimos se encarga de gestionarlos. A esta labor se abocan las agencias reguladoras ambientales. La problemática se presenta cuando se contraponen dos posibles formas de llevar a cabo la regulación del riesgo: la hiper-politización, o captura del regulador por fuerzas políticas debido a falta de independencia formal, y la tecnocracia, que es la toma de decisiones supuestamente objetivas pero alejadas del conocimiento local.

El adecuado balance entre precursores técnicos y democráticos podría posicionarnos de mejor manera para hacer frente a los desafíos que las instituciones ambientales conllevan. Encontrándonos actualmente en un proceso de reforma institucional a propósito de la nueva Constitución, es de especial relevancia plantearnos la posibilidad de lograr una solución institucional a largo plazo de los problemas que tienen nuestros actuales entes regulatorios en materia ambiental. Como afirmaremos, dicha solución pasa por establecer agencias reguladoras independientes.

Podemos definir una agencia reguladora independiente (en adelante ARI) como un cuerpo estatal encargado de administrar, implementar, hacer cumplir, e incluso decidir sobre la normativa que regula cierto sector específico que le fue entregado, pero que tiene la particularidad de no estar bajo la dirección del gobierno. Justamente su carácter independiente es lo que las identifica, es decir, es de la esencia el que dispongan de una considerable autonomía ante el gobierno.

La discusión en torno a las agencias reguladoras se basa en la clásica dicotomía sobre qué valor resaltar: preferimos entes reguladores más técnicos, pues sus ámbitos de acción requieren de un conocimiento experto técnico-científico, o preferimos reguladores más democráticos, pues los sectores en que actúan son de gran relevancia para la sociedad. Sin embargo, actualmente se han aportado elementos que permiten complementar estos valores, siendo que las características que debe cumplir una ARI idealmente son: independencia política, legitimidad democrática y carácter técnico (profesionalidad).

En Chile, al igual que el resto de Latinoamérica, las ARI no fueron importadas directamente, sino por medio de distintas formas de comprender a estas agencias. En nuestro país se crearon las superintendencias, que son instituciones fiscalizadoras que dependen de los distintos Ministerios funcionalmente y del Presidente formalmente. También contamos en Chile con las autonomías constitucionales, que son organismos completamente desligados de las demás funciones del Estado, se encuentran únicamente sujetos a la Constitución y su propio derecho y típicamente son una herramienta de distribución territorial o funcional de las actividades del Estado.

---

<sup>1</sup> Selznick, Philip. “Focusing Organizational Research on Regulation”, in Noll, Roger. *Regulatory Policy and the Social Sciences*, 1985. p. 363. Citado en: Ong, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Ed. Hart Publishing, 2004, Oregon. p. 1. [Traducción propia]. El énfasis en la cita es nuestro, sin embargo, el autor enfatiza también esta porción de la definición para delimitar el concepto.

Así, el modelo chileno, si bien se funda en la misma idea de contrapeso de los poderes públicos y de tecnificación de las decisiones, en la práctica se diferencia marcadamente del modelo de ARI, porque la independencia de la que se dotan éstas es mayor al que han tenido las superintendencias, pero menor al de las autonomías constitucionales. Por lo que las ARI son un modelo de diseño institucional que podría avanzar como complemento de las actuales superintendencias, pero difícilmente podría considerarse como alternativa a las autonomías constitucionales, en tanto las ARI forman parte de la función ejecutiva.

En materia ambiental el SEA y la SMA son los entes reguladores más relevantes, y ambos son parte del modelo de superintendencia. Ambos organismos fueron creados justamente para solucionar los problemas de autonomía de la antigua CONAMA, buscando también dotarles de carácter técnico. Sin embargo, las críticas al SEA y la SMA en torno a su independencia han sido intensas, ya que ambos tienden a ser formalmente independientes y supuestamente técnicos, pero altamente vulnerables a las intromisiones políticas y con poca legitimidad democrática. Sin embargo, una reforma a estos organismos no debe apuntar a quitar todo aspecto político de sus decisiones, sino que garantizar que su funcionamiento no dependa directamente de la voluntad del gobierno, a la vez que se incluya racionalmente la política por medio de los derechos de acceso.

La disyuntiva entre qué valor resaltar al momento de regular, si el valor democrático o el técnico, se aplica al derecho ambiental en la faceta en que éste cumple con el rol de decidir qué riesgos son los socialmente aceptables y cómo serán gestionados. Adoptar una postura puramente democrática, según la que las decisiones se basen simplemente en lo que la mayoría prefiere tiene el problema de que nos encontramos ante una materia altamente compleja; esta complejidad deriva en que las decisiones mayoritarias puedan ser perniciosas para el medio ambiente. Pero, además, dejar estas decisiones en manos solamente de la política puede llevar a una captura del regulador por las posturas políticas del gobierno de turno. La forma de evitar estos problemas entonces es establecer la independencia formal, funcional y presupuestaria de los entes reguladores, favoreciendo su decisión técnica.

Sin embargo, adoptar una postura tecnocrática no es la solución tampoco, pues esto llevaría a una suerte de distopía, en que se pretende estar aplicando decisiones puramente objetivas. Sin embargo, estas decisiones objetivas no existen realmente, pues no hay ningún tipo de análisis que no esconda algún sesgo, y aunque existieran no serían un ideal a alcanzar, pues las decisiones tecnocráticas tienden a estar alejadas de la realidad y a carecer de un importante conocimiento y experiencia local. La forma de sobrellevar este riesgo de caer en la tecnocracia es incluir la legitimidad democrática del ente por medio de mecanismos de control de parte de la ciudadanía, en materia ambiental en específico por medio del acceso a la información, de participación ciudadana y acceso a la justicia.

Según lo estudiado, se finaliza concluyendo que la mejor forma de solucionar los problemas con que actualmente cuenta Chile en materia de institucionalidad reguladora medio ambiental es por medio de la implementación de agencias reguladoras independientes.

Lo que se debe buscar es agencias independientes, especializadas y con un carácter técnico suficiente para dar respuesta a la apremiante situación de crisis en que nos encontramos. Esto significa diseñar organismos reguladores que tengan plena autonomía en los 3 aspectos fundamentales: presupuestaria, es decir que los demás poderes del Estado no puedan manipular su actuación por medio de recortes presupuestarios; funcional, lo que implica que la agencia pueda

llevar a cabo sus objetivos y deberes legales por medio de sus propias decisiones, y que el gobierno de turno no pueda intervenir esos objetivos arbitrariamente; y por último, autonomía formal, esto es, que exista un procedimiento de nombramiento y remoción de sus miembros claro y definido, que privilegie el conocimiento técnico.

Pero al mismo tiempo, en el aspecto de cómo estas ARI deben realizar dicha acción reguladora, el mandato debe ser crear un diseño institucional tal que evite la tecnificación y que, por el contrario, incluya elementos de legitimidad democrática propias del Derecho Ambiental: los derechos de acceso a la información pública de relevancia ambiental, a la participación ciudadana y el acceso a la justicia.

Se recomienda que sean agencias que no se vean protegidas en su diseño por medio de quórum constitucionales excesivamente altos, pues ello no permitiría su reforma en caso de ser necesario. Como se indicó, el objetivo de la independencia de las ARIs es protegerlas de la interferencia del ejecutivo, pero no es el objetivo blindarla absolutamente de todos los demás poderes del Estado (principalmente, legislativo) al modo de las autonomías constitucionales.